

O controle judicial das políticas públicas e o princípio da reserva do possível

Letícia Barbosa Drummond^{*}

Resumo

Este trabalho versa sobre o controle judicial das políticas públicas e o conflito existente entre a eficácia plena dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio da reserva do possível. Apesar de a Constituição Federal conferir igual tratamento a todos os direitos fundamentais, atribuindo aplicação imediata às suas normas definidoras, os direitos sociais enfrentam diversos obstáculos à sua concretização, vez que demandam, necessariamente, uma atuação positiva dos poderes públicos e, assim, a aplicação de recursos escassos. Dessa forma, nesse estudo são levantadas relevantes questões acerca das dificuldades enfrentadas na implementação das políticas públicas no Brasil, bem como é feita a análise dos diversos posicionamentos acerca dos limites à atuação judicial no controle de tais políticas. O princípio da reserva do possível é estudado como forma de adequar o problema da escassez de recursos à realização dos direitos sociais, estabelecendo-se critérios para sua aplicação, tendo em vista o dever constitucional dos entes públicos de, sempre que possível, conferirem plena eficácia a tais direitos.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos sociais, eficácia, recursos escassos, princípio da reserva do possível, políticas públicas, controle judicial.

^{*} Acadêmica de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica objetiva verificar a possibilidade e a importância da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, como forma de conferir eficácia e efetividade aos direitos fundamentais, bem como estudar as barreiras por ele enfrentadas no exercício dessa missão que lhe é atribuída pela Lei Maior.

Trata-se de trabalho dirigido ao estudo dos princípios, objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito na Constituição de 1988, bem como do tratamento jurídico por ela dado aos direitos fundamentais de cunho social, que pretende demonstrar as dificuldades enfrentadas na implementação das políticas públicas no Brasil, dentre elas, a escassez de recursos públicos e a necessidade de previsão orçamentária.

Assim, serão expostos, de maneira metódica e separadamente, os diversos posicionamentos acerca do princípio da separação dos poderes, da tese da discricionariedade e da legitimidade, como impedimentos à interferência judicial nas políticas públicas.

Serão também, pormenorizadamente, analisados pelo estudo os aspectos relevantes do princípio da reserva do possível, delimitando-o de forma a adequá-lo à realidade brasileira, e evidenciando seus aspectos fáticos e jurídicos, além de se buscar delinear as situações em que deverá ser aplicado.

Destarte, visa este trabalho a verificação de que o controle judicial das políticas públicas é essencial nos dias de hoje, devendo o princípio da reserva do possível ser aplicado com cautela, vez que a obrigação a todos os poderes imposta pela *Carta Magna* é a busca da plena efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos de cunho social.

Neste sentido o estudo tratará de conferir e analisar os critérios utilizados pelos legisladores, administradores e juízes, de acordo com a doutrina e a legislação constitucional, para fundamentar a entrega – ou a negativa – de uma prestação social positiva, buscando ainda estabelecer os limites da utilização de argumentos fundados no princípio da reserva do possível.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 A Constituição Federal de 1988 e o Estado Democrático de Direito

A Constituição Federal de 1988 veio estruturar o Estado Democrático de Direito no Brasil, que surge com o intuito de enfrentar os problemas sociais, dando-lhes melhores soluções que os demais estágios do constitucionalismo, bem como o de transformar a realidade social.

A base política de toda e qualquer sociedade democrática constitui o respeito e a proteção aos direitos fundamentais, o que torna a noção de Estado Democrático de Direito indissociável da concretização desses direitos.

O Estado Democrático de Direito se assenta na supremacia da Constituição, na democracia, na valorização do jurídico, na proteção aos direitos fundamentais e na aplicação imediata das normas constitucionais.

Governantes e governados se submetem ao direito posto, com o propósito de garantir as liberdades fundamentais. O Direito se abre para o povo, que é chamado para dizer o que é justo para si e, assim, reformular o ordenamento. Dessa forma, a idéia de justiça é pensada constantemente.

Conforme nos ensina Lênio Luiz Streck (2002), essa concepção de Estado se liga a valores substantivos que visam uma mudança do *status quo* da sociedade.

Nesse sentido, Jean Carlos Dias preceitua que “*uma vez que a sociedade estrutura-se sob a forma de um Estado Democrático de Direito, a linha de condução política é a submissão à proteção dos direitos fundamentais*” (DIAS, 2007, p.154).

A Constituição vigente, então, estabelece em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Seu artigo 3º enumera os objetivos fundamentais do Estado, quais sejam: construir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

O artigo 4º da *Carta Magna* preceitua os princípios que regem nossa República Federativa nas suas relações internacionais. São eles: a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo e ao racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político (BRASIL, 1988).

No Título II, a CF/88 trás um expressivo número de direitos fundamentais, dentre os quais se encontram os direitos sociais.

Nesse contexto, o Estado Brasileiro nada mais é do que o instrumento para a realização desses princípios, a prossecução desses objetivos e a defesa dos direitos fundamentais, com a finalidade última de construir uma sociedade livre, justa e solidária, conforme preleciona Clèmerson Merlin Clève.

2.2 Classificação dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos que, por sua vez, decorrem do conjunto de valores e interesses universalmente reconhecidos como inerentes à própria condição humana. Opõem-se, simultaneamente, aos indivíduos, à sociedade e ao Estado e se estruturam no reconhecimento de um patamar mínimo de dignidade humana. São universais, indivisíveis, interdependentes e transnacionais.

Na visão de Gustavo Amaral:

os direitos fundamentais têm natureza jurídica própria, inconfundível com as categorias moldadas à luz do direito privado. Não são eles meras regras de estrutura, pois indisfarçavelmente há direitos fundamentais voltados a prestações

positivas e, por outro lado, os conflitos intersubjetivos baseados em direitos fundamentais obrigam uma intervenção estatal nas esferas protegidas por esses direitos, muitas vezes para limitá-los, o que seria impensável se sua natureza fosse de norma de estrutura, hipótese em que faltaria competência ao Estado. Não são eles meros valores jurídicos a orientar a formação do ordenamento ou concessões estatais, mas, ao contrário, investem o particular em diversas prerrogativas, legitimando-o a exigir dadas condutas estatais.

[...] os direitos fundamentais são a positivação, o reconhecimento dos direitos humanos, que são direitos naturais [...] (AMARAL, 2001, p.96/97).

Os direitos fundamentais são comumente classificados em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações. Tal classificação leva em conta a evolução histórica desses direitos, bem como suas características originais.

Os direitos de primeira geração se constituem pelos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Apresentam-se como direitos de resistência frente ao Estado, tendo por titular o indivíduo. Sua fruição decorre diretamente da Constituição, independente de regulamentação. Por isso, são sempre exigíveis. Também são chamados de “*direitos negativos*” por importarem uma abstenção do Estado.

Os direitos de segunda geração consistem nos direitos econômicos, sociais e culturais. Seu titular é o indivíduo enquanto parte das relações econômicas. Diferentemente dos primeiros, esses direitos dependem de uma ação dos poderes públicos para se efetivarem, sendo, por isso, denominados de “*direitos positivos*”. Nas palavras de Rosalia Carolina Kappel Rocha, “*não se trata mais de liberdade do e perante o Estado, mas de uma liberdade por intermédio do Estado*” (ROCHA, 2006, p.04).

As normas constitucionais sobre os direitos de segunda geração, chamadas por alguns autores de “*normas programáticas*”, definem metas e finalidades que precisam ser concretizadas pelo legislador ordinário. Assim, tais direitos dependem não só de regulamentação, mas da implementação de políticas públicas, as quais, por sua vez, ficam submetidas à existência de recursos materiais e financeiros.

Os direitos de terceira geração são também chamados de direitos de solidariedade e de fraternidade. Abrangem os direitos de titularidade coletiva ou difusa, tendo como destinatário o ser humano. Visam à proteção tanto em relação ao Estado quanto nas relações internacionais. Exemplos desses direitos são o direito à paz, ao meio ambiente, à conservação e à utilização do patrimônio histórico, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos.

Pode-se falar ainda na existência de uma quarta geração de direitos, resultado da globalização dos direitos fundamentais, tendo como exemplo o direito à democracia e ao pluralismo. Sua finalidade é a proteção das gerações futuras.

Giovani Bigolin, Jean Carlos Dias e Américo Bedê Freire Júnior são autores que utilizam a referida classificação.

No entanto, hoje, a classificação apresentada se mostra ultrapassada e inútil para explicar a distinção existente entre os direitos fundamentais, e assim, possibilitar sua eficácia.

Rosalia Carolina Kappel Rocha, seguindo a visão de Ingo Wolfgang Sarlet, prefere utilizar o termo “*dimensão*” e não “*geração*” de direitos, por entender que mesmo os direitos de liberdade podem exigir prestações positivas. Gustavo Amaral compartilha de mesmo entendimento.

No mesmo sentido, Andréas J. Krell explica que “*no Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos ligados à liberdade estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças.*” (KRELL, 2000, p.38). E ressalta, ainda, que:

A doutrina moderna dá ênfase em afirmar que qualquer Direito Fundamental constitucional – seja ele direito civil e político ou econômico, social e cultural – contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Nessa visão, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração é meramente gradual, mas não substancial, visto que muitos dos Direitos Fundamentais tradicionais foram reinterpretados como sociais, perdendo sentido as distinções rígidas (KRELL, 2000, p.39).

Para Flávio Dino de Castro e Costa a mera transposição dessa classificação para o nosso país já se mostra inadequada, pois, no Brasil, os direitos políticos estão mais universalizados que os direitos individuais.

Gustavo Amaral, baseando-se na obra de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, afirma que “*todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los*” (AMARAL, 2001, p.73).

O autor defende que “*a identificação dos direitos sociais como positivos é artificial*” (AMARAL, 2001, p.81). Segundo ele, há direitos sociais “*eminentemente*” negativos, há direitos cuja eficácia não depende “*necessariamente*” de uma atuação estatal, os quais chama de “*direitos parcialmente independentes*” e há direito sociais cuja eficácia depende “*intrinsecamente*” de uma conduta estatal positiva, denominados “*direitos dependentes*”,

mas não há direitos puramente negativos. Por isso, o autor decompõe os direitos em “*pretensões negativas e positivas*”. Segundo ele, “*um mesmo direito gera pretensões de ambos os tipos*” (AMARAL, 2001, p.227).

2.3 A eficácia dos direitos fundamentais

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu parágrafo primeiro, dispõe que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (BRASIL, 1988).

No entanto, até bem pouco tempo, acreditava-se que os direitos sociais, embora presentes na Constituição Federal, não passavam de disposições programáticas, sem qualquer eficácia jurídica. Consistiam, assim, em meras promessas cujo descumprimento não acarretava nenhuma consequência.

Gustavo Amaral reconhece a existência de três correntes a respeito do tema: a primeira, que nega a eficácia dos direitos sociais, que por constituírem “*direitos positivos*” e, assim, dependerem de meios materiais para se concretizarem, vigeriam sob a reserva do possível, a segunda, que vê os direitos sociais com o mesmo nível de eficácia dos direitos individuais, sendo exigíveis todos os direitos classificados como fundamentais, e a terceira e última corrente, que acredita haver um núcleo de direitos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível.

Clèmerson Merlin Clève defende que, embora exista uma distinção evidente no que se refere à estrutura normativa dos direitos de defesa e dos direitos sociais prestacionais, não há diferença entre seus regimes jurídicos. Giovani Bigolin segue o mesmo entendimento.

Clève, entretanto, divide os direitos sociais em originários e derivados. Os originários seriam aqueles que apresentam uma dimensão subjetiva forte, ou seja, são desde logo exigíveis pelo cidadão, independente de regulamentação. Os direitos derivados, por sua vez, produzem uma dimensão subjetiva fraca, necessitando, por isso, de uma atuação do legislador infraconstitucional. Segundo o autor, o direito ao ensino fundamental, à proteção dos portadores de necessidades especiais e certa dimensão do direito à proteção da saúde são

direitos prestacionais originários. Independentemente de haver ou não serviço público ou previsão orçamentária podem ser reclamados perante o Poder Judiciário. Os demais direitos, no entanto, demandam uma realização progressiva.

Giovani Bigolin, por sua vez, acredita que a ausência de diferenciação no regime jurídico não soluciona a questão da eficácia dos direitos sociais, mas sim desafia os operadores do Direito a tornarem esses direitos efetivos no mundo dos fatos, através de um “*esforço hermenêutico inovador*”. Segundo ele, há uma presunção de aplicabilidade imediata das normas fundamentais que vige como princípio geral e, havendo eventual recusa na sua aplicação, em razão da ausência de “*ato concretizador*”, esta deverá ser obrigatoriamente fundamentada.

Por outro lado, Andréas J. Krell explica que “*num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoantes às alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado.*” (KRELL, 2000, p.29). O autor posiciona-se contrariamente à concepção dos direitos sociais como “*normas programáticas*”. Segundo ele, tais direitos foram regulamentados através da imposição expressa de deveres ao Estado “*e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos.*” (KRELL, 2000, p.33).

No mesmo sentido, Eduardo Appio conceitua as normas constitucionais programáticas como normas que definem objetivos a serem alcançados pelo Estado, razão pela qual:

as normas constitucionais que outorgam direitos subjetivos públicos de conteúdo social não podem ser consideradas normas verdadeiramente programáticas, mas sim, dotadas de aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5, § 1º, da CF/88 (APPIO, 2007, p.99).

Segundo o autor (2007), enquanto as normas programáticas instituem deveres genéricos ao Estado, conferindo ao Poder Executivo discricção política quanto à escolha dos meios de implementação das políticas e do momento de sua execução, as normas que outorgam direitos subjetivos públicos aos indivíduos, instituem interesses juridicamente protegidos, não admitindo margem de discricionarieidade por parte do ente público na sua implementação. No segundo caso, o próprio legislador constituinte limitou a escolha dos meios de implementação das políticas, definiu seu conteúdo, a forma de execução, a fonte de financiamento, bem como o momento de realização.

Appio ainda conclui:

as normas que outorgam direitos subjetivos públicos e que instituem situações objetivamente protegidas não são de natureza programática, mas sim, regras de aplicação imediata e eficácia total, sendo dotadas de plena acionabilidade em juízo. Os direitos subjetivos públicos estão ancorados num poder outorgado ao cidadão, o qual pode exigir um comportamento positivo por parte do Estado, [...] (APPIO, 2007, p.103/104)

Igualmente, Alexandre de Moraes (2005) entende que a definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta na consequência imediata de sua subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista no art. 5º, parágrafo primeiro, da CF/88.

Portanto, do referido dispositivo depreende-se que, indistintamente, todos os direitos fundamentais podem, sim, ser imediatamente invocados, independente da existência ou não de regulamentação legislativa. A regulamentação pode, de fato, trazer certeza e segurança jurídica às relações, uma vez que cria condições para o exercício dos direitos fundamentais de cunho social, bem como os delimita perante os demais direitos. No entanto, ela não é essencial. Além disso, a realização dos referidos direitos não constitui mero objetivo do Estado, mas um dever concreto e inteiramente vinculado em sua forma, conteúdo e momento de realização.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.1 Os direitos sociais

Os direitos sociais, segundo Alexandre de Moraes:

são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (MORAES, 2005, p.177).

Tais direitos são expressão de uma luta árdua. Estão presentes na Constituição em decorrência de uma demanda social, manifestada por meio de movimentos sociais radicais e democráticos.

O capítulo II da Constituição Federal trás um rol meramente exemplificativo de direitos sociais.

O artigo 6º estabelece que “*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*” (BRASIL, 1988).

O art. 193 dispõe que a ordem social tem como objetivo “*o bem-estar e a justiça sociais*” (BRASIL, 1988).

O direito à saúde está previsto no art. 196 da CF/88 como um “***direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação***” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Sobre o direito à assistência social, a Constituição prevê o seguinte:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (BRASIL, 1988).

Igualmente ao direito à saúde, a educação está definida no art. 205 como “***direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho***” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

O legislador constituinte, no entanto, foi mais cauteloso ao prever sobre o direito à educação, privilegiando-o em relação ao direito à saúde, ao estabelecer que:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

*§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é **direito público subjetivo**.*

*§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, **importa responsabilidade da autoridade competente** (BRASIL, 1988, grifo nosso).*

3.2 Conceito

As políticas públicas são os meios necessários à efetivação dos direitos sociais que, como visto, por sua essência, pressupõem, sempre, uma atuação dos poderes públicos.

O Estado, como gestor dos interesses da sociedade, define, através dos Poderes Legislativo e Executivo, os objetivos e os instrumentos de interesse da comunidade. As políticas públicas, assim, constituem uma intervenção do poder público na vida social.

Fábio Comparato citado por Andréas J. Krell (2000, p.56) apresenta o conceito de política, consistente no “*conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado*”.

Dworkin entende por políticas:

aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deva ser protegido contra mudanças adversas). (DWORKIN, 2002, p.37).

Jean Carlos Dias ressalta que o referido conceito se pauta em dois elementos essenciais, quais sejam, a existência de uma comunidade política, capaz de produzir tais padrões, e a identificação dos objetivos a serem alcançados através dos meios fixados.

Os direitos sociais, embora constituam deveres do Estado e direitos subjetivos públicos do cidadão, são estabelecidos na Constituição de forma genérica, ampla e abstrata, o que torna necessária a atuação do Poder Público, especialmente através dos Poderes Legislativo e Executivo, de forma a estabelecer os meios e o momento de implementá-los.

Nesse passo, Américo Bedê Freire Júnior nos dá o conceito de políticas públicas como sendo: *“um conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”* (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.47).

As políticas públicas, assim, constituem uma forma de efetivar o acesso das camadas menos favorecidas aos direitos fundamentais de cunho social.

Nesse sentido, Eduardo Appio afirma que:

As políticas públicas implementadas pelo Estado brasileiro podem ser consideradas setoriais, na medida em que atingem determinados segmentos da sociedade, a partir de necessidades específicas. [...] As chamadas políticas de inclusão têm por finalidade assegurar o acesso efetivo de segmentos pouco representados da população aos bens sociais fundamentais, com o que se reduz o impacto de um modelo puro de democracia representativa (APPPIO, 2007, p.115).

Andréas J. Krell, por sua vez, leciona que *“a essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade”*. (KRELL, 2000, p.56).

Dessa forma, as políticas públicas são atividades eminentemente administrativas que se resumem em programas de atuação do governo tendentes à definir as áreas sociais que devem ser cuidadas com prioridade, planejar os objetivos a serem alcançados, analisar os meios disponíveis e o melhor momento de realização, bem como direcionar os recursos

públicos necessários para que a finalidade seja alcançada, tudo isso levando em consideração as expectativas e interesses da comunidade.

Conforme explica Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007), as políticas públicas de inclusão social são medidas paliativas, motivo pelo qual “*trazem consigo a necessidade de terem um planejamento com início, meio e fim, de tal modo que não se perpetuem, tal como se vê na maioria das ações sociais do governo brasileiro.*” (CRUZ, 2007, p.328).

3.3 Dificuldades

Primeiramente, Álvaro Ricardo de Souza Cruz explica que:

A dificuldade de implementação dos direitos sociais no país tem sido ainda o surrado discurso liberal de que os mesmos, como tem uma dimensão prestacional, seriam direitos que “custariam dinheiro” e que, por conseguinte, não poderiam ser efetivados com a mesma facilidade dos direitos da primeira geração. (CRUZ, 2007, p.334).

No entanto, a visão liberal acerca dos direitos fundamentais, como já ressaltamos, encontra-se superada. Atualmente, impõe-se a concepção de que todos os direitos fundamentais possuem as dimensões negativa e positiva e, além disso, todos eles demandam recursos públicos. Até mesmo o direito de propriedade e o direito à integridade física do indivíduo exigem do Estado um aparato policial e judicial que necessitam de previsão orçamentária, da mesma forma que o direito de saúde, por exemplo.

Ultrapassada a concepção liberal, outra dificuldade enfrentada no que tange à implementação de políticas públicas consiste na não estruturação dos serviços sociais básicos pelo Poder Executivo.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz esclarece que o Direito deve ser visto como um subsistema social que se relaciona, constantemente, com os demais sistemas, tais como o sistema político, moral, religioso e, ainda, o econômico. E isso se torna ainda mais complicado quando se trata de direitos sociais.

Nesse ponto, Gustavo Amaral ressalta:

Os direitos fundamentais contém uma dimensão positiva, a reclamar prestações estatais comissivas e não apenas omissivas. Para a satisfação das pretensões originadas dessa dimensão positiva é necessário o consumo de recursos escassos, tornando inexorável a tomada de decisões alocativas. Essas decisões são disjuntivas, significando o atendimento de uns e o não atendimento de outros, mesmo quando o não atendimento possa significar a morte (AMARAL, 2001, p.198/199).

Ao tratar do direito à educação, explicita Andréas J. Krell:

“a qualidade do ensino em todos os níveis depende, acima de tudo, da contratação de professores, do pagamento de um salário digno, da sua qualificação e reciclagem. Os prédios escolares devem ser mantidos em boas condições, aquisição de material escolar, limpeza, etc.” (KRELL, 2000, p.33)

Situação idêntica ocorre no que tange ao direito à saúde. *“A qualidade dos serviços públicos de saúde depende do fornecimento de remédios, vagas e leitos nos pronto-socorros e hospitais, da contratação de médicos especializados, de enfermeiros suficientes, etc.” (KRELL, 2000, p.33).*

A CF/88 estabelece qual a parcela do orçamento dos entes públicos será destinada a efetivação de cada direito social.

O art. 198, por exemplo, dispõe:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União (BRASIL, 1988).

Ao tratar da assistência social, o art. 204 estabelece:

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

[...]

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados (BRASIL, 1988).

Sobre o direito à educação, reza o art. 212:

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.

§ 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

§ 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários (BRASIL, 1988).

Ocorre que, muitas vezes, tais normas são ignoradas pelo Poder Público, que deixa de prever na lei orçamentária os recursos financeiros destinados aos respectivos serviços públicos, o que constitui outra dificuldade na implementação das políticas públicas.

4 O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO E SEUS LIMITES

4.1 O princípio da separação dos poderes

O princípio da separação dos poderes se encontra positivado no artigo 2º da Constituição, que estabelece que “*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 conferiu grande importância ao Poder Judiciário, fortalecendo-o perante os demais poderes. Estabeleceu ela em seu artigo 5º, inciso XXXV que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (BRASIL, 1988).

Segundo Gregório Assagra de Almeida (2001), o Poder Judiciário tem o compromisso constitucional de implementar materialmente o Estado Democrático de Direito, através da proteção e da efetivação dos direitos e garantias formalmente consagrados na Constituição e, assim, promover a transformação positiva da realidade social, no sentido de igualdade substancial.

O Poder Judiciário passou a fazer parte da “*arena política*” e, assim, contraiu o dever de participar da gestão da coisa pública. O dever de proteção dos direitos fundamentais constitui uma obrigação não só dos poderes Legislativo e Executivo, mas também do Poder Judiciário.

Para Jean Carlos Dias:

O sistema de tensões que o Estado de Direito consagra tem por escopo o compartilhamento racional de atribuições políticas, com o fito de determinar um óbice ao monopólio do poder, com a evidente finalidade de salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos (DIAS, 2007, p.156).

Na visão de Clèmerson Merlin Clève (2005), o princípio da separação dos poderes deve ser concebido tal como se apresenta na CF/88 e não como um princípio abstrato, fora da

história. Clève, bem como Américo Bedê Freire Júnior, acreditam que o Poder Judiciário atua como um poder “*contra-majoritário*”, em defesa dos direitos das minorias. Sua postura ativa seria condição para a efetivação dos direitos fundamentais.

Segundo Lênio Streck, o legislador constituinte cometeu à jurisdição a tarefa de “*guardiã dos valores materiais positivados na Constituição*” e, nessa visão, o Judiciário seria uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. Para isso, faz-se necessária uma nova inserção do Poder Judiciário no âmbito das relações dos poderes do Estado,

(...) *levando-o a transcender as funções de checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais tem precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (...).* (STRECK, 2002, p. 78).

O princípio da separação dos poderes não pode ser um obstáculo às reivindicações de cunho social. A tutela conferida aos direitos fundamentais pelo Estado Democrático de Direito torna estritamente necessária uma releitura de tal princípio, a permitir um sistema eficaz de “*freios e contrapesos*”.

Flávio Dino de Castro e Costa defende que o princípio da tripartição se vincula à finalidade de tutela da liberdade, nunca tendo se cogitado – nem mesmo Montesquieu – da necessidade de uma separação rígida entre os poderes estatais.

Rosalia Carolina Kappel Rocha acredita que o princípio da separação dos poderes, além de seu aspecto negativo, de divisão e limite do poder, tem também um aspecto positivo, no sentido de “*assegurar a justa e adequada ordenação das funções do Estado, impondo competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania*” (ROCHA, 2006, p.16).

Jean Carlos Dias compartilha do mesmo entendimento e defende que a separação dos poderes também deve ser analisada sob seu aspecto positivo, de aperfeiçoamento das atividades estatais. Segundo ele, a interação entre os aspectos positivo e negativo da separação dos poderes assegura a proteção aos direitos fundamentais.

O autor faz uma comparação entre o “*sistema de separação de poderes*” concebido por Montesquieu e aquele concebido pelos americanos. Enquanto o pensador francês acredita que a liberdade depende de uma separação rígida dos poderes, o modelo americano defende que o exercício de determinadas atribuições de um poder pelo outro não significa o rompimento do sistema de separação dos poderes, e, ao contrário, possibilita o controle

interno dos poderes e, assim, uma atuação mais eficaz. No entanto, Dias esclarece que, ao contrário do que muitos críticos concebem, o próprio Montesquieu admitiu a existência de interferências mútuas entre os poderes como forma essencial de controle.

Gustavo Amaral, por sua vez, entende que o modelo francês de separação de poderes denota o divórcio entre os Poderes Legislativo e Executivo e a distribuição das funções judiciais e administrativas em órgãos distintos. Já o modelo americano, para ele, preocupa-se menos com a separação de funções, adotando uma concepção de equilíbrio entre elas. Segundo Amaral, o modelo adotado no Brasil inspirou-se no modelo americano, em que a separação dos poderes consiste em um sistema de freios e contrapesos, de mútua dependência.

Américo Bedê Freire Júnior (2005) esclarece que não se pode transpor um modelo estrangeiro de separação de poderes para o nosso país, sem compatibilizá-lo com as peculiaridades pátrias. Por esse motivo, afirma que a nomenclatura “separação de poderes” é equivocada, vez que o poder estatal no Brasil é uno, materializado na Constituição, tendo a função de viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

A separação dos poderes não constitui um fim em si mesmo, mas um meio de relacionamento entre as funções estatais visando à preservação dos direitos fundamentais perante o Estado.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, os princípios, objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição da República 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, objetivos e direitos fundamentais. Para ele, a Constituição, assim, retirou da esfera política aquilo que constitui o núcleo da comunidade republicana.

Conforme já ressaltamos, as normas constitucionais sobre direitos fundamentais, por sua natureza, contêm conceitos vagos, abstratos e de conteúdo aberto, o que dificulta ainda mais a concretização desses direitos, uma vez que permitem ao administrador uma ampla liberdade no exercício de seu poder discricionário, que, por muitas vezes, ultrapassa os limites legais e alcança o campo da arbitrariedade.

Hoje, há uma vinculação entre os poderes orgânicos do Estado, o que impõe ao Judiciário o dever de intervir nos poderes Executivo e Legislativo quando esses violarem o núcleo dos direitos fundamentais. Esses direitos precisam ser protegidos do abuso e arbítrio

estatal, mas, também e principalmente, de sua omissão. É dever do Estado manter uma interação entre todas as suas funções a fim de garantir tal proteção.

Andréas J. Krell ensina que:

Na medida em que é menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica. (KRELL, 2000, p.46/47).

O Poder Judiciário torna-se, assim, co-responsável pela atuação dos demais poderes estatais, tendo a importante missão de orientá-los a cumprir as disposições constitucionais da forma mais ampla possível e, assim, promover uma mudança social. Nesse sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2007) afirma que a jurisdição constitucional pode representar um mecanismo de inclusão social.

Nesse ponto, recorreremos novamente aos ensinamentos de Andréas J. Krell (2000), que afirma que se faz cada vez mais necessária a revisão do princípio da separação dos poderes, principalmente no que se refere ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos, tendo em vista que os Poderes Executivo e Legislativo se mostraram incapazes de garantir o cumprimento “racional” dos preceitos constitucionais respectivos.

Conforme esclarece Américo Bedê Freire Júnior, não se defende aqui a supremacia de uma função estatal sobre as outras, mas a supremacia da Constituição. Jean Carlos Dias explica que se trata de uma intervenção derivada, “*pois depende da formulação prévia de uma política ou mesmo de uma omissão, quando evidentemente há um dever legal ou constitucional de produzi-la*” (DIAS, 2007, p.44).

Nas palavras de Dias também “*não se sugere que o Poder Judiciário passe a promover a distribuição de bens sociais por si próprio, mas apenas que atue como controlador dos meios empregados pelas políticas [...]*” (DIAS, 2007, p.134).

Dias ressalta, ainda, que “*não se trata, assim, de assumir o papel do Executivo ou Legislativo como elaborador e executor de políticas, e sim de definir se essas são efetivamente compatíveis com o sistema de direitos básicos assegurados institucionalmente*” (DIAS, 2007, p.143).

Américo Bedê Freire Júnior vai mais além, e afirma que:

o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador.

[...]

Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.57).

Dessa forma, impõe-se sobre as instituições o dever de adotar a dignidade da pessoa humana como objetivo de sua atuação positiva. Assim, juízes, governantes e legisladores são igualmente responsáveis na concretização dos direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, como parte do Poder Público, tem a função de zelar pelo cumprimento da Constituição e pela realização da “*justiça social*”. Vale ressaltar que o controle judicial não é desejável em toda e qualquer circunstância, mas em casos excepcionais, de flagrante violação dos direitos fundamentais.

Em um Estado constituído sob a égide do Estado Democrático de Direito e da Democracia, o Judiciário tem o papel de compatibilizar as iniciativas legislativa e executiva com os ditames constitucionais, mantendo, assim, um sistema político equilibrado. Ele tem o dever de influir diretamente na realização das políticas públicas prioritárias e determinar aos entes federados que cumpram as obrigações que lhes são atribuídas pela *Carta Magna*.

Como esclarece Jean Carlos Dias, não se pretende que o Judiciário tome para si a função de intérprete dos fenômenos sociais e ofereça o padrão de ação à demanda posta. Ao contrário, defende-se que o Judiciário aja apenas para “*identificar um conflito jurídico no âmbito do direito, e para eliminá-lo precisa dar-lhe solução*” (DIAS, 2007, p.143). Espera-se, na verdade, que o juiz assuma seu papel de agente social e participe mais da efetivação da Constituição.

Assim, quando o Legislativo e o Executivo se omitirem ou falharem, caberá sempre uma postura ativa do Judiciário, exigindo deles a disponibilização de determinados serviços públicos, bem como a melhoria na sua qualidade. E, caso esses poderes, injustificadamente, permanecerem inertes, deverá o Judiciário impor-lhes sanções.

4.2 Discricionariedade

Há quem entenda que a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas configura ingerência deste no Poder Executivo e, assim, interferência no juízo de oportunidade e conveniência conferido ao administrador público. Como o mérito administrativo é inviolável, o controle judicial das políticas públicas seria ilegítimo. Assim, o Poder Executivo seria “*supremo*” em relação aos objetivos sociais e aos meios escolhidos para atingi-los.

Essa visão permite que atitudes irresponsáveis e desmotivadas por parte do titular do Poder Executivo violem os direitos fundamentais, o princípio de separação dos poderes e, até mesmo, a democracia.

Não há discricionariedade no descumprimento da Constituição. Há, sim, uma arbitrariedade que deve ser retirada do mundo jurídico.

A implementação de políticas públicas não se submete ao juízo de oportunidade e conveniência do administrador, mas constitui um dever imposto a esse que, se não for cumprido espontaneamente, deverá sê-lo coercitivamente, por determinação do Poder Judiciário.

Nesse sentido, Jean Carlos Dias afirma que:

Atos de governo não podem estar fora do controle jurisdicional, quando seu conteúdo ou forma vierem a promover violação à democracia, à profissionalização dos agentes e aos direitos fundamentais, que são os objetivos essenciais do sistema de separação dos poderes.

[...] a incompatibilidade da tese da discricionariedade administrativa com a própria teoria da separação dos poderes demonstra claramente que essa versão não encontra mais fundamento.

[...] o limite do controle judicial é exatamente o necessário à proteção aos direitos fundamentais, tal como concebido numa democracia constitucional dualista (DIAS, 2007, p.103/104).

E conclui o autor (2007) que a adoção de políticas injustas jamais poderá ser considerada como matéria de discricionariedade, mas sim como disputas jurídicas que dependem da solução dos tribunais.

Seguindo a mesma linha, Eduardo Appio acredita que, tratando-se de direitos subjetivos públicos e interesses objetivamente protegidos:

não existe margem de discricção por parte do Estado na sua implementação, uma vez que o próprio constituinte limitou, de forma drástica, a escolha dos meios através dos quais as políticas públicas serão implementadas, definindo o conteúdo e a

forma como os programas serão executados, a fonte de seu financiamento, bem como, o momento de sua implementação (APPIO, 2007, p.100)

No mesmo sentido, Valmir Pontes Filho defende que:

quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos (PONTES FILHO, 2003, p.244).

Andréas J. Krell critica a resistência existente no Brasil em relação ao controle judicial do mérito dos atos administrativos e considera que há um verdadeiro excesso na liberdade de atuação conferida aos agentes públicos. Por outro lado, o autor entende que:

em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. (KRELL, 2000, p.29).

Portanto, segundo ele, o Poder Judiciário teria função subsidiária na implementação das políticas públicas.

Seguindo o mesmo entendimento, Gustavo Amaral nos ensina que pelo fato de a implementação de políticas públicas envolver vários critérios e procedimentos a serem escolhidos e combinados, “*essa característica dá à decisão teor nitidamente discricionário e político, devendo ser sindicável enquanto decisão política. O controle político se dá pelo voto popular e pela atuação da sociedade civil organizada*” (AMARAL, 2001, p.206). Ressalta, ainda, que “*a escolha ganha caráter nitidamente político e, enquanto tal, deve passar pelo crivo político, com o Judiciário guardando-se para o controle não do conteúdo, mas da forma e de eventuais excessos*” (AMARAL, 2001, p.217).

Américo Bedê Freire Júnior, por sua vez, pondera que, nos casos de omissão total do Estado na implementação dos direitos fundamentais, o Judiciário deve permitir que o Executivo ou o Legislativo realizem a escolha de qual política será realizada, dentre as várias opções existentes *a priori*.

Já nos casos de omissão parcial, em que o Estado atua de forma incompleta ou insuficiente, o autor recorre ao princípio igualdade, que, para ele, é um dos pontos centrais do constitucionalismo e reflete nas políticas públicas ao permitir que todos os indivíduos concorram à estas, em igualdade de condições. Desse modo, Freire Júnior afirma que “*não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter uma abrangência global*” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.83).

Assim, leciona que em casos de omissão parcial, o direito fundamental do indivíduo tem outro fundamento, além do fundamento originário, que é, exatamente, o direito à igualdade de prestações.

Segundo o autor, da mesma forma que a omissão total, a omissão parcial do Estado também deve ser corrigida pelo Poder Judiciário, que deverá impor ao Poder Executivo tanto soluções paliativas, como a matrícula do indivíduo em uma escola particular, às custas do Estado, frente à ausência de vagas nas escolas públicas, quanto soluções amplas, como a construção de escolas.

4.3 Legitimidade

Outro argumento utilizado contrariamente ao controle judicial das políticas públicas consiste na afirmação de que somente os poderes eleitos pelo povo têm legitimidade para realizar as escolhas sociais. Nessa concepção, as políticas públicas constituem um tema que só pode ser debatido em sede parlamentar, por meio dos representantes eleitos pelo povo. Isso porque há uma relação de identidade entre representados e representantes que inexistente em relação aos membros do Judiciário. Assim, os poderes Legislativo e Executivo seriam imunes às invasões do Poder Judiciário. Caso contrário, estar-se-ia comprometendo o princípio democrático.

No entanto, Jean Carlos Dias (2007) acredita que tal argumento não pode mais prevalecer nas sociedades modernas, onde, há muito tempo, ocorreu o rompimento dessa relação de identidade.

Em sua visão, “a atuação do Judiciário não somente não compromete uma concepção forte e substancial de democracia, como também permite que esta seja, sem dúvida alguma, levada ao seu estado mais elevado” (DIAS, 2007, p.98). Ele defende, ainda, que “a legitimidade democrática se convalida independentemente do sistema eleitoral (DIAS, 2007, p.134).

Segundo o autor (2007), é exatamente a independência do sistema eleitoral que permite ao Judiciário uma atuação muito mais compromissada com os direitos fundamentais. Para ele, o sistema de separação dos poderes alcança seu ápice quando representantes eleitos e não-eleitos se relacionam a fim de projetar os direitos fundamentais no âmbito da sociedade.

Dias ressalta, ainda:

Naturalmente, isso não significa que caiba aos tribunais eleger os meios de ação política e os objetivos que se pretendem alcançar, mas, sobretudo, permitir que, nas disputas a respeito, a base para a análise de um conflito desloque-se do campo puramente político fundado na preocupação eleitoral e passe para o campo jurídico, tendo em vista a observância dos direitos e deveres consagrados no âmbito legal e constitucional. Essa possibilidade é claramente desejável quando uma política acaba por conflitar-se com um direito fundamental (DIAS, 2007, p.158/159).

No mesmo sentido, Lênio Streck defende que:

ao argumento de que a concretização de direitos via judiciário (jurisdição constitucional) enfraquece a cidadania e coloca em risco a própria democracia (sic), cabe lembrar que não há qualquer registro de que a democracia brasileira tenha sido colocada em xeque em face de decisões judiciais concessivas de direitos, consideradas como “jurisprudência de valores”, “ativismo judicial” etc.

Ao contrário, há um conjunto de avanços sociais, fruto de pressões de movimentos sociais, que tem recebido o selo jurídico, a partir da jurisprudência dos tribunais e, em determinadas situações, “convalidadas” por legislações emanadas do Poder Legislativo (STRECK, 2006, p.114).

Igualmente, Aury Lopes Júnior, citado por Américo Bedê Freire Júnior (2005, p.58), afirma que:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

5 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

5.1 Conceito (aspecto fático)

O princípio da reserva do possível tem sua origem na jurisprudência constitucional alemã. Tal princípio considera que o nível de realização dos direitos sociais depende, sempre, do volume de recursos mobilizados para essa finalidade.

Em outras palavras, quando se trata de direitos fundamentais prestacionais, não se pode ignorar a existência de um limite fático à sua efetivação: a disponibilidade material de recursos financeiros. E a explicação para isso é simples: enquanto as necessidades públicas são infinitas, os recursos públicos são finitos.

Quando se trata de uma demanda relativa ao direito à saúde e à vida, por exemplo, pode parecer repugnante qualquer consideração da órbita financeira. No entanto, isso é essencial nos dias de hoje, devido ao aumento das demandas e de seus custos. Além da limitação dos recursos públicos, há a insuficiência de leitos, equipamentos, profissionais qualificados, órgãos, etc., que obrigam também a utilização cruel, porém necessária, de critérios de seleção dos pacientes.

Gustavo Amaral explica que:

Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados dos contribuintes pode, enfim, ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às conseqüências orçamentárias, pelas quais, em última instância, os outros poderes são responsáveis. [...] Direitos são relativos, não pretensões absolutas (AMARAL, 2001, p.78).

A escassez de recursos, portanto, é uma realidade que deve ser considerada pelo Poder Judiciário ao se deparar com demandas cujo objeto é a falta ou insuficiência de serviços públicos. De nada adianta uma imposição constitucional e uma determinação judicial quando efetivamente não existem recursos para concretizá-las.

Vale ressaltar, no entanto, que a falta de recursos não constitui, de pronto, razão suficiente para que o juiz deixe de compelir o Poder Público a implementar ou melhorar as condições de determinada política pública. É preciso analisar, no caso concreto, os motivos que levaram a tal escassez.

Ao tratar do tema, Américo Bedê Freire Júnior indaga se “*é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo*” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.74). O autor acredita que “*antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder*” (FREIRE JÚNIOR, 2007, p.74).

Álvaro Ricardo de Souza Cruz se mostra contrário aos argumentos ligados à reserva do possível ou ao equilíbrio orçamentário quando esses “*traduzem apenas “argumentos de política” e desconsideram na sua argumentação os direitos fundamentais, o código binário do direito e os “argumentos de princípio*” (CRUZ, 2007, p.378).

Américo Bedê Freire Júnior divide a reserva do possível em dois aspectos, o fático e o jurídico. No aspecto fático, a reserva do possível identifica que há um limite de possibilidades materiais para certos direitos. No aspecto jurídico, existe a necessidade de prévia dotação orçamentária como obstáculo ao cumprimento de uma decisão judicial a respeito de políticas públicas.

5.2 Previsão orçamentária (aspecto jurídico)

O Título IV da Constituição Federal é destinado à Tributação e ao Orçamento Público. A Seção II do Capítulo II do referido título estabelece as regras a que se submete a Administração Pública com relação a qualquer despesa que por ela venha a ser realizada.

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.

A necessidade de prévia previsão orçamentária muitas vezes é tida como barreira à implementação das políticas públicas, bem como ao cumprimento de decisões judiciais que determinam a sua realização.

Clèmerson Merlin Clève faz parte da corrente que, em síntese, defende que o que está na lei é para ser cumprido. Ao tratar do problema orçamentário, Clève leciona que:

*Tratar-se-ia de compelir o Poder Judiciário a cumprir a lei orçamentária que contenha as dotações necessárias (evitando, assim, os remanejamentos de recursos para outras finalidades), assim como de obrigar o Estado a prever na lei orçamentária os recursos necessários para, de forma progressiva, realizar os direitos sociais. E aqui é preciso desmistificar a idéia de que o orçamento é meramente autorizativo. Se o orçamento é programa, sendo programa não pode ser autorizativo. **O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo.** (CLÈVE, 2005, p. 06, grifo nosso).*

Gustavo Amaral, entretanto, entende que a eficácia dos direitos fundamentais depende naturalmente de recursos públicos disponíveis, e a visão de que o Executivo deve, em qualquer circunstância, cumprir o que a Constituição lhe impõe não é capaz de afastar a escassez dos recursos, e, conseqüentemente, não se apresenta como uma solução eficiente ao problema da implementação das políticas públicas. Nos dizeres do autor:

Dentro desse cenário nos parece inaceitável a “profissão de fé” na suficiência de recursos para atender a todos, que parece ser professada por vários tribunais.

Também não nos parecem razoáveis máximas como “se está na lei é para ser cumprido”, pois a lei não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido, alguém sofrerá dano ou mesmo morrerá (AMARAL, 2001, p.184).

Por outro lado, Andréas J. Krell defende 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.*” (KRELL, 2000, p.57).

No mesmo sentido, Américo Bedê Freire Júnior afirma que, a fim de se evitar o conflito com a falta de previsão orçamentária, e dependendo da urgência do caso concreto, “*nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente*” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.76).

Já em casos urgentes, em que é necessário o cumprimento imediato da decisão, o autor esclarece que haverá uma colisão entre a regra orçamentária e o princípio ou regra que fundamenta a implementação da política pública. Nesse caso, Freire Júnior explica que “*haverá a prevalência da decisão, pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta*” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.76).

O doutrinador ainda vai além, e sustenta que:

Quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente, vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídico somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição) (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.76, grifo nosso).

Com isso, o autor (2007) quer dizer que quando houver um conflito entre a norma do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, em regra, os últimos deverão prevalecer. Segundo ele, empecilhos formais não podem impedir a concretização da Constituição, visto que a prévia dotação orçamentária não constitui um fim em si mesmo, devendo ser interpretada visando à máxima efetividade dos direitos fundamentais.

5.3 Conflito entre direitos fundamentais

Tomada individualmente, não há demanda que ultrapasse os recursos disponíveis ou que exceda o orçamento público. No entanto, é preciso ter uma visão ampla, de que a alocação de recursos para atender uma determinada demanda, retira a possibilidade de esses mesmos recursos serem empregados em outra, igualmente urgente e necessária.

Rosalia Carolina Kappel Rocha faz essa importante ressalva:

Destarte, na defesa de direito social há que se levar em conta as políticas públicas, a escassez de recursos e, inclusive, o princípio da isonomia, a fim de não privilegiar determinado indivíduo, prejudicando, ainda que indiretamente, outras pessoas que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos, igualmente relevantes (ROCHA, 2006, p.23/24).

Seguindo o mesmo entendimento, Gustavo Amaral nos ensina que “*a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia*” (AMARAL, 2001, p.39).

O juiz deve, assim, se mostrar responsável, atentando-se para as conseqüências que o deferimento ou indeferimento de uma prestação social terá frente a outras demandas e prestações de igual importância.

Nesse sentido, Amaral acrescenta que “*por depender de recursos escassos, os direitos demandam ou implicam em escolhas disjuntivas de natureza financeira*” (AMARAL, 2001, p.80). Segundo ele:

O atendimento a um pleito demanda o emprego de recursos finitos. A limitação desses recursos pode torná-los escassos e, então, será necessária a adoção de escolhas trágicas, onde se opta por quem atender e disso resulta o consumo de recursos que poderiam atender a outro ou a outros (AMARAL, 2001, p.84).

No mesmo sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz afirma que “*o operador do Direito há que considerar, no momento da concretização das pretensões jurídicas, a natureza de cada bem que integra essa mesma pretensão.*” (CRUZ, 2007, p.366).

Ao citar outra obra sua, Cruz (2007, p.372/373) explica:

Diante da carência de recursos orçamentários, por exemplo, é legítimo o debate parlamentar sobre despesas prioritárias dentre os objetivos constitucionais em favor dos distintos direitos fundamentais. Logo, um Governo pode priorizar legitimamente a alocação de recursos em uma lei orçamentária para a saúde em detrimento da educação ou vice-versa.

Como observa Cruz, o juiz não pode pretender substituir o legislador ou, por outro lado, também não deve se mostrar subserviente ao administrador e às políticas governamentais. “*Dentro da escassez de recursos devemos estabelecer critérios legítimos para a concessão ou não dos pleitos formulados*” (CRUZ, 2007, p.374).

Nesse ponto, Cruz exemplifica:

Saber que a concessão de um tratamento de Aids pode, de outro lado, condenar uma criança a padecer de poliomielite por ausência de vacinação ou por falta de recursos na farmácia básica, contribui para o amadurecimento de nossos operadores do Direito. É preciso que o magistrado saiba que garantir a entrega gratuita de um Interferon Peguilado para um paciente pode importar na paralisação de obras para saneamento básico. Ou seja, que o cobertor é curto... (CRUZ, 2007, p.385).

Verifica-se, portanto, que conflitos desta espécie não são solucionados através dos critérios temporal, hierárquico e da especialidade das normas. Também não se resolvem através da ponderação entre princípios.

Gustavo Amaral explica que nos conflitos de pretensões positivas, “[...] o conflito “quase” que não é jurídico. Não se nega o direito de todos, apenas não se tem como atender” (AMARAL, 2001, p.126). O autor ressalta que “a decisão de proteger um dado interesse muitas vezes gera novas formas de ameaça, tornando as decisões alocativas ainda mais complexas” (AMARAL, 2001, p.150).

Assim, 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 demandas 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.

Gustavo Amaral define o referido critério, consistente na ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta. A essencialidade da pretensão é analisada em função do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana. A excepcionalidade da situação ocorre em virtude da existência de circunstâncias concretas que impedem o atendimento de todos que demandam prestações igualmente essenciais, exigindo escolhas trágicas.

Dessa forma, caberá ao Judiciário controlar as escolhas feitas pelos Poderes Legislativo e Executivo, utilizando-se, para tanto do critério exposto. Se a essencialidade da pretensão mostrar-se maior que a excepcionalidade da situação concreta, a prestação estatal deverá ser entregue. Caso contrário, a não entrega da prestação será legítima, assim como a escolha estatal de alocação dos recursos.

Amaral explica, ainda, que a decisão judicial deverá ser sempre circunstancial, a fim de respeitar a pluralidade das opções alocativas existentes, a heterogeneidade da sociedade, o que implica uma diversidade de valores, interesses e necessidades a serem atendidas, e a deficiência na coleta de informações, inerente ao processo judicial.

5.4 Aplicação do princípio pelos Poderes Executivo e Judiciário

O juiz tem o papel de buscar sempre a plena efetivação dos direitos sociais. Entretanto, a escassez de recursos é uma realidade que não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, para que a Administração Pública deixe de cumprir com uma prestação positiva, que possibilitaria a plena eficácia de um direito social, terá que demonstrar, com motivos de fato e de direito, sua impossibilidade. *“As prestações positivas são exigíveis pelo cidadão, havendo dever do Estado ou de entregar a prestação, através de um dar ou fazer, ou de justificar porque não o faz”* (AMARAL, 2001, p.214).

Alegações genéricas de falta de recursos não se prestam a isentar o Poder Público de cumprir aquilo que lhe foi atribuído pela Lei Maior.

Também não se mostra suficiente o argumento de que os direitos sociais têm sua concretização limitada pela reserva do possível. Tal princípio não pode vigorar como *“cláusula suprallegal de descumprimento da Constituição”*, como denomina Freire Júnior. Ele só deve ser aplicado excepcionalmente, e depois de comprovada a referida impossibilidade.

Ainda que não existam recursos para implementar integralmente uma política pública, tal fato não permite que o administrador deixe de, pelo menos, iniciá-la. Ele deverá fazê-lo e, paulatinamente, deverá encontrar formas de realocar recursos e alocar os novos que irão surgindo.

Não estamos, aqui, vinculando a obrigação do administrador ao mínimo. Seu papel é procurar dar efetividade máxima às normas constitucionais. Cobra-se o mínimo somente em casos de impossibilidade financeira comprovada e justificada.

Nesse sentido, Américo Bedê Freire Júnior ensina que:

Como todo paradigma, o mínimo existencial vem sendo reconhecido sem maiores contestações como parâmetro a definir a necessidade de atuação do legislador, todavia prefere-se acreditar que não será a solução para os diversos problemas de efetividade vincularmos aprioristicamente a responsabilidade do legislador ao mínimo, mas devem-se cobrar e procurar efetivar ao máximo as normas constitucionais (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.75).

Recorremos, então, à sua conclusão:

Enfim, a reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.79).

6 CONCLUSÕES

Constatou-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito, pautado na supremacia da Constituição e na proteção dos direitos fundamentais, configura-se como um instrumento de realização dos fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil, comprometendo-se com a mudança do *status quo*, através da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Verificamos que a classificação dos direitos fundamentais em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações apresenta-se por demais ultrapassada, tendo em vista que os direitos, hoje, além de se mostrarem interligados, geram, ao mesmo tempo, tanto prestações positivas, como negativas.

Além disso, estabelecemos que se encontra superada a concepção, ainda recente, de que as normas definidoras de direitos fundamentais de cunho social consistiam em normas programáticas, ou seja, definiam apenas metas e finalidades a serem concretizadas pelo legislador ordinário, cujo descumprimento não acarretava consequência alguma. Tais normas, não podem ser definidas como programáticas e sim normas que outorgam direitos subjetivos públicos, de conteúdo social, aos indivíduos. Elas não admitem margem de discricionariedade por parte do ente público, sendo inteiramente vinculadas em sua forma, conteúdo e momento de realização. Por isso, são imediatamente aplicáveis e exigíveis pelos cidadãos, independentemente de regulamentação, da mesma forma que os demais direitos fundamentais, nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Ao mesmo tempo, reconhecemos que as políticas públicas, que consistem em uma intervenção do poder público na vida social e configuram-se como meio necessário à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente dos de cunho social (educação, saúde, trabalho, lazer, moradia, segurança, previdência social, assistência, etc), enfrentam inúmeras dificuldades para sua implementação, tais como a não estruturação dos serviços sociais básicos pelo Poder Executivo, a ausência de previsão orçamentária dos recursos financeiros necessários à realização dos referidos serviços públicos, além da escassez dos recursos públicos.

Compreendemos, também, que o princípio da separação dos poderes precisa ser relido nos dias de hoje, a fim de compatibilizar-se com a importância destinada ao Poder Judiciário

pela CF/88, bem como com a tutela conferida por essa aos direitos fundamentais. O princípio da separação dos poderes mostra-se não como um fim em si mesmo, mas como um meio de relacionamento e aperfeiçoamento das funções estatais, visando à proteção dos direitos fundamentais, a qual constitui obrigação não só dos poderes Legislativo e Executivo, mas também do Judiciário. Há, assim, uma vinculação entre os poderes orgânicos do Estado, que impõe a intervenção, excepcional, do Poder Judiciário nos demais poderes, quando esses se mostrarem inertes e, assim, violarem os direitos fundamentais. Defende-se, assim, não a supremacia de uma função estatal sobre as outras, mas a supremacia da Constituição.

Certifica-se, dessa forma, que não há discricionariedade no descumprimento da Constituição. O controle judicial das políticas públicas não configura interferência no juízo de oportunidade e conveniência do Administrador Público, uma vez que a implementação de políticas públicas não se submete ao mérito administrativo. Não se pode negociar direitos fundamentais e, assim, a realização de políticas públicas constitui, na verdade, um dever da Administração que deve ser cumprido nos termos impostos pela *Carta Magna*.

Também não falta legitimidade ao Poder Judiciário para exercer o referido controle pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo povo e assim, não haver uma relação de identidade entre esses e aqueles. Isso porque, nas sociedades modernas, há muito tempo, já houve o rompimento dessa relação. O controle judicial das políticas públicas, além de não comprometer o princípio democrático, permite que a democracia alcance seu grau mais elevado, vez que não há democracia sem justiça social. Através de uma atuação independente e compromissada com os direitos fundamentais, o Poder Judiciário vem, visivelmente, promovendo uma série de avanços sociais.

No que se refere à escassez de recursos públicos, a serem mobilizados para a concretização dos direitos fundamentais, verificamos a existência de um princípio de origem germânica, denominado princípio da reserva do possível. Tal princípio estabelece que a insuficiência de recursos públicos é uma realidade que deve ser considerada pelo Poder Judiciário ao se deparar com demandas cujo objeto é a falta ou insuficiência dos serviços públicos. No entanto, o princípio em questão deve ser aplicado com cautela. A necessidade de prévia previsão orçamentária não pode ser tida como uma barreira intransponível à implementação das políticas públicas, bem como a escolha estatal de alocação de recursos só deve ser aceita quando antes de os recursos se esgotarem para os direitos fundamentais, já devem estar esgotados em áreas não prioritárias, nos termos da Constituição Federal.

Além disso, reconhecemos que o tema se torna ainda mais complexo quando se verifica que a alocação de recursos para atender uma determinada demanda, inevitavelmente, irá retirar a possibilidade de esses mesmos recursos serem empregados em outra, igualmente urgente e necessária. O choque entre direitos fundamentais pode ser solucionado através do critério definido por Gustavo Amaral, que pondera entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a fim de verificar a legitimidade ou não da escolha estatal, e, assim, afastar ou tornar necessária a intervenção do Judiciário.

Portanto, o Poder Judiciário deve mostrar-se comprometido com a realidade político-social brasileira, aplicando em suas decisões princípios e regras que visam compatibilizar as necessidades e direitos sociais às possibilidades orçamentárias da Administração Pública, quando essa comprovar, por fatos e fundamentos jurídicos, a impossibilidade de se conferir a eficácia plena de tais direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Poder Judiciário Brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social**. 2001. Disponível em: <http://www.trt15.gov.br/escola_da_magistratura/Rev15Art8.pdf>. Acesso em 19 mar. 2008.

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.

APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade Política do Poder Judiciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. 2004. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2007.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 08 mar. 2008.

CAMBI, Eduardo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Procuradoria-Geral de Justiça, 2007. Palestra proferida na Semana do Ministério Público em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence, em Belo Horizonte, em 14/09/2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A exaustão da via administrativa e o controle jurisdicional dos atos administrativos. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.22, n.22, p. 62-77, jul./dez. 1985.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Constituição: Tempo e Cidadania**. Belo Horizonte: Praetorium, 2008. Palestra proferida no Congresso de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da “Constituição Cidadã”, em Belo Horizonte, em 09/04/2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 01 set. 2007.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Interesse Público**: Revista Bial de Direito Público. Notadez, Sapucaia do Sul/RS, v. 6, n. 28, p.64-90, nov./dez. 2004.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Horizontalização dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Praetorium, 2008. Palestra proferida no Congresso de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da “Constituição Cidadã”, em Belo Horizonte, em 10/04/2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um ensaio crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate**: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Cap 7, p.325-387.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007. (Coleção Professor Gilmar Mendes; v.4).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

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. Cap. 2, p.25-60.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **A crise da Modernidade: O paradigma da supremacia da soberania nacional e outros mitos**. Belo Horizonte: Praetorium, 2008. Palestra proferida no Congresso de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da “Constituição Cidadã”, em Belo Horizonte, em 10/04/2008.

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

MORAES, Alexandre de. **Poder Judiciário e defesa dos direitos fundamentais nos 20 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Praetorium, 2008. Palestra proferida no Congresso de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da “Constituição Cidadã”, em Belo Horizonte, em 09/04/2008.

PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas: cadernos de soluções constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em 19 fev. 2008.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Federação e Cidadania: 20 anos**. Belo Horizonte: Praetorium, 2008. Palestra proferida no Congresso de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da “Constituição Cidadã”, em Belo Horizonte, em 10/04/2008.

ROCHA, Rosalia Carolina Kappel. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível**. 2006. Disponível em: <<http://www.redeagu.gov.br>> Acesso em 01 set. 2007.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. **Estudos Jurídicos**: Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Unisinos, São Leopoldo/RS, v. 35, n. 95, p.49-86, set/dez. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Obstáculos (positivistas) ao construir da Constituição: um balanço vintenário**. Belo Horizonte: Praetorium, 2008. Palestra proferida no Congresso de Direito Constitucional em comemoração aos 20 anos da “Constituição Cidadã”, em Belo Horizonte, em 09/04/2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.