



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL:

Um estudo sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos Direitos Sociais.

David Ribeiro Dantas

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Área de Concentração: Dogmática em Direito Público.

Recife, 2006

David Ribeiro Dantas

DIRIGISMO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL:

Um estudo sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos Direitos Sociais.

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Área de Concentração: Dogmática em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa

Recife, 2006.

CATALOGAÇÃO NA FONTE

D192d Dantas, David Ribeiro
Dirigismo constitucional e ativismo judicial: um estudo sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais / David Ribeiro Dantas – Recife : Edição do Autor, 2006.
114 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

Inclui bibliografia.

1. Separação de poderes - Brasil. 2. Direito constitucional - Brasil - Interpretação e construção. 3. Direitos sociais - Brasil. 4. Poder Judiciário e questões políticas - Brasil. 5. Controle jurisdicional de atos administrativos - Brasil. 6. Revisão judicial - Brasil. 7. Função judicial - Brasil. 8. Direito e política. 9. Brasil. [Constituição (1988)]. 10. Orçamento - Legislação - Brasil. 11. Despesa pública - Política governamental - Brasil. I. Feitosa, Raymundo Juliano do Rêgo. II. Título.

341.233 (CDDir-Dóris de Queiroz Carvalho) (4.ed)
UFPE/CCJ-FDR/PPGD/EFR-efr BPPGD2006-14

David Ribeiro Dantas

Dissertação de mestrado apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Área de Concentração: Dogmática em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa.

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de mestrado e julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____ APROVADO _____

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, ___ de _____ de _____

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Agradecimentos

Ao professor Dr. Raymundo Juliano Feitosa, que orientou a elaboração do presente trabalho, pela dedicação e apoio sempre presentes, durante a realização do trabalho e sempre;

Aos meus familiares pela dedicação de uma vida;

Aos meus professores da graduação e do Mestrado pelo constante incentivo

Aos meus amigos de todas as horas Adrualdo Catão, Alessandra Macedo Lins, Carolina Pedrosa, Virgínia Leal, Fabiana de Belli, Mariana Fischer, Renata Marinho, Kainara Nascimento, Fabiano Pessoa, , Luciana Brayner, Natália Soares, Karla Vasconcelos Araújo; Alexandre da Maia, Alexandre Saldanha, Aristóteles Câmara, André Melo, Marcos André Couto Santos, Luciana Félix, Breno Perez, Enoque Feitosa, Dílson Peixoto, Ricardo Queiroz, Lourdes Miranda, Simone Lins pela confiança e paciência que tornaram possível a nossa convivência e por me ensinarem, junto com meus familiares, o mais importante do que eu sei;

A D. Sílvia Augusta Marques (in memorian) pela presença sempre estimulante;

A todos os que esqueci de mencionar aqui, pelo perdão que certamente sua generosidade me concederá;

Muito obrigado!

HINO AO JUIZ

(...)

Bananas, ananás! Peitos felizes.
Vinho nas vasilhas seladas...
Mas eis que de repente com praga
No Peru imperam os juízes!
Encerraram num círculo de incisos
Os pássaros, as mulheres e o riso.
Boiões de lata, os olhos dos juízes
São faíscas num monte de lixo.
Sob o olhar de um juiz, duro como um jejum,
Caiu, por acaso, um pavão laranja-azul:
Na mesma hora virou cor de carvão
A espantosa cauda do pavão.
No Peru voavam pelas campinas
Livres os pequeninos colibris;
Os juízes apreenderam-lhes as penas
E aos pobres colibris coibiram.
Já não há mais vulcões em parte alguma,
A todo monte ordenam que se cale.
Há uma tabuleta em cada vale:
"Só vale para quem não fuma."
Nem os meus versos escapam à censura;
São interditos, sob pena de tortura.
Classificaram-nos como bebidas
Espirituosa: "venda proibida".
O equador estremece sob o som dos ferros.
Sem pássaros, sem homens, o Peru está a zero.
Somente, acorados com rancor sob os livros,
Ali jazem, deprimidos, os juízes.
Pobres peruanos sem esperança,
Levados sem razão à galera, um por um
Os juízes cassam os pássaros, a dança,
A mim e a vocês e ao peru.

(Maikóvski. Poemas. Trad. Augusto de Campos. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 75-76)

RESUMO

*DANTAS, David Ribeiro. **Dirigismo constitucional e ativismo judicial**: um estudo sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos Direitos Sociais. 2005. f. 121. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.*

O presente trabalho tem como problema central o estudo do papel constitucional dos agentes políticos (Executivo, Legislativo e Judiciário) no estado democrático de direito, com a finalidade de saber qual o grau de vinculação desses agentes às normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais sociais. Sem desconhecer os problemas de ordem política, interessa-nos observar o debate propriamente jurídico sobre a proteção e concretização daqueles direitos, com especial atenção para a tarefa reservada ao Poder Judiciário na guarda e concretização da constituição.

Partindo do estudo da Teoria sobre a Separação de Poderes e sua evolução, o trabalho analisa assim os aspectos relativos ao ativismo judicial no Brasil, o problema do controle judicial de políticas públicas, com especial atenção no estudo da função do orçamento público na formulação e execução de políticas públicas, bem como na possibilidade do controle judicial do orçamento pelo poder judiciário.

As discussões teóricas acerca das self executing provisions e not self executing provisions e das denominadas “normas programáticas”, constituem-se, em grande medida, numa justificativa da ausência de obrigações do Estado (e na impossibilidade, para alguns autores, de que o Poder Judiciário atue em sede de inconstitucionalidade por omissão) em relação àqueles direitos.

A Constituição Brasileira de 1988 enquadra-se no Constitucionalismo Social. Desse modo, retomando parâmetros presentes no Direito Constitucional Brasileiro desde 1934. Consequentemente, recolocam-se os problemas de eficácia que tem caracterizado nosso constitucionalismo. Não basta, então, considerar vigente todo o texto constitucional e reclamar das leis complementares e ordinárias para adensar sua eficácia, mas integrar a norma à dinâmica social que a elabora, pois a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade.

Palavras-chave: Dirigismo constitucional; ativismo judicial; direitos sociais.

ABSTRACT

DANTAS, David Ribeiro. *Constitutional state interventionism and judicial activism*: a study on the paper of the judiciary power in concretion of social rights. 2005. f. 121. Master Degree – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

The present work has as main problem the study of the constitutional role of the political agents (Executive, Legislative, and Judiciary) in the democratic state of law, in order to know about the degree of entailment of those agents to the constitutional rules instituting of the social fundamental rights.

Without being unaware of the problems of political order, it concerns to observe the debate properly juridical about the protection and concretizing of those rights, giving special attention to the task reserved to the Judiciary Department in the custody and concretizing of the constitution.

Starting from the study of the theory about the Separation of Powers and its evolution, the work analyzes, thus, the aspects related to the judicial social movement in Brazil, the problem of judicial control of public politics, with special attention to the study of the function of the appropriation act in the formulation and execution of public politics, as well as in the possibility of the judicial control of appropriation by the Judiciary Department.

The theoretical arguments about the self executing provisions and non-executing provisions and the ones denominated "programmatic rules" constitute in large degree, a justification of absence of Obligation of the State (and in the impossibility, to some authors, that the Judiciary Department acts in headquarters of unconstitutionality by default) related to those rights.

The Brazilian Constitution of 1988 adjusts in the Social Constitutionalism.

In this way, recovering parameters present in the Brazilian Constitutional Law since 1934.

Consequently, the problems of effectiveness are replaced, which has defined our constitutionalism. It is not sufficient then, to consider ruling all the constitutional text and complain about the complementary and common laws to condense its effectiveness, but integrate the rules to the social dynamic which it develops, for the true Constitution is simultaneously in the text and in reality.

Key Words: Constitutional state interventionism; Judicial activism; public politics; social rights.

Sumário

Introdução	11
1. Princípio da separação de poderes como regra organizatória e sua relação com a concretização dos direitos sociais	22
1.1. O caráter instrumental do princípio de separação de poderes no constitucionalismo clássico e sua evolução.....	22
1.2. A separação de poderes e os direitos sociais: o papel reservado aos órgãos de soberania do Estado na concretização da Constituição.	26
1.2.1 O Poder Executivo e os Direitos Sociais.	28
1.2.2 O Poder Legislativo e os Direitos sociais.....	31
1.2.3. O Poder Judiciário e os Direitos Sociais.....	33
2. Ativismo Judicial: origens e importância na consolidação dos direitos sociais	37
2.1 Origens do Ativismo Judicial.....	37
2.2 O Ativismo Judicial e a consolidação dos Direitos Sociais.....	43
3. Atuação do Poder Judiciário e separação de poderes na evolução do constitucionalismo	47
3.1 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito: os reflexos das transformações do Estado e da Constituição na teoria da separação de poderes.....	47
3.2 A evolução do papel do Poder Judiciário frente à mutação do Estado e da Constituição.	52
3.3 A Separação de Poderes e a atuação do Poder Judiciário na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	57
4. A teoria do dirigismo constitucional: origem e validade frente à realidade dos países de desenvolvimento tardio	60
4.1. A origem do dirigismo constitucional: localização e dimensionamento da teoria de J.J. Gomes Canotilho.	60

4.2. As transformações na teoria do dirigismo constitucional e a questão de sua validade nos países de desenvolvimento tardio.	66
5. Os Direitos Fundamentais Sociais e seus modelos de positivação na Constituição de 1988	71
5.1. Os modelos de positivação de direitos fundamentais sociais: direitos negativos(defesa) ou direitos positivos (prestações)?	71
5.2. A confusão entre normas programáticas e o s direitos sociais: o dever dos agentes políticos de otimização das normas constitucionais.	78
5.3. Os Direitos Sociais e a atuação do Poder Judiciário.	81
6. O papel político do Poder Judiciário no controle das Políticas Públicas e do orçamento do estado	87
6.1. O princípio da separação de poderes e o controle judicial da atividade política.	87
6.2. Controle judicial dos orçamentos estatais.	95
Conclusão	103
Referências	106

Introdução.

Sumário: 1. o tema e sua delimitação; 2. O(s) problema(s); 3. Hipótese(s) de Trabalho; 4. A metodologia.

I. O tema e sua delimitação.

O presente trabalho tem por objeto o estudo do problema da vinculação dos agentes políticos na concretização dos direitos fundamentais sociais nos chamados países de desenvolvimento tardio¹, especialmente o Poder Judiciário no caso brasileiro.

O tema não é novo, mas sua abordagem, nesse momento, mostra-se um desafio atual.

Isso porque, apesar de vivermos um contexto de inserção do Brasil, como da maioria dos chamados países de desenvolvimento tardio, nos processos de globalização e neoliberalismo, em tais estados não se concretizaram as promessas da modernidade².

¹ Nesse sentido, Andreas KRELL observa que o mundo em desenvolvimento ou periférico significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas dos países ricos (ADEODATO, João Maurício. Uma Teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, n.5., 1992, p. 220). Dessa forma, conclui KRELL, que a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado. Cf. KRELL, *Direitos Sociais e controle Judicial e na Alemanha. Os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. POA, Fabris, 2002, p.54.

² Touraine diz que na América Latina, até o presente momento, nenhum país foi capaz de implementar um plano global de progresso econômico e social. Para o autor, não se trata mais de livrar a economia de vínculos paralisantes, mas de reintegrar a atividade econômica ao conjunto da vida social e reforçar as intervenções do poder político. Cf. TOURAINE, Alain. Ecos da ausência do Estado. *Folha de São Paulo*, 17.11.96, p. 5-11.

Primeiro, pelo fato de que, tais estados não vivenciaram a implantação do Estado Social de Direito, dada a prodigalidade com que esses estados experimentaram o intervencionismo estatal³, depois pelo fato de que, na maioria desses estados o intervencionismo estatal foi diligente apenas em satisfazer as necessidades das classes dominantes, que viveram de perto os benefícios do Estado Social.

No Brasil, os Direitos Sociais, enquanto categoria, não gozam (na doutrina) de um conceito unívoco, ora sendo considerados pressupostos para o gozo dos demais direitos individuais, ora aparecendo como proposições políticas a descreverem objetivos da atuação do Estado⁴.

Em segundo lugar, no nosso entendimento, muito contribui para o agravamento do problema a idéia dominante de que por dependerem da concessão do legislador, os direitos sociais, não sendo *status negativos*, afastam-se da noção de direitos fundamentais, não gerando por si sós direito a prestações positivas do Estado. Nessa concepção, tais direitos seriam princípios de justiça, normas programáticas, dependendo da disponibilidade orçamentária do Estado e cuja concretização encontra-se restringida pela chamada “reserva do possível”,

³ O intervencionismo estatal não deve ser aqui entendido como uma concessão do capital, mas, como nos dizeres de Pereira e Silva, a única forma de a sociedade capitalista preservar-se, necessariamente mediante empenho na promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas. Cf. PEREIRA E SILVA, Reinaldo. O mercado de Trabalho humano. São Paulo, LTr, 1998, p. 45. tal fato (de o Estado Social caracterizar-se como única forma de preservação do capitalismo em determinado momento histórico) vai, para alguns autores, estar na raiz da chamada crise do Estado contemporâneo. Nesse sentido, cf. ROSANVALLON, Pierre. A Crise do Estado-providência. Goiânia, editora UnB, 1997, p.38 e ss.

⁴ Nesse sentido Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado de Direito*. FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113.

estando inseridas as normas consagradoras de tais direitos na categoria de normas de eficácia limitada⁵.

A questão possui grande importância na medida em que “sendo o Estado Social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade de harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos”⁶.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo principal contribuir para superar os impasses da doutrina quanto à idéia de vinculação dos agentes do estado em relação à concretização dos direitos fundamentais-sociais e, com isso, quem sabe, possibilitar o encaminhamento de soluções que facilitem o término da disfunção, ora existente, entre a ideologia⁷ jurídica dominante e a realidade atual dos países de desenvolvimento tardio.

Para alcançar esse objetivo, buscar-se-á discutir o arcabouço teórico acerca do papel dos chamados órgãos de soberania do Estado aplicado aos direitos fundamentais-sociais especialmente no que tange ao Poder Judiciário, a

⁵ Norma de eficácia limitada, de acordo com José Afonso da SILVA (*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Ed Malheiros, 1999, p. 262 e ss), são aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, necessitando de lei integrativa infraconstitucional.

⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 56.

⁷ A expressão ideologia, conforme assinala Luiz Sérgio Fernandes de Souza (*O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito*. São Paulo: RT, 1993, p. 128), comporta duas definições tradicionais: visão de mundo e falsa consciência. Aqui se utiliza como o conjunto das idéias dominantes sobre determinados fatos jurídicos, ou seja, como visão de mundo.

fim de identificar quais os paradigmas teóricos que limitam as possibilidades de concretização das normas constitucionais que consagram os direitos sociais.

Além disso, mostra-se de suma importância para o tema um estudo acerca da Jurisdição Constitucional e de como se tem comportado a hermenêutica constitucional acerca da matéria. Nesse sentido, cabe ressaltar que, como assinala Peter Häberle, a interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é a única, pois que “em se tratando de muitos direitos fundamentais já se processa a interpretação (talvez conscientemente?) no modo como os destinatários da norma preenchem o âmbito de proteção daquele direito”⁸. Por isso, cidadãos e grupos de interesses (a opinião pública) constituem, também, forças produtivas da interpretação constitucional, que têm de ser levadas em consideração quando da elaboração de um estudo de direito constitucional.

A abordagem do tema, utilizando-se os elementos anteriormente descritos, faz-se necessária à construção de uma dogmática jurídica⁹ que abra caminhos que levem à superação do impasse da doutrina tradicional da função pública, que sustenta ser impossível a vinculação do Judiciário no dever de concretização daqueles direitos sociais carentes de complementação. Essa teoria, que pretendemos superar, está lastreada essencialmente na chamada “reserva do

⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 15.

⁹ Não se desconhece que a expressão dogmática jurídica se constitui expressão de significado plurívoco, mas aqui é utilizada no sentido de um trabalho de pesquisa voltado para a investigação de pressupostos de controle de variáveis, tendo em vista a efetividade de soluções doutrinárias, que, baseando-se nas regras jurídicas vigentes, procure incluí-las num sistema tanto quanto possível coerente, a fim de torná-las utilizáveis na solução de casos concretos. O que, conforme assinala Tercio Ferraz Sampaio Jr. (*Função Social da Dogmática Jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 14), constitui um campo de indagação que se incorporou à dogmática jurídica atual.

possível”, reforçada pela recente afirmação de morte do Constitucionalismo dirigente, feita pelo próprio Canotilho.

Por fim, cabe assinalar que a definição pelo tema da presente pesquisa deveu-se a dois fatores.

Primeiro, como bem adverte Lenio Streck, pelo entendimento de que a “onda” neoliberal que assola o mundo, força-nos a (re)discutir a questão da função do Estado e do Direito, bem como as possibilidades de realização da democracia e dos direitos fundamentais em países recentemente saídos de regimes autoritários, carentes, ainda de uma segunda transição, que se traduziria na concretização das promessas da modernidade. É justamente neste contexto que o presente estudo se insere, buscando a colaborar para a construção de um discurso e para a justificação do poder oficial por meio do discurso jurídico em face da problemática relação Direito-Estado-Sociedade.¹⁰

Depois, pelo fato de que estamos apenas no início do processo de realização da universalidade concreta daqueles direitos, sobretudo nos países de desenvolvimento tardio. Entre os obstáculos que a ela se opõem, como bem assevera Bobbio¹¹ encontra-se o subdesenvolvimento que atinge a maioria das nações do globo, nas quais os direitos humanos permanecem em grande parte uma aspiração. Dentre eles, são os direitos sociais e econômicos que mais carecem de efetiva proteção, constituindo num conjunto de prestações que devem contar com a ação do Estado para seu gozo. Assim, tais direitos defrontam-se

¹⁰ STRECK, Lenio. *Constituição ou barbárie? – A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de direito*. Disponível na internet: site do Instituto de Hermenêutica Jurídica, <http://www.ihj.org.br/artigos/professores/lenio.pdf> [20.09.2003].

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.25 e ss.

com o desaparelhamento dos poderes públicos para cumprirem com este papel, tanto pelas insuficiências de sua organização institucional quanto pela ausência e má destinação de recursos.

Ainda, em face da pouca atenção que tem suscitado, entre os doutrinadores brasileiros, o tema relativo aos papéis desempenhados por cada um dos órgãos do Estado com relação aos Direitos Sociais frente ao inafastável processo de globalização a que se submetem os estados contemporâneos, que, pode ser vista justamente como o contraponto das políticas do Estado de bem-estar social.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 incorporou um conjunto de direitos na ordem social e econômica, consagrados inclusive como fundamentos do Estado, portanto assumindo o papel de diretrizes normativas a orientarem a ação do Estado.

II. O(s) Problema(s).

O presente trabalho terá como problema central o estudo do papel atribuído aos agentes políticos (Executivo, Legislativo e Judiciário) pela constituição no estado democrático de direito, com enfoque específico em saber qual o grau de vinculação do Poder Judiciário às normas instituidoras de direitos fundamentais sociais. Sem desconhecer os problemas de ordem política, interessa-nos observar o debate propriamente jurídico sobre a proteção e concretização daqueles direitos.

Para tanto, necessário será o estudo preliminar da teoria da separação de poderes, desde a sua configuração original até os moldes como se apresenta contemporaneamente, e dos seus inafastáveis reflexos na organização dos estados e na forma como se relacionam os diversos órgãos estatais entre si.

Assim, sabemos que durante algum tempo a teoria jurídica negou a aplicabilidade direta dos direitos sociais e econômicos, mesmo quando inscritos na Lei Constitucional. Boa parte das discussões acerca das *self executing provisions* e *not self executing provisions* e das denominadas “normas programáticas”, constituiu numa justificativa da ausência de obrigações do Estado (e na impossibilidade, para alguns, de que o Poder Judiciário atue em sede de inconstitucionalidade por omissão) para com aqueles direitos¹².

Se hoje essas doutrinas já se encontram superadas, seus ecos tardios ainda são ouvidos em várias decisões judiciais e administrativas. Assim, ainda é necessária uma formulação teórica que contribua para proteger os direitos sociais, reafirmado os parâmetros de vinculação dos agentes de direção política do estado, tão defendidos pela doutrina com eles comprometida.

Não basta, então, considerar vigente todo o texto constitucional e reclamar da ausência das leis complementares e ordinárias para adensar sua eficácia, mas integrar a norma à dinâmica social que a elabora. Nesse sentido, concordamos com Paulo Bonavides ao afirmar que *“a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade. Quando isso não ocorre, a Constituição*

¹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: RT, 1983.

*formal se distancia da Constituição real e com a perda da juridicidade e eficácia se transforma num fantasma de papel”.*¹³

É necessário, portanto, que a construção teórica do Direito Constitucional integre continuamente norma jurídica e realidade social, não somente como cânone de interpretação ou visando avaliar as condições de eficácia de um texto normativo, mas como momentos dialéticos em que a valorização da realidade contida na norma é continuamente reenviada às relações sociais de onde se originou e sobre as quais exerce sua força normativa. Intenta-se, assim, contribuir para a doutrina do Direito Constitucional, integrando a Constituição real e a Constituição escrita e discernindo a validade social de um texto normativo, inclusive para extrair ao máximo suas possibilidades de aplicação.

III. Hipótese de trabalho.

É nesse contexto que devemos ter em conta que, no Brasil, existe um déficit social, e por isso precisamos defender nossas Instituições (conquistas da modernidade) das mudanças estruturais impostas pelo processo de globalização.

Daí porque, parafraseando Boaventura Santos¹⁴, trabalharemos com a idéia de que precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 164 e ss.

Parece-nos evidente que, como salienta Lênio Streck,

*“em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que tem minimizado o Estado, não apontam e não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza! É este, pois, um de nossos dilemas: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face do profundo processo de exclusão social, mais o Estado se encolhe.”*¹⁵

Partindo da tese de que a clássica teoria da Separação de Poderes sofre mudanças radicais com o advento do Estado Democrático de Direito e que tais mudanças repercutem sobre a função do Direito como instrumento de “transformação” da realidade, pretendemos defender a necessidade de mudança da consciência dos papéis desempenhados pelos órgãos de soberania do estado na concretização de patamares mínimos de dignidade e conseqüente adequação da Teoria da Constituição Dirigente à realidade dos países de desenvolvimento tardio.

No tocante à metodologia, cabe frisar que a presente pesquisa adotará as técnicas e métodos próprios da pesquisa bibliográfica e está inserida no campo teórico de construção do conhecimento de forma descritiva e explicativa. Dedicada, portanto, no dizer de Pedro Demo, “a reconstruir teoria, conceitos,

¹⁴ A idéia está exposta em: SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 2001, pp. 115 e ss.

¹⁵ STRECK, Lênio. *Constituição ou barbárie? – A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de direito*. Disponível na internet: site do Instituto de Hermenêutica Jurídica, <http://www.ihj.org.br/artigos/professores/lenio.pdf> [20.09.2003].

idéias, ideologias, polêmicas, tendo em vista, em termos imediatos, aprimorar fundamentos teóricos"¹⁶ acerca do tema objeto de trabalho.

O trabalho foi assim dividido em seis capítulos:

O primeiro deles discute as questões relativas à separação de poderes e sua consagração como regra de organização, abordando-se aspectos da dogmática constitucional brasileira;

O segundo capítulo aborda o surgimento e a doutrina do ativismo judicial e como por sua influência se consagrou o princípio da Supremacia da Constituição, como legado do constitucionalismo norte-americano e analisa a relação do ativismo judicial com o reconhecimento e consolidação dos direitos sociais;

O terceiro capítulo trata da evolução da atuação do poder judiciário diante das transformações do Estado e da Constituição, abordando além dos elementos teóricos, a forma como a jurisprudência, especialmente a do Supremo tribunal Federal tem se posicionado sobre o tema.

O quarto capítulo, aborda a teoria do dirigismo constitucional, aprofundando aspectos relativos às transformações do Estado e da Constituição, tratados na primeira parte, aqui aborda-se especialmente os problemas relativos à vinculação dos poderes públicos às normas constitucionais, em especial àquelas definem direitos sociais.

¹⁶ DEMO, Pedro. *Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

O quinto capítulo ocupou-se do tratamento das normas consagradoras de direitos sociais no Brasil, demonstrando de forma concreta qual o modelo de positivação de direitos sociais adotado pelo sistema constitucional e quais as suas conseqüência na atuação judiciária na promoção e proteção de tais direitos;

Por fim, o sexto capítulo aborda o problema do controle judicial da atividade política, envolvendo de um lado o chamado controle judicial de políticas públicas, inovação da doutrina recentemente acolhida pela jurisprudência nacional, e de outro a possibilidade de controle judicial da atividade orçamentária.

Capítulo 1. Princípio da separação de poderes como regra organizatória e sua relação com a concretização dos direitos sociais.

1.1. o caráter instrumental do princípio de separação de poderes no constitucionalismo clássico e sua evolução; .1.2. A separação de poderes e os direitos sociais: mutação do Estado e da Constituição.

1.1. O caráter instrumental do princípio de separação de poderes no constitucionalismo clássico e sua evolução

A ideia básica de distribuir o exercício do poder político entre várias pessoas ou grupos é relativamente antiga e a doutrina aponta a sua origem já nas discussões levantadas por Aristóteles em sua teoria da constituição mista¹⁷, passando ainda pela obra de grandes pensadores políticos do ocidente como Maquiavel, Kant, Locke e Montesquieu¹⁸.

Presente no pensamento político ocidental como um dogma, o princípio da separação de poderes, em sua concepção moderna é produto de circunstâncias históricas determinadas – a oposição aos regimes monárquicos absolutos - que o tornaram uma das “regras universais” na configuração dos estados

¹⁷ Cf. PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 40.

¹⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998, pp. 83 e ss.

constitucionais¹⁹. O seu propósito evidente nesse contexto era a garantia dos direitos individuais e a prevenção contra a tirania.

Dessa forma, a construção da teoria da separação de poderes sempre esteve presa a uma função instrumental de controle do exercício do poder como instrumento de garantia da liberdade do indivíduo frente ao estado. O que, por sua vez, comportou a implantação de várias fórmulas concretas para a idéia de distribuição das funções estatais de acordo com as relações entre o modelo de separação de poderes a ser dogmaticamente adotado por um determinado estado e as limitações que a Constituição poderia lhe impor.

Esses modelos concretos de separação de poderes oscilaram entre as duas grandes correntes do constitucionalismo ocidental – a de tradição européia, em que prevaleceu a idéia de supremacia do parlamento; e a de tradição norte-americana, em que prevaleceu a idéia de supremacia da constituição²⁰.

Assim, a teoria da divisão de poderes assentada num conceito não despótico, de um lado preocupou-se em neutralizar o poder judiciário, para evitar os abusos praticados pelos juízes do período pré-revolucionário na Europa. De outro, conferiu-lhe exatamente a capacidade de controlar os atos praticados pelo parlamento como forma de evitar que os abusos que o parlamento inglês

¹⁹ Com efeito, para J.J Gomes CANOTILHO, tal princípio transformou-se mesmo numa espécie de “razão essencial” da Constituição, tendo mesmo sido utilizado como parâmetro para se atribuir ou não valor normativo constitucional aos textos constitucionais: “Toda a sociedade em que não estiver assegurada a garantia de direitos e nem a separação de poderes, não tem constituição”, apregoava o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

²⁰ A respeito cf. SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Madrid, Tecnos. P. 35 e ss.

cometera no período colonial não se repetissem na nova forma de organização estabelecida na América no Norte²¹.

Resta claro assim, que, na realidade, não há um modelo absoluto e acabado de separação de poderes a ser dogmaticamente aceito por todos os países. Ao contrário, cada país organiza ou organizou o seu próprio modelo de separação de poderes de acordo com a realidade política de cada estado, o que apenas elucida que o princípio de separação de poderes, embora seja uma regra universal nos estados contemporâneos, não encerra um valor em si mesmo, funcionando como um princípio instrumental para alcançar a proteção aos direitos e às liberdades individuais. Não representando assim, em si mesmo um obstáculo à atuação do poder judiciário na concretização de normas constitucionais, ou no controle das ações ou omissões inconstitucionais por parte dos outros poderes.

Essa inclusive parece ter sido a causa pela qual a fórmula de separação de poderes tornou-se tão duradoura e a razão por que veio a ser a adotada em tantos estados: A fórmula dos freios e contrapesos pôde ser adaptada a todas as mudanças econômicas e sociais da história dos Estados Contemporâneos, acompanhando as necessidades específicas de cada estado e apresentando soluções práticas a essas necessidades.

²¹ Com efeito ao consagrar a idéia de separação de poderes conjugada com o princípio das Legalidade, o pensamento doutrinário do século XVIII, delineou um modelo de separação de poderes baseado na supremacia do parlamento e da lei (como expressão da vontade geral), bem como na “falta” de importância do Poder Judiciário, que limitava-se à aplicação literal da lei. Prevalecia assim, a idéia de submissão da Administração e do judiciário à lei votada pelo parlamento como expressão da vontade geral. Ao contrário, os norte-americanos, com o claro intuito de limitar o poder do parlamento como forma de proteger as minorias contra maiorias eventuais e baseados na teoria da democracia dualista, vão fundamentar a sua técnica de separação de poderes na idéia de que o parlamento tem sua atividade legiferante condicionada pela Constituição, o que impediria que o parlamento atentasse contra as liberdades individuais. Havia assim, no

Para Gilberto Bercovici essa diversidade de interpretação da fórmula de separação de poderes oriunda da modernidade é que vai traçar o perfil de atuação de cada um dos órgãos de soberania frente aos demais na dinâmica de cada estado. Assim conclui o referido autor analisando as realidades do Brasil e dos Estados Unidos:

“a diferença básica existente entre a “separação de poderes” no Brasil e nos Estados Unidos é o fato de essa haver sido adotada no nosso ordenamento constitucional por meio da interpretação literal e, ao nosso ver, equivocada de Montesquieu. Interpretação essa que, como vimos, não é a que fundamenta o sistema de freios e contrapesos norte-americano, cuja flexibilidade facilitou à Corte Suprema admitir como válidas inúmeras atuações do Poder Executivo (especialmente a partir do New Deal de Franklin Roosevelt) que poderiam ser consideradas atentatórias à interpretação clássica e literal da doutrina de Montesquieu. Assim, a chamada “separação de poderes”, implementada na Constituição 1787, por meio do mecanismo de freios e contrapesos, evitou que o debate sobre a capacidade normativa de conjuntura fosse travado nos termos em que ocorre no Brasil. Nos Estados Unidos, a discussão busca limitar formal e materialmente a delegação legislativa e o exercício de funções normativas pelo Executivo. Já no Brasil, a doutrina tradicional simplesmente ignora o problema, alegando sua total inconstitucionalidade frente à doutrina da “separação de poderes”²².

Mais adiante veremos como o constitucionalismo brasileiro, especialmente o Supremo Tribunal, tem interpretado a regra de separação de poderes em relação à atuação do Poder Judiciário.

pensamento norte-americano uma idéia de supremacia da constituição, que condicionava todos os poderes constituídos do estado. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta. 2003, p. 21 e ss.

²² BERCOVICI, Gilberto. Separação de Poderes no estado federal norte-americano. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38, n. 150 abr./jun. 2001 – disponível na internet: www.senado.gov.br/rl.

1.2. A separação de poderes e os direitos sociais: o papel reservado aos órgãos de soberania do Estado na concretização da Constituição.

Conforme visto anteriormente, como regra de organização do poder o princípio da separação de poderes comporta várias fórmulas que atendem a variados interesses.

Importa-nos fixarmos o entendimento de que, tal qual nos ensina Fernando Paulo da Silva Sourdem, as representações da sociedade burguesa estavam assentadas *“numa idéia ordenadora de separação rígida Estado-Sociedade, na qual está suposta a divisão de dois mundos (o dos valores políticos e o dos valores econômicos)”*²³. Enquanto na sociedade contemporânea, *“estamos perante uma situação em que esferas de autonomia dos sujeitos privados são substituídas por uma planificação niveladora e uniformizante o que coloca o jurista-político perante a necessidade de pôr em balanço os elementos estáticos de estabilidade institucionalmente fixada e constituída com os elementos dinâmicos da sociedade de massa.”*²⁴

Tal postura, virá a exigir que o Direito Constitucional, afeito aos problemas relacionados à organização, estrutura e funcionamento do Estado, explane uma compreensão mais abrangente das diversas problemáticas jurídico-políticas

²³ Cf. SOURDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da Separação de poderes e os novos movimentos sociais** (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização). Coimbra: Almedina, 1995, p.15.

centrada no modo como objetivamente se encontram positivadas as instituições que irão atuar na articulação entre Estado e Sociedade.

Tendo assente que o princípio da separação de poderes não tem subjacente o mesmo problema, a mesma finalidade, razão pela qual poderá assumir uma pluralidade de sentidos²⁵, Fernando Sourdem defende que:

“para organizar o Estado (o poder constituinte) há que ter porém uma idéia clara quanto ao que se entende ser o papel do Estado, a sua articulação com a sociedade, as funções que hão de ser cometidas ao Estado, o modo como essas funções hão de ser realizadas (...). a possibilidade e os contornos que venha a assumir essa delimitação material das funções do Estado, e designadamente a delimitação entre Administração e Jurisdição, afigura-se-nos com uma importância decisiva para a construção jurídica da problemática da Administração Pública nos quadros do sistema de Administração – Executiva”²⁶

É nesse contexto então que torna-se importante um estudo dos contornos adotados pelo texto constitucional para a atuação de cada um dos órgãos de estado no campo da promoção e proteção aos direitos sociais, pois, como bem nos ensina ainda o autor, o sentimento jurídico da sociedade contemporânea traduz-se, no mais das vezes, em uma pretensão de bem-estar, que reside precisamente na situação de que:

²⁴ Cf. SOURDEM, Fernando Paulo da Silva. Op. Cit, p.15.

²⁵ a respeito dos diversos sentidos que o princípio de separação de poderes pode assumir, J. J. Gomes Canotilho aponta pelo menos os seguintes: a) funcional: distinção das funções fundamentais do poder político (legislação, aplicação/execução de normas, jurisdição); b) institucional: centrado nos órgãos do poder (parlamento, governo, administração, tribunais); sócio-estrutural: onde o poder surge associado a grupos sociais, confissões religiosas, corporações, cidades. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina. 3ª ed. Reimp., 1999, pp. 536/537. No mesmo sentido, cf. SOURDEM, Fernando Paulo da Silva. O princípio da Separação de poderes e os novos movimentos sociais (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização). Coimbra: Almedina, 1995, pp. 35 e ss.

“o homem médio não espera apenas que o Estado o socorra numa ocasião de infortúnio ou resgate os seus erros, ou os erros das gerações passadas (...) mas não hesita em ir mesmo mais longe e dá por assente que pode exigir (do Estado) a garantia dum certo padrão de vida, quer seja a título de prestações concretas dos poderes públicos (...) quer seja por meio de providências legislativas que constriam outros particulares mais favorecidos, quer ainda pela extração em via judicial das últimas conseqüências das afirmações constitucionais de direitos positivos”.²⁷

Dessa forma, passaremos, ainda que de forma breve, a analisar o papel reservado a cada um dos órgãos de soberania no campo dos direitos sociais.

1.2.1 O Poder Executivo e os Direitos Sociais.

No que concerne ao papel reservado à atuação do Poder Executivo na promoção e proteção dos direitos sociais, a doutrina tem sido pacífica ao reconhecer que é no âmbito de atuação da Administração que residem pelo menos duas importantes funções, a saber, o planejamento de metas e diretrizes a serem perseguidas (o que compreende a formulação de políticas públicas e a elaboração da proposta de Lei orçamentária a ser apreciada pelo Poder Legislativo) e a implementação de todas as medidas necessárias à plena realização dos direitos sociais.

²⁶ Cf. SOURDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da Separação de poderes e os novos movimentos sociais** (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização). Coimbra: Almedina, 1995, p.36.

²⁷ Cf. SOURDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da Separação de poderes e os novos movimentos sociais** (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização). Coimbra: Almedina, 1995, p.59.

No que concerne à primeira função, segundo lição de Gilberto Bercovici, “as atividades do Estado devem ser coordenadas para o desenvolvimento econômico e social e esta coordenação se dá por meio do planejamento, que não se limita a definir diretrizes e metas, mas determina, também, os meios para a realização desses objetivos.”²⁸

Tal planejamento, como nos adverte Alessandra Gotti Bontempo, sendo atividade que “decorre de uma Constituição dirigente – e que visa à construção de um Estado social democrático - , deve possuir um ‘contorno especial’”²⁹ na medida em que esteja voltado para liberdade e sujeito ao controle democrático, de sorte que configure uma verdadeira transição planejada, um instrumento de transformação gradual da sociedade voltado para a construção da justiça social.

Assim concebida, a atividade de planejamento deve estabelecer as metas a serem perseguidas pelo Estado e dispor sobre o máximo de recursos disponíveis a serem aplicados na implementação de políticas públicas necessárias ao exercício dos direitos sociais, segundo a prioridade estabelecida na Constituição³⁰.

Para alguns autores aquela segunda função apontada por nós, a concernente à elaboração da proposta orçamentária, é um desdobramento dessa função planejadora. Para esses autores, como José Afonso da Silva, o orçamento público é um instrumento de planejamento, de direção e de controle da administração pública, nas palavras do autor: “Um orçamento é, essencialmente,

²⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 191.

²⁹ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 204.

*um plano de ação expresso em termos financeiros. Assim concebido, torna-se claro que constitui uma etapa do planejamento*³¹.

Há que se ressaltar, contudo que a atuação do Poder Executivo não se limita à elaboração do orçamento, pois também é sobre ele que recai a tarefa de aplicar os recursos definidos no orçamento como disponíveis e necessários para a realização dos direitos sociais.

Quanto à atuação do Poder Executivo no que concerne à atividade orçamentária, defendemos a posição de que este órgão tem sua atuação vinculada às diretrizes estabelecidas na Constituição tanto na atividade de elaboração quanto naquela relativa à aplicação dos recursos financeiros disponíveis à implementação de políticas públicas garantidoras de direitos sociais.

Isso implicará, em nosso entender, numa imposição constitucional de observância de alguns critérios para a implementação de direitos sociais, a exemplo do princípio da progressiva implementação de tais direitos no campo das políticas públicas e da vinculação das receitas oriundas da arrecadação de contribuições sociais, no que respeita à definição dos recursos direcionados à realização de tais direitos. Tal entendimento será objeto de estudo mais aprofundado adiante em nosso trabalho.

³⁰ Nesse sentido cf. BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit., pp. 205-206.

³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **O orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, pp. 38-39.

1.2.2 O Poder Legislativo e os Direitos sociais.

A posição majoritária dentre os doutrinadores defende que a maior parte dos direitos sociais consagrados no texto constitucional, especialmente os direitos a prestações positivas do estado, apresentam-se sob a forma de normas programáticas, dirigidas ao legislador, para que este lhe complemente a densidade normativa.

Dessa forma, reserva-se ao poder Legislativo a tarefa de complementação normativa através da qual os direitos sociais podem deixar a condição de objetivos abstratos e se tornarem efetivamente concretos. É, portanto, através da atuação legislativa que se põe em curso a efetiva modificação da realidade social perseguida nos objetivos traçados na constituição.

Nesse contexto duas esferas de atuação da atividade do legislador se destacam, a saber: a) a concernente à aprovação do orçamento e à fiscalização de sua execução e, b) aquela que se refere a detalhar direitos previstos na Constituição de forma aberta, carentes de especificação dos meios como irão se efetivar no campo de transformação social.

Assim, no que tange à primeira função, deve o Poder Legislativo participar do processo legislativo de elaboração e aprovação do orçamento público, em seus instrumentos concretos (lei orçamentária anual, plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias) observando as diretrizes estabelecidas na Constituição quanto aos recursos que devem ser destinados ao financiamento e manutenção das políticas

públicas de realização dos direitos sociais, nos mesmo parâmetros que temos defendido que a atuação do Poder Executivo se encontra vinculada. Nesse contexto a atuação do Legislativo inclui o controle político da constitucionalidade da destinação de recursos públicos, sobretudo aqueles que se encontram constitucionalmente vinculados à realização dos direitos sociais.

Quanto à segunda função destacada por nós, a relativa à densificação normativa dos preceitos constitucionais instituidores de direitos sociais, entendemos que a atividade do legislador, como destinatário primeiro das normas constitucionais compete em, conforme:

“a) proceder em tempo razoável útil à sua concretização, sempre que esta seja necessária para garantir a exequibilidade de normas, sob pena de inconstitucionalidade por omissão; b) mover-se no âmbito desses direitos, sendo-lhe vedado que, a pretexto da concretização de direitos pela via legal, opere uma redução da força normativa imediata dessas normas, trocando-a pela força normativa da lei; c) não emanar preceitos formal ou materialmente incompatíveis com essas normas”³².

Assim, o papel do legislador é atuar na elaboração de normas integrativas tendentes à concretização dos direitos sociais, o que para alguns autores, como Gilmar Ferreira Mendes, faz surgir *“um verdadeiro direito público subjetivo a uma atuação positiva de índole normativa por parte do legislador”³³*, cujo descumprimento configura vício de inconstitucionalidade por omissão.

³² PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 90.

³³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2.ed., São Paulo: IBDC / Celso Bastos. 1999.

1.2.3. O Poder Judiciário e os Direitos Sociais.

O papel do Poder Judiciário no que tange à concretização de direitos sociais tornou-se, como bem observa José Eduardo Faria³⁴, objeto de intensa polêmica. Especialmente nos países periféricos, as décadas de 1970 e 1980 marcaram uma ampliação dos espaços para o debate político e institucional na construção de uma nova cidadania.

Conforme ressalta Boaventura de Sousa Santos, *“Nestes países, que passaram por transição democrática nas três últimas décadas, os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm vindo a assumir a sua co-responsabilidade política na atuação providencial do Estado.”*³⁵

Tal constatação, levou autores como Lenio Streck, a defenderem que no atual contexto da relação Estado-Sociedade, *“exige-se um Poder Judiciário ‘intervencionista’ que realmente ouse controlar a falta de qualidade dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes”*³⁶ no mesmo sentido, Clemerson Clève, defende *“um novo tipo de judiciário e de compreensão*

³⁴ Cf. a respeito: FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11.

³⁵ Cf. SANTOS, Boaventura de Souza, et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Coimbra: CES/CEJ/Afrontamento, 1996, p. 37.

³⁶ Cf. STRECK, Lenio. O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do judiciário como condição da democracia. In: **Democracia e Justiça – o poder judiciário na construção do Estado de Direitos** (Anais). Porto Alegre: TJERS, 1998, p. 174.

*da norma constitucional, e juízes ‘ativistas’, vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da constituição*³⁷.

Neste prisma, é forçoso reconhecer que o Poder judiciário na apreciação das demandas relacionadas à concretização dos direitos sociais, “*há que pautar-se pela lógica do Estado Social de direito delineado pela Carta de 1988, buscando garantir que sejam atingidas, dentre outras metas enunciadas no art. 3º, uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização*”³⁸.

Desta forma, as questões relativas “*ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas têm seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário*”³⁹

Assim, segundo a lição do Eduardo Appio, “*O Poder Judiciário assume a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e Executivo em face da Constituição Federal de 1988, seja no âmbito normativo, seja no âmbito administrativo, de forma a assegurar uma ampliação do debate democrático sobre as decisões que afetam todos os cidadãos*”⁴⁰. Nesta linha de raciocínio, fica claro então que diante dos deveres e objetivos impostos pela Constituição à atuação do

³⁷ CLÈVE, Clemerson Merlim. O problema da legitimação do poder judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: **Democracia e Justiça – o poder judiciário na construção do Estado de Direitos** (Anais). Porto Alegre: TJERS, 1998, p. 231.

³⁸ BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 251.

³⁹ Cf. KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 55.

⁴⁰ Cf. APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p.66.

Estado, não haverá discricionariedade plena ao Executivo e ao Legislativo na sua atuação, estando estes poderes sempre sujeitos à limitação de sua atuação por parte do Poder Judiciário.

É importante frisar, que em nosso entendimento, assume grande importância a discussão sobre os limites da atuação do Poder Judiciário no Estado democrático de direito. Certamente, estando igualmente sujeito às imposições constitucionais, e pelo fato de configurar-se também como um poder igualmente vinculado à Constituição, o Poder Judiciário encontrará no próprio texto da Constituição os limites à sua atuação.

Assim é forçoso reconhecer, como fez Eduardo Appio, que *“no Estado Constitucional os juízes são os únicos responsáveis por demarcar com clareza os limites da sua própria jurisdição, motivo pelo qual somente podem se socorrer de argumentos de natureza jurídica, pois, do ponto de vista político, não têm legitimidade para conduzir as ações do governo”*⁴¹.

Entendemos assim que a fixação dos limites à própria jurisdição representa uma das mais graves funções outorgadas ao Poder Judiciário, pois a busca pela plena normatividade constitucional não pode significar o rompimento do equilíbrio necessário à democracia.

Nesse contexto, é importante ressaltar que entendemos a auto restrição do Poder Judiciário como um dever-poder que se impõe, no regime democrático, como condição de legitimidade do Poder Judiciário. Assim, nos afastamos da

ideia, por vezes corrente, de que no Poder Judiciário está a única via de salvação da Pátria. Entendo assim, que o papel do Poder Judiciário é sobretudo aquele concernente na preservação dos múltiplos interesses democráticos e na defesa da Constituição contra ações e omissões que atentem contra os objetivos expressamente definidos em seu texto.

⁴¹ Cf. APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005, p.71.

Capítulo 2. Ativismo Judicial: origens e importância na consolidação dos direitos sociais.

Sumário: Capítulo 2. Ativismo Judicial: origens e principais doutrinas; 2.1 Origens do Ativismo Judicial; 2.2. Ativismo Judicial americano e consolidação dos Direitos Sociais.

2.1 Origens do Ativismo Judicial.

O Ativismo judicial como “*processo por meio do qual se indica a capacidade do Poder Judiciário de garantir os direitos fundamentais*”⁴² frente a interesses particulares ou de grupos, majoritário ou minoritários, não é visto de forma unânime na Doutrina.

Caracterizado como “*um desenvolvimento especificamente americano do princípio da separação de poderes*”⁴³, que consiste basicamente na integração do poder judicial no processo equilibrante entre os órgãos estatais, autores há que identificam o fenômeno do intervencionismo do judiciário com movimentos antigos de forças políticas conservadoras, argumentando inclusive que a sua “neutralização” pela teoria liberal fora exatamente uma resposta a atuação de forças conservadoras anti-revolucionárias.⁴⁴ Outros atores vêem nesse “protagonismo” do Poder Judiciário nas relações sociais, ou mais precisamente na

⁴² VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário. Posituação do Direito Natural e Política.** In: Estudos Históricos, v. 9, n. 18.

⁴³ Cf. PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional.** Op. Cit., pp. 202 e ss.

⁴⁴ A respeito cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português.** Porto: Afrontamentos, 1996, pp. 19 e ss.

sua ascensão à condição de ator político “desneutralizado”, um fenômeno novo, uma marca das transformações recentes que o estado social impôs à configuração dos poderes estatais⁴⁵.

O fato é que são coisas evidentemente distintas, uma coisa é falar do reconhecimento da capacidade ou legitimidade do poder judiciário para atuar no controle dos atos e normas emanados dos outros poderes estatais, inserindo-o assim em um campo anteriormente restrito à atuação dos poderes executivo e judiciário. E outra, é avaliar se a atuação do poder judiciário, como órgão político, esteve tendente a aliar-se a forças progressistas ou conservadoras, sendo certo afirmar-se que, no campo da atuação do poder judiciário, assim como no campo da atuação dos governos de forma geral, poderemos identificar fases, períodos, em que prevaleceram uma e outra tendência.

Para a teoria política européia, por força do princípio da primazia do parlamento, não se podia pensar que o Soberano (uma pessoa, uma assembléia, o povo ou a Nação) autorizasse exame pelos juízes de suas leis ou a anulação destas por um juiz.

De acordo com essa concepção, a lei como produto da atuação direta do soberano-legislador, tornava impossível prever uma hierarquia de leis que desse lugar a uma, suprema, obra direta do soberano, que ficava assim a salvo da submissão ao produto da sua própria atuação – a Lei⁴⁶. Por isso a Constituição

⁴⁵ A respeito cf. VIANNA, Luiz Werneck. Poder Judiciário. **Positivção do Direito Natural e Política**. In: Estudos Históricos, v. 9, n. 18.

⁴⁶ É que como a doutrina liberal bem frisava, como os direitos e a atuação do Estado-administrador estavam submetidos ao primado da Lei, era lógico deduzir que o Estado-legislador, como senhor da Lei – ocupava

não poderia ter sido precedida de uma doutrina de sua superioridade. O que, conforme acentua Acosta Sánchez⁴⁷, seria o resultado de um processo histórico, só teorizável *a posteriori*.

Na Europa do século XVIII, triunfou assim o racionalismo anti-interpretativista e antijudicial, que fazia a apoteose da supremacia do Poder Legislativo, que só foi superada pela instituição da primeira jurisdição constitucional, a *judicial review of legislation*, revisão das leis pelos juízes, que tem, nos Estados Unidos, seu grande órgão na Suprema Corte. A derrota do Império das Leis pelo Império de uma Lei, assim como a vitória dos juízes encarregados da defesa desta plasmaram a revolução jurídica representada tão significativamente pelo Direito Constitucional norte-americano⁴⁸.

A formação e o desenvolvimento, nos Estados Unidos, de um *Judicial Review* não dependiam tanto de sua consagração no texto aprovado em 1789, mas resultou da evolução social e política. A Constituição escrita garantiria, em seu início apenas a existência da Suprema Corte, com supremacia da União sobre a legislação e jurisprudência dos Estados-membros, como forma de garantir uma

uma posição superior, o que decorria do “*fato de que ao Legislativo cabia a principal função pela qual os homens se reúnem em sociedade: estabelecer leis fixas e iguais para todos, bem como do fato de que só o Legislativo depende diretamente do consentimento popular e responde perante o povo pela confiança que recebe*”. A respeito cf. BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: UNB, 1997, pp. 231 e ss.

⁴⁷ ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: tecnos, 1998, pp. 95 e ss.

⁴⁸ Nesse sentido o entendimento de Acosta Sánchez de que no constitucionalismo norte-americano, a Constituição Política (ou Statute Constitution, no sentido de carta política sem força normativa, na forma do Estado de Direito liberal) tem como paradigma a Constituição da Virgínia de 1776, e a Constituição Normativa (no sentido de norma cogente fundamental do sistema jurídico, que requer a criação de um órgão para sua defesa em face do Legislativo) é o modelo das Constituições da Pensilvânia (1776) e de Nova York (1777) e, dez anos mais tarde, também dos Constituintes Federais. No entanto, nenhuma dessas três logrou êxito na instituição de um sistema de revisão do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Cf. ACOSTA SÁNCHEZ. Op. Cit. Pp. 109 e ss.

supremacia da constituição⁴⁹, mas não um sistema pleno de jurisdição constitucional, ou seja, um Tribunal Supremo com poder para anular leis do Congresso.

Assim, conforme a lição de Nuno Piçarra, *“em princípio, mostrava-se pouco evidente como poderia o poder judicial contrabalançar ou limitar os outros dois”* já que fora concebido como poder neutro. O pensamento político norte-americano então vai tentar demonstrar que *“se o campo da ação próprio e peculiar dos tribunais se resume na interpretação das leis, uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes.”*⁵⁰, o que resulta no reconhecimento do *“dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”*⁵¹

Assim, e apesar de não possuir nenhuma referência explícita ao princípio da separação de poderes no seu texto, a constituição norte-americana⁵², com base no princípio da sua supremacia ante todos os poderes constituídos, foi consolidando esse poder historicamente – especialmente a partir da primeira

⁴⁹ A respeito de como a doutrina e a jurisprudência norte-americanas construíram a idéia de supremacia da constituição e a vinculação do Poder Legislativo a sua força normativa cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2003, pp. 47 e ss.

⁵⁰ HAMILTON, Alexander. **Ao Povo do Estado de New York**. In: O Federalista, n.º 78. Trad. Ricardo Rodrigues Gomes. Campinas: Russell, 2003, p.471.

⁵¹ HAMILTON, Alexander. **Ao Povo do Estado de New York**. In: O Federalista, n.º 78. Trad. Ricardo Rodrigues Gomes. Campinas: Russell, 2003, p.471.

⁵² com efeito não está explicitamente previsto no texto constitucional norte-americano o princípio da separação de poderes. Já o princípio da supremacia da constituição está inscrito expressamente no art. VI, cláusula 2ª. “ (...) essa constituição será a lei suprema do país; e os juízes em todos os estados a ela estarão obrigados” (This Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land; and the judges in every State shall be bound thereby [...]) *Constituição dos Estados Unidos da América*, art. VI, 2.

jurisprudência da Suprema Corte de 1803, elaborada por Marshall⁵³ - e não de sua simples declaração na Constituição Federal de 1789.

Vale frisar contudo, que por se tratar de um precedente em que a Suprema corte declarou a inconstitucionalidade de dispositivos legais referentes à organização e prerrogativas do próprio judiciário, parte da doutrina entendeu que não se tratou propriamente de uma decisão baseada na supremacia material da constituição, mas na separação de poderes, manifestada através da autonomia e independência do Poder Judiciário, o que *“autorizaria a Suprema Corte, como vértice do Poder Judiciário, a invalidar toda medida, quer originária do Legislativo, quer do Executivo, que viesse a incidir na organização e nos poderes do judiciário.”*⁵⁴

Para os defensores dessa tese, a decisão que afirma definitivamente o judicial review nos Estado Unidos ocorreria somente em 1857, no caso *Dred Scott v. Stanford*⁵⁵, pois somente aqui se tratou de matéria não judicial, declarando-se expressamente a nulidade de uma decisão do Congresso – *the Missouri Compromisse* – que impunha condições ao ingresso de novos estados na federação como forma de garantir o equilíbrio entre estados onde vigorava o

⁵³ Trata-se do caso *Marbury versus Madison*, em que William Malbury fora indicado, ao final do mandato de John Adams, juiz de paz do condado do Distrito de Columbia, em conformidade com uma lei de 1801, que assegurava um mandato de cinco anos para os juízes dos dois condados do Distrito, a serem nomeados por indicação presidencial, ouvido o Senado da República. Derrotados os partidários de Adams nas eleições de 1800, James Madison, secretário de Estado do novo governo, não cumpriu os atos finais do processo, de natureza formal, necessários à nomeação de Malbury, dando origem à demanda judicial.

⁵⁴ a respeito cf: MELO, Manuel Palácios Cunha. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 63-89.

⁵⁵ *Dred Scott* era um escravo que residiu junto com seu dono em estados não escravistas. Advogados antiescravistas ingressaram com ações para libertá-lo nesses estados. A controvérsia girou em torno de saber se *Dred Scott* possuía ou não a cidadania norte-americana e, portanto, o direito de acionar uma corte. Na ação

trabalho livre e estados escravistas, ao se pronunciar determinando que *“é opinião da corte que um ato do Congresso que proíba um cidadão de manter e possuir propriedade desse tipo (escravos) no território dos Estados Unidos da América, ao norte da linha aqui mencionada, não se encontra autorizado pela constituição, e é portanto nulo.”*⁵⁶

Note-se, contudo, como bem observa Manuel Palácios Cunha Melo, que apenas em 1925 a Suprema Corte irá ampliar o seu entendimento sobre a *judicial review* para incluir a possibilidade de controle no âmbito dos Estados-membros⁵⁷.

É importante frisar ainda que enquanto esse debate se realizava nos Estados Unidos, a Europa ainda ouvia os ecos do princípio da supremacia do parlamento e da Lei, o que posteriormente daria ensejo às discussões sobre os modelos de controle de constitucionalidade europeus.

Acosta Sánchez constata assim que, *“diferentemente do quadro constitucional norte-americano, há na Europa, especialmente no caso francês um sentido social. É o predomínio da Lei sobre a Constituição. É um processo constitucional sem constituição.”*⁵⁸

a Suprema Corte nega a condição de cidadão a Dred Scott e invalida o ato do Congresso que firmava um compromisso entre Estados escravistas e não-escravistas.

⁵⁶ Upon these considerations, it is the opinion of the court that the Act of Congress [the Missouri Compromise] which prohibited a citizen from holding and owning property of this kind in the territory of the United States north of the line therein mentioned, is not warranted by the Constitution, and is therefore void; and that neither Dred Scott himself, nor any of his family were made free by being carried into this territory. (trad. livre) Disponível em: <http://www.tourolaw.edu/patch/Scott/>. Acesso em 21/10/2004.

⁵⁷ Cf. MELO, Manuel Palácios Cunha. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 63-89

2.2 O Ativismo Judicial e a consolidação dos Direitos Sociais.

O reconhecimento dos direitos sociais, sobretudo aqueles de natureza prestacional, encontrou inicialmente forte oposição da Suprema Corte Norte-americana, sobretudo durante o primeiro mandato de Roosevelt, em que sistematicamente aquela Corte invalidou as medidas tomadas no âmbito do chamado New Deal.

Essa observação de Manuel Palácios Cunha Melo, de que *“até 1937, as principais leis do programa de recuperação econômica e de seguridade social do governo democrata foram sistematicamente invalidadas pelo Judiciário”*⁵⁹, reforça o argumento daqueles que defendem que o protagonismo da atuação do tribunais foi sempre polêmico, e por muitas vezes conservador, impedindo ou em grande medida tentando impedir a transformação das relações sócio-políticas da sociedade.

Boaventura de Sousa Santos se refere a esse fenômeno distinguindo-o do protagonismo recente que marca a atuação dos tribunais. Em sua lição dois são os aspectos que distinguem a atuação dos tribunais do passado, dessa que agora podemos observar, a saber:

“em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado, os tribunais destacaram-se por seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes

⁵⁸ ACOSTA SÁNCHEZ, José. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional: fundamentos de la democracia constitucional**. Madrid: tecnos, 1998, pp. 95 e ss.

⁵⁹ Cf. MELO, Manuel Palácios Cunha. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 63-89

políticos progressistas, pela sua incapacidade de acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo lugar, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada.

Em contraste, o protagonismo dos tribunais em tempos recentes, sem favorecer necessariamente forças ou agendas políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controlo de legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão de intervencionismo judiciário”⁶⁰

Contudo a partir de março de 1937 a mudança de posição de um juiz permitiu a formação de uma maioria favorável ao *New Deal*. Essa mudança de orientação foi tão importante que há autores como Manuel Palácios Cunha Melo que defendem que *“a virada de 1937 caracteriza uma verdadeira revolução constitucional, assentando jurisprudência favorável à ampliação dos poderes dos governos nacional e estaduais, em matéria econômica e social, que proporcionou as bases institucionais para a versão norte-americana do welfare state”⁶¹.*

Com efeito, podemos dizer, seguindo a lição desse autor, que a mudança de orientação da Suprema Corte, após longos anos de embate com os outros poderes, assinala um processo de largo alcance, envolvendo, de um lado o

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas. O caso português**. Porto: Afrontamentos, 1996, pp. 19-20.

⁶¹ Cf. MELO, Manuel Palácios Cunha. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 76 e ss.

reconhecimento e demarcação de competências da instituição judiciária em face da representação política, e de outro, a autorização de que a interpretação da Constituição se baseasse numa leitura dos princípios constitucionais à luz das demandas da sociedade contemporânea, afastando-se dos cânones positivistas e sua preocupação com a segurança jurídica.

Assinala ainda o autor que:

“De outra parte, a revolução constitucional de 1937 sancionou os processos de nacionalização da política, alterando significativamente a distribuição de poder entre as unidades federadas e a União. No território do Direito, ocorre um processo homólogo, com extensão das restrições constitucionais (...) à legislação dos estados. Trata-se, assim, de um processo que a um só tempo remete os procedimentos de judicial review a um conjunto de princípios cada vez mais abstratos (...) e acentua a diferenciação funcional da instituição judiciária em face do sistema político, quer porque os direitos dizem respeito aos indivíduos, desconhecendo as fronteiras das unidades federadas, quer porque o controle de constitucionalidade deixa de ter por referência as circunstâncias e razões do legislador constitucional”⁶².

Duas coisas ficam portanto evidentes do que até aqui expusemos, a primeira a de que a consolidação de direitos sociais, sobretudo aqueles relacionados às chamadas liberdades sociais (direitos do trabalhador sobretudo), se afirmou no âmbito da Suprema Corte a partir da idéia de expansão dos direitos individuais, e a Segunda, a de que só a partir de 1937 é que a preocupação com a determinação da vontade do legislador constitucional (um artifício da Escola da Exegese que prevaleceu sobretudo no século XIX na interpretação do direito)

⁶² MELO, Manuel Palácios Cunha. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 79

cede lugar a uma interpretação mais preocupada com as demandas sociais criadas a partir de legítimas expectativas constitucionais.

A partir daí então os direitos sociais alcançam variadas funções ao longo da atuação da Suprema Corte, sendo certo que é em 1970 que se fixa a idéia de tais direitos gozam de posição preferencial, pois gozam da mesma dignidade dos direitos fundamentais. Assim, os *“Direitos Sociais, por atenderem demandas básicas de subsistência, podem ajudar a trazer ao alcance do pobre as mesmas oportunidades que estão disponíveis a outros de participação efetiva na vida da comunidade. Ao mesmo tempo, protegem contra o mal-estar social que pode decorrer de determinado sentimento de frustração e insegurança injustificadas.”*⁶³

Vê-se assim que, a consolidação dos direitos sociais através do ativismo judicial não segue uma linha uniforme de atuação do poder judiciário no controle do poder público nos Estados Unidos, oscilando sempre de acordo com as necessidades políticas de cada época. O que aliás parece-nos apenas deixar clara a observação anteriormente registrada de que a relação entre os órgãos de soberania dos diversos estados é produto da dinâmica política de cada sociedade⁶⁴.

⁶³ Nesse sentido a Suprema Corte americana fixou entendimento em *Goldberg v. Kelly*. Cf. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254, 90 S. Ct. 1011, 25 L. Ed. 2d 287, 1970 U.S. LEXIS 80 (U.S. Mar. 23, 1970) Disponível em: <https://www.casebriefs.com/blog/law/administrative-law/administrative-law-keyed-to-lawson/constitutional-constraints-on-agency-procedure/goldberg-v-kelly/>

⁶⁴ cf. item 1.1 do nosso trabalho.

Capítulo 3. Atuação do Poder Judiciário e separação de poderes na evolução do constitucionalismo.

Sumário: Capítulo 3. Atuação do Poder Judiciário e separação de poderes na evolução do constitucionalismo; 3.1. Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito: os reflexos das transformações do Estado e da Constituição na teoria da separação de poderes; 3.2. A evolução do papel do Poder Judiciário frente à mutação do Estado e da Constituição.

3.1 Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito: os reflexos das transformações do Estado e da Constituição na teoria da separação de poderes.

A exposição anterior demonstrou o quanto as transformações nas relações sociais e econômicas influenciaram as instituições políticas e suas relações mútuas, bem como naquelas relações que esses órgãos mantêm com os cidadãos em geral.

Ora, parece-nos razoável pensar que as transformações do Estado (que abandona o modelo liberal e volta-se à sua configuração social) repercutem no papel desempenhado pelos órgãos de soberania do próprio estado e, conseqüentemente no papel desempenhado pelo princípio da separação de poderes.

Ocorre que as transformações que marcam a passagem do Estado liberal ao Estado social, não se restringiram apenas à forma como este atuou na sociedade e sua relação com os indivíduos mas também e sobretudo alcançam o

conceito de constituição e o seu papel como estatuto jurídico-político da sociedade.

No contexto do nosso estudo tornam-se obrigatórias referências à obra de Nuno Piçarra⁶⁵, em que o autor faz uma detalhada análise do princípio da separação de poderes como doutrina e como princípio constitucional, e dentre nós, à obra de Nelson Saldanha⁶⁶.

Decerto que, como bem observa o primeiro dos autores acima citados, “o *individualismo moderno conduziu a modelos de estado de sinal contrário*”, para o que basta confrontarmos o modelo hobbesiano de estado absoluto, “*em que os interesses e a segurança individuais seriam garantidos à custa do sacrifício da liberdade individual por um soberano onipotente*”, com o modelo de estado mínimo Lockeano, “*em que a liberdade individual apenas seria sacrificada na estrita medida da necessidade da sua garantia pelo Estado*”⁶⁷, que por essa razão mesmo deveria estar sujeito a rigorosos mecanismos de limitação do seu poder.

Para Nelson Saldanha,

*“dois movimentos paralelos, baseados sobre fundamentos idênticos deram ao Estado liberal sua forma jurídica: o das constituições e o das codificações. Baseavam-se sobre o amor à regra escrita, considerada histórica e racionalmente, melhor do que a costumeira; sobre a idéia de que as leis devem estar organizadas segundo uma ordem lógica e integradas num todo; sobre a tendência da burguesia (..) a colocar regras fixas e claras em suas coisas...”*⁶⁸

⁶⁵ PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989, parte II, cap. I, pp. 143-153.

⁶⁶ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

⁶⁷ Cf. PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 144

⁶⁸ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.40.

Vale ressaltar que este último autor, na obra referida, identifica estado de direito com estado constitucional, apontando o apego às constituições como traço marcante do estado que surgiu da efervescência ideológica e cultural do iluminismo. Em nosso trabalho, contudo, utilizaremos o termo estado de direito para referir à forma adotado pelo estado como produto das lutas e disputas ideológicas liberais, pautado sobre o primado da supremacia da lei, reservando a expressão estado constitucional para a forma posterior, que ganhou força sobretudo no período do segundo pós-guerra, que se baseia no primado da supremacia da constituição.

É que não obstante se possa conceber pacificamente que o estado liberal encontrava na constituição o seu limite, ou os limites de sua atuação, parece-nos que esta forma de estado, impulsionada pela idéia de que a lei encerrava a vontade do povo (ou vontade geral se se preferir), pautava-se numa “supremacia da lei” e não da constituição⁶⁹.

É exatamente com fundamento nessa idéia de supremacia da lei que se concebe o Poder Judiciário como um poder “praticamente nulo”, mero executor de mandamentos legais, da vontade do legislador (que em última análise era o legítimo representante do povo). Em seguida tentaremos esclarecer um pouco mais esse ponto.

⁶⁹ essa distinção é produto da primazia do princípio da supremacia do parlamento na Europa já anteriormente abordada. Cf. item 1.1.

O advento do chamado estado de direito pretendeu superar ou limitar o princípio, até então dominante, segundo o qual frente à autoridade do estado soberano não podiam existir mais que posições de sujeição. Com ele, o estado deixa de ser algo “à margem” e “acima” da lei, para se situar agora “dentro da” e submetida à” lei, configurando-se como um dos vários sujeitos cuja atuação é disciplinada pelo direito. Assim não se reconhecia *a priori* ao estado nenhuma supremacia em relação aos demais sujeitos de direito, pois todas as posições jurídicas, inclusive a do estado, deviam ser disciplinadas e dependiam exclusivamente da lei. Deste modo, entre o sujeito-estado e os indivíduos podiam configurar-se relações recíprocas reguladas pelo direito e controladas por juízes independentes.

Para Zagrebelsky⁷⁰, trata-se de um grande passo adiante que reequilibra as posições, um importante esforço para livrar os indivíduos da atuação arbitrária do estado. Mas, para o referido autor, esse foi um esforço limitado pois era válido em relação ao estado como administração pública, mas não em relação ao estado legislador.

Isso porque segundo a teoria dos direitos públicos subjetivos, o estado liberal podia-se caracterizar por dois aspectos: o primeiro, o estado-pessoa, constituído por sua concreta organização e encabeçado pelo governo (Sob esse aspecto se podia conceber o estado como sujeito à lei); e o segundo, o estado-ordenamento, o conjunto do direito vigente, encabeçado pelo legislador, que era,

⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madri: Trotta. 5. Ed., 2003, p.48.

por sua própria natureza, senhor da lei, pois conforme o pensamento contratualista liberal, estar sujeito a si mesmo não constitui relação de sujeição mas de liberdade⁷¹.

Face à arbitrariedade pura e simples do estado absoluto essa concepção já constituía um grande avanço, mas ainda era preciso dar o passo decisivo na proteção dos direitos do cidadão já que os direitos não possuíam uma consistência jurídica própria (já que derivavam da lei) e não havia nenhuma garantia de que a própria lei previsse ou consentisse na sua negação (dos direitos).

Lenio Streck, analisando a trajetória do constitucionalismo também refere a essa concepção ao mencionar que, nas primeiras constituições, é compreensível que o parlamento – *“que representa o povo e lhe representa para controlar e limitar o poder do monarca absoluto – não tenha, em princípio, nenhum tipo de limitação”*⁷². Mas para ele, esse esquema constitucional vai deixando de ser a expressão da realidade na medida em que se vai consolidando o constitucionalismo.

O estado constitucional (também denominado de estado democrático de direito) a seu turno, para efeitos de nosso trabalho, será utilizado para referir aquela forma de estado em que a Constituição determina a autoridade que o povo atribui a seu governo, e, ao fazê-lo, estabelece-lhe limites. Nesse sentido, arremata o referido autor:

⁷¹ cf a respeito, HOBBS, Thomas. **O leviatã**. Parte II, cap. XXIX.

“as constituições não representam somente o complemento do Estado de Direito através da extensão do princípio da legalidade a todos os Poderes, incluindo o Legislativo; são também um programa político para o futuro, porque impõem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação, porém também, e sobretudo, de deslegitimação. Poderia dizer-se que constituem utopias de direito positivo, que, ainda que não realizáveis completamente, estabelecem perfeitamente, enquanto Direito sobre o Direito, as perspectivas de transformação do Direito mesmo em relação à igualdade nos direitos fundamentais”⁷³

3.2A evolução do papel do Poder Judiciário frente à mutação do Estado e da Constituição.

Como vimos anteriormente, o Poder judiciário aparece ao longo da evolução da Teoria do Estado e da Teoria da Constituição com distintos papéis a cumprir em cada fase do Estado.

Assim, no estado liberal, com a predominância do poder legislativo, ante o primado da lei, sobre os demais poderes do estado como consequência da conformação do poder político pelo princípio da separação de poderes, o poder judiciário aparece, na prática como um poder neutralizado⁷⁴.

Para Boaventura de Sousa Santos, a independência dos tribunais no estado liberal assentava em três dependências férreas, a saber:

⁷² STRECK, Lenio. **Teoria da Constituição e estado democrático de direito; ainda é possível falar em constituição dirigente?** Disponível em <http://www.leniostreck.com.br>. consulta em 29/05/2005.

⁷³ STRECK, Lenio. Op. Cit., p.02.

⁷⁴segundo Hannah Arendt, “ a característica mais proeminente dos que detêm autoridade é não possuir poder. *Cum potestas in populo auctoritas in senatu sit*, ‘enquanto o poder reside no povo, a autoridade repousa no senado’. Dado que a ‘autoridade’, o acréscimo que o senado deve aditar às decisões políticas, não é poder, ela nos parece curiosamente evanescente e intangível, assemelhando-se a esse respeito de maneira notável ao ramo judiciário do governo, de Montesquieu, cujo poder foi por ele chamado ‘de certo modo nulo’ (...) e que

“em primeiro lugar, a dependência estrita da lei segundo o princípio da legalidade; em segundo lugar, a dependência da iniciativa, capacidade ou vontade dos cidadãos para utilizarem os tribunais dado o caráter reativo da intervenção destes; em terceiro lugar, a dependência orçamental em relação ao poder legislativo e ao poder executivo na determinação de recursos humanos e materiais julgados adequados para o desempenho cabal da função judicial”⁷⁵.

Para esse autor, a independência dos tribunais nesse período, configurou o outro lado do desarme político dos mesmos. Uma vez politicamente neutralizados, os tribunais independentes passaram a ser ingrediente essencial na legitimação políticas dos outros poderes, pois garantiam que a produção legislativa destes chegasse aos cidadãos sem distorções.

Dessa forma, como bem nos lembra Fábio Konder Comparato⁷⁶, *“as constituições liberais procuram construir solidamente o edifício estatal, segundo os ideais do ‘repouso’ e da ‘inação’”, pois segundo aquela concepção, “ a palavra estado não designa um poder que age, mas uma autoridade que zela pela tranqüilidade e segurança da sociedade”⁷⁷.*

Segundo esse modelo de constitucionalismo liberal, a grande tarefa do estado consiste em propiciar segurança à vida individual, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes, não havendo assim espaço para o estado guiar a

constitui, não obstante, a mais alta autoridade nos governos constitucionais”. A esse respeito cf. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: perspectiva, 2003, pp. 164-165.

⁷⁵ SANTOS, Boa ventura de Sousa e outros. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Porto: Afrontamento, 1996, p. 24.

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 138, abr/jun. 1998.

⁷⁷ Com essa concepção restritiva Montesquieu buscou institucionalizar a ideia de que pelo mecanismo da separação orgânica das diferentes funções do Estado chegava-se a uma situação de permanente “repouso” ou “inação”. Cf. MONTESQUIEU, **Do Espírito das Leis** (livro 11, cap. 6). Trad. Roberto Leal Ferreira, São Paulo, Martin Claret, 2005.

sociedade civil para a realização de fins comuns, o que só ocorreria com o advento do chamado constitucionalismo social, responsável pela concepção do estado contemporâneo como detentor da capacidade de realizar certos objetivos predeterminados, com ou sem a participação da sociedade civil.

O advento do estado social opera importantes mudanças na realidade política e social do pós-segunda guerra mundial. Em sua nova configuração, o estado assume, ao lado da sua tradicional componente repressiva, uma nova componente promocional do bem-estar, através da consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos. *“O estado assume assim, a gestão da tensão que ele mesmo cria entre justiça social e igualdade formal, e dessa incumbidos, ainda que de modo diferente, todos os órgãos e poderes do estado”*⁷⁸.

Dessa forma, o significado sócio-político do poder judiciário é, no período do estado social, significativamente diferente daquele alcançado no período do estado liberal. A juridicização do bem-estar social além de promover uma redistribuição das responsabilidades promocionais do estado entre seus órgãos, trouxe um considerável aumento da litigiosidade perante os tribunais, forçando o poder judiciário a se defrontar com sua cota-parte de responsabilidade política.

Foi, portanto, a passagem do estado liberal ao estado social que tornou indispensável um reexame da classificação dos poderes estado, como oportunamente saliente Fábio Konder Comparato:

“Classicamente, ela (a classificação de poderes estatais) se funda na supremacia incontestável da lei sobre todas as demais

⁷⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa Santos e outros. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. p. 25.

manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o Executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo.

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico.”⁷⁹ (grifos nossos)

Assim, a função do Judiciário torna-se decisiva no tocante à concretização dos direitos fundamentais, acirrando, em alguma medida, inevitavelmente, os impasses sociais, mas, em contrapartida, impulsionando o Estado às reformas estruturais necessárias para que faça frente às tarefas relativas à concretização desses direitos.

Parece-nos que a realização do Estado Social e Democrático de Direito e, conseqüentemente, a concretização ou efetivação dos direitos fundamentais na sociedade (tal qual estabelecidos na constituição) é obrigação de todos os Poderes do Estado, indistintamente. Dessa maneira, o Judiciário não pode se furtar a apreciar a desobediência a quaisquer modalidades de direitos fundamentais se devidamente provocado a tanto, seja através do instituto da

Inconstitucionalidade por Omissão, seja através do Mandado de Injunção ou por qualquer outra via processual, em lides individuais ou coletivas, deflagradas através de ações propostas em face de agentes públicos ou privados. A busca da efetividade material dos direitos fundamentais como um todo é, portanto, missão prioritária também do Poder Judiciário.

Nesse sentido, vale a lição de Cappelletti⁸⁰ segundo o qual: *“El papel de los modernos jueces constitucionales, es hacer observar normas y derechos constitucionales vagamente formulados y que a menudo requieren la intervención activa del Estado”*.

Entre nós merece destaque o estudo de José Reinaldo Lima Lopes⁸¹ segundo o qual: *“(...) o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas (...)”*

Não pode, portanto, o judiciário furtar-se à persecução da efetividade dos direitos fundamentais, deve, no decidir o caso concreto ainda que inexista a necessária mediação do legislador ou da Administração Pública, ainda que se trate de norma programática, ou não-exeqüível do ponto de vista da aplicabilidade.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Revista de Informação Legislativa. a. 35, n. 138, abr/jun. 1998, pp.43-44.

⁸⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **“Apuntes para una fenomenologia de la justicia en el siglo XX”**, *Revista de Processo*. RT, S. Paulo, 71/97.

⁸¹ Cf. José Reinaldo Lima Lopes, **“Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”**. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. Org. José Eduardo Faria, S. Paulo, Malheiros, 1994, pp. 136-137

Para concluirmos então vejamos como, entre nós o Supremo Tribunal Federal tem abordados os temas até aqui tratados, especialmente os relativos à Supremacia da Constituição e a atuação do poder judiciário.

3.3A Separação de Poderes e a atuação do Poder Judiciário na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Como dito anteriormente, entendemos que a fórmula da separação de poderes atende a especificidades de cada ordenamento concretamente considerado. Assim, passaremos, ainda que brevemente a analisar a forma como o Supremo Tribunal Federal tem interpretado o princípio da separação de poderes na constituição de 1988 face a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle do exercício do poder e na concretização de direitos fundamentais. Cumpre, contudo, frisar que tal análise atende apenas à intenção de verificarmos em que medida a jurisprudência e a doutrina caminham juntas em nosso país, afastando-se qualquer argumento de autoridade quanto aos posicionamentos comentados.

Desde logo sobressai a importância do reconhecimento da Supremacia da Constituição no Sistema Constitucional adotado pela Constituição de 1988 no Brasil. Assim, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que: *“na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado — situe-se ele no Poder*

*Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo — é imune à força da Constituição e ao império das leis. (...) O poder não se exerce de forma ilimitada*⁸².

No mesmo sentido se posicionou o referido tribunal para esclarecer que a força normativa da constituição vincula não apenas os poderes públicos mas também os particulares (quando destinatários das normas constitucionais). Dessa forma, assim entendeu o tribunal:

“A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão — nem mesmo a invocação do princípio do autogoverno da Magistratura — pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.” (ADI 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00)”

Importantes posicionamentos também podem ser apontados no que diz respeito especificamente à relação entre o princípio da Separação de poderes a atuação do Poder Judiciário. Dentre os quais podemos destacar aquele que reconhece que a pretensão de tutela judicial de proteção a direitos fundamentais não pode ser frustrada sob o argumento de violação ao princípio da separação de poderes, quando o tribunal assim se posicionou:

“(...) A separação de poderes — consideradas as circunstâncias históricas que justificaram a sua concepção no plano da teoria

⁸² HC 88.015, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 416. cf a respeito: STF. **A constituição e o Supremo**. Disponível na internet em: www.stf.jus.br

constitucional — não pode ser jamais invocada como princípio destinado a frustrar a resistência jurídica a qualquer ensaio de opressão estatal ou a inviabilizar a oposição a qualquer tentativa de comprometer, sem justa causa, o exercício, pela pessoa que sofre a investigação, do seu direito de requerer a tutela jurisdicional contra abusos que possam ser cometidos pelas instituições do Estado, não importando se vinculadas à estrutura do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. A investigação parlamentar, judicial ou administrativa de qualquer fato determinado, por mais grave que ele possa ser, não prescinde do respeito incondicional e necessário, por parte do órgão público dela incumbido, das normas, que, instituídas pelo ordenamento jurídico, visam a equacionar, no contexto do sistema constitucional, a situação de contínua tensão dialética que deriva do antagonismo histórico entre o poder do Estado (que jamais deverá revestir-se de caráter ilimitado) e os direitos da pessoa (que não poderão impor-se de forma absoluta).” (HC 88.015, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 416)

Percebe-se pois que, em linhas gerais, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acolheu os principais argumentos doutrinários sobre a dimensão do princípio da separação de poderes, alcançando especial relevância pois ao reconhecer o princípio da Supremacia da Constituição e a sujeição de todos os poderes do estado ao texto constitucional, reconhece igualmente a possibilidade de atuação do poder judiciário no controle de adequação da atuação desses poderes ao que estabelece a Constituição.

Capítulo 4. A teoria do dirigismo constitucional: origem e validade frente à realidade dos países de desenvolvimento tardio

Sumário: Capítulo 4. A teoria do dirigismo constitucional: origem e validade frente à realidade dos países de desenvolvimento tardio; 4.1. A origem do dirigismo constitucional: localização e dimensionamento da teoria de J.J. Gomes Canotilho; 4.2. As transformações na teoria do dirigismo constitucional e a questão de sua validade nos países de desenvolvimento tardio;

4.1. A origem do dirigismo constitucional: localização e dimensionamento da teoria de J.J. Gomes Canotilho.

A utilidade das discussões desenvolvidas no primeiro capítulo do nosso estudo são justamente possibilitar o estudo do grau a que estão vinculados os órgãos de soberania (ou direção) do estado ao dever de concretização das normas constitucionais definidoras do que ali foi chamado de novas finalidades do estado social⁸³.

Dentre as teorias a respeito do tema, ganhou destaque pela sua influência no pensamento constitucionalista contemporâneo a obra *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*⁸⁴, desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho (com sua primeira edição datada de 1982 e segunda edição de 2001). O que entra em destaque nesse contexto, como resultado do debate teórico decorrente da obra referida, é especificamente o modo como, nos textos constitucionais, vão se relacionar as idéias de

⁸³ Ver capítulo 1, parte I, supra.

Supremacia da Constituição e Separação de Poderes como meio de conformação do estado às transformações das relações sociais.

Desde o início o núcleo do debate doutrinário acerca do tema empreendido por Canotilho girou em torno de saber “*o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.*”⁸⁵

Assim, o cerne do trabalho desenvolvido por aquele autor residia no dimensionamento do grau de vinculação da atividade política (atividade legislativa) ao seu aspecto jurídico (força vinculante da Constituição), como forma de recepção na Europa da idéia de supremacia da Constituição. Restam agora, e diante da nova realidade contemporânea, perguntar sobre o modo como a atuação política do poder judiciário está igualmente vinculado por elementos normativos constitucionais que definem não apenas a competência formal para dita atuação, mas o conteúdo e o sentido desse atuar.

Cumpra aqui registrar que para o autor português, a delimitação dessa intensidade vinculativa das normas constitucionais implica a distinção entre imposições constitucionais e normas programáticas (essencialmente normas determinadoras de fins do estado e enunciadoras de tarefas estatais). O que para Canotilho se resolve de acordo com o grau de abstração do mandato

⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

⁸⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 11.

constitucional. Para ele, imposições constitucionais são permanentes, mas concretas; as normas determinadoras de tarefas ou definidoras de fins são imposições permanentes, mas abstratas⁸⁶.

No plano teórico a questão transfere-se assim para a tentativa de determinar se o caráter instrumental do princípio de separação de poderes se coaduna com a idéia de vinculação dos órgãos de soberania do estado à constituição por obra de sua força normativa. Aqui o problema passa a ser de dogmática constitucional na medida em que impõe o confronto entre o modo específico como a constituição delimitou competências aos órgãos de direção do estado. O que faz com que cada texto constitucional apresente de forma específica o modo como se impõe normativamente a esses órgãos de direção.

Isso porque como bem nos lembra o Eros Roberto Grau⁸⁷, a tese da constituição dirigente foi escrita sob o impacto da Constituição portuguesa de 1976, ao passo que a Constituição brasileira de 1988 foi constituída tal como é, não apenas levando em conta a experiência constitucional portuguesa mas também por influência daquela tese, havendo portanto, diferenças significativas entre uma e outra experiências constitucionais.

Nesse contexto, o grande debate constitucional entre a concepção liberal e estado e a concepção social de estado, trava-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 40.

competências e regulador de procedimentos – defensores da idéia de um estado minimalista e para quem a separação de poderes é uma espécie de “camisa de força” da atuação dos órgãos estatais – corrente denominada de procedimentalista, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade – defensores de um intervencionismo estatal e da idéia de que cada um dos órgãos do estado está igualmente condicionado pelo texto constitucional de onde retira sua legitimidade de atuação – corrente chamada de substancialista.⁸⁸

No primeiro caso, a Constituição deve ser entendida como instrumento formal de garantia que não possui qualquer conteúdo social ou econômico. No segundo caso, passa-se a se exigir a fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos.

Tradicionalmente, essa fundamentação material é dada essencialmente pelos direitos fundamentais, podendo ainda limitar-se a princípios, denominados por Canotilho princípios materiais estruturantes (Estado de Direito, Democracia, República), ou estender-se à imposição de tarefas e programas que os poderes públicos devem concretizar. O que para Bercovici⁸⁹, *“gera o fenômeno da dinamização da Constituição, expresso na consagração de linhas de direção, na tendência para sujeitar os órgãos de direção política à*

⁸⁷ O alerta é feito pelo autor em resenha do prefácio à 2ª Edição do Constituição Dirigente e Vinculação do legislador, publicado em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁸⁸ Sobre o debate entre procedimentalistas e substancialistas cf. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 95 e ss.

execução de imposições constitucionais e na constitucionalização dos direitos econômicos e sociais.”

A Constituição deixa de ser mero instrumento de governo, definidor de formas e competências para o exercício do poder, e passa a estabelecer as tarefas e fins do Estado⁹⁰, abrindo um novo espaço para a transformação da sociedade⁹¹, o que se traduziria em “um novo constituir também da sociedade”. O que nas palavras de Lenio Streck significa que *“Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação do seu texto.”*⁹²

Canotilho chegou assim a afirmar que já não se podia falar de normas programáticas e, portanto, tais “espécies normativas” não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: “simples programas”, “exortações morais”, “declarações”, “sentenças políticas”, juridicamente desprovidas de qualquer caráter vinculante, e, sim, que às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Nesse sentido, afirmava ainda que a positividade jurídico-constitucional das chamadas normas programáticas significa, fundamentalmente, o seguinte:

⁸⁹ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999 35-51.

⁹⁰ *Idem*, pp. 73-79 e 84-86 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes; **Constituição Dirigente** *cit.*, pp. 12, 14 e 18-21. Sobre os fins e a legitimação do Estado, vide especialmente HELLER, Hermann, **Teoria do Estado**. Trad.de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou., pp. 217-221 e 234-246.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional cit.*, pp. 79-82.

⁹² STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 95 e ss

1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.⁹³

Se o Estado constitucional democrático não se identifica apenas com o Estado de Direito formal e quer legitimar-se através da inserção de conteúdos materiais, como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico⁹⁴. A Constituição deixa de ser apenas do Estado, para ser também da sociedade.

Para Bercovici⁹⁵, ao invés de considerarmos esses pontos como absolutos, devemos ter em mente que o problema da Constituição dirigente é um problema de transformação da realidade.

O problema então, converte-se em como deve ser conformada a realidade: se essa adequação deve estar explícita ou não no texto constitucional⁹⁶.

⁹³ Cfe. Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra, Almedina, 1989, p. 132. Do mesmo autor, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, *op.cit.*

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 21-24 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, *Constituição e Constitucionalidade*, Belo Horizonte, Ed. Lê, 1991, pp. 34-36.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999 35-51.

4.2. As transformações na teoria do dirigismo constitucional e a questão de sua validade nos países de desenvolvimento tardio.

Canotilho em seu prefácio à Segunda edição, observa que os textos constitucionais surgidos na Segunda metade do século vinte em sua maioria inseriam-se no movimento da modernidade projetante, otimisticamente⁹⁷ crente na força transformadora das normas constitucionais.

Contudo, alega que os acontecimentos políticos do fim da década de setenta e das décadas que lhes sucederam trazem consigo sinais contraditórios para o constitucionalismo, precisamente aquilo que o autor chamou de mal-estar da Constituição e pessimismo pós-moderno.

Assim ao concluir o prefácio à Segunda edição de sua obra defende que “a constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias”. Dessa forma, o autor trata de uma realidade específica da contemporaneidade: o fato de que a complexidade das sociedades atuais impede a existência de uma Teoria da Constituição como “linha de caminho de ferro” (como provavelmente se pretendia a tese da Constituição dirigente na sua origem) neutralizadora das análises de cada constituição, uma a uma, impondo, ao contrário, a necessidade de falarmos ou formularmos distintas teorias da

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente cit.*, pp. 27-30 e 69-71

⁹⁷ o autor utiliza o termo “otimisticamente” – preservamos, com a simples adaptação por entender que a expressão “de forma otimista”, que melhor o substituiria, elimina algo que o autor quis veladamente mencionar no seu texto, a saber, o caráter mágico, místico, que muitos atribuíram a esses textos, especialmente no caso brasileiro. A respeito cf. FEITOSA, Raymundo Juliano. **O “fetichismo” como limite**

Constituição⁹⁸, partindo-se assim, de um conceito de constituição constitucionalmente adequado.

Canotilho assevera então que *“mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta de identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizatórios, e adequar-se, no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas ‘associações abertas de estados nacionais abertos’, dando origem a um “constitucionalismo moralmente reflexivo” que “consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade” – onde ele não se realizou.*⁹⁹

Neste contexto, parece-nos oportuna ao nosso estudo a premissa adotada por Gilberto Bercovici¹⁰⁰, para quem ao nos debruçarmos sobre a problemática da Constituição dirigente, ou seja, sobre a constituição que define fins e objetivos para o Estado e a sociedade, precisamos fixar-nos ao texto de uma determinada constituição. Isso porque o texto constitucional regula uma ordem histórica concreta, e a definição da constituição só poderá ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica.

às possibilidades de concretização da Constituição de 1988. In: SCAFF, Fernando Facury. *Constitucionalizando direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 241-258.

⁹⁸ A esse respeito cf. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁹⁹ Ver, nesse sentido, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política n. 15, p. 7-17, *“Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”*.

¹⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 142, abril/junho 1999, p. 35.

Dessa forma, o problema da constituição dirigente, em sede teórico-constitucional, é um problema de articulação dos esquemas de competência com a programaticidade do texto, face o qual a eficácia normativa das imposições constitucionais reconduz-se, com maior rigor, a um problema de decisão segundo competências constitucionalmente definidas, e não a mero ato interpretativo do qual derivam certas competências. O que dito de outra forma, significa que o problema gira em torno do fato de que a legitimação da decisão concretizadora da lei fundamental não resulta tanto de um compreender ou descobrir metodologicamente adequados, mas do estudo da problemática funcional em conexão com os institutos da legitimação, responsabilidade e sanção, positivamente definidos na ordem democrático-constitucional, sendo certo que, entre o pensamento de execução e o pensamento de limites há toda uma gradação normativo-material que só em face de uma constituição positiva se poderá esclarecer¹⁰¹.

A linha teórica que defendemos aqui é que Estado brasileiro baseado na Constituição de 1988, a exemplo do que acontece com a maioria dos Estados na América Latina, tem fins e tarefas específicas que os insere nas suas realidades históricas para de forma adequada realizarem um projeto de estado e de sociedade plasmados no texto constitucional. E que essa realidade histórica distinta da realidade que vive a Europa, e mesmo Portugal, impõe uma avaliação diferenciada tanto do caráter programático das constituições, quanto do grau de

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro.** *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 142, abril/junho 1999, p. 35.

vinculação dos órgãos estatais à realização de fins e tarefas impostos por cada Constituição.¹⁰²

Assim, assiste razão a José Afonso da Silva ao afirmar:

“Temos que partir, aqui, daquela premissa já tantas vezes enunciada: não há norma alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da Constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada”¹⁰³

Nesse sentido, Andreas Krell¹⁰⁴ observa que o mundo em desenvolvimento ou periférico significa uma realidade específica e sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas dos países ricos. Dessa forma, conclui Krell, que a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado.

Dessa forma, concordamos com Lenio Streck quando afirma que “é possível afirmar que continuam perfeitamente sustentáveis as teses relacionadas ao caráter dirigente e compromissário do texto constitucional brasileiro” pois de no seu entender:

¹⁰² Cf. a respeito: STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 95 e ss

¹⁰³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 81 e 82.

¹⁰⁴ Cf. KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle Judicial e na Alemanha. Os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.54. Cf. também ADEODATO, João Maurício. Uma Teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *Anuário do Mestrado em Direito da UFPE*, n.5., 1992, p. 220

“A afirmação de Canotilho (de que o constitucionalismo dirigente estaria morto) não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária. Observe-se, nesse ponto, e desde logo, que não é possível falar, hoje, de uma teoria geral da Constituição. Isso significa dizer que a Constituição (e cada Constituição) depende de sua identidade nacional. Do mesmo modo, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”¹⁰⁵

O que se pretende assim é, como bem nos lembra o referido autor,

“que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição. A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental”¹⁰⁶

Assim, para concluir com a lição do autor:

“defender o constitucionalismo compromissário-dirigente e a conseqüente força normativa da Constituição (em sua materialidade) não significa alçar a Constituição à condição de texto sagrado, ponto no qual concordo inteiramente com Canotilho. Acrescento, ademais, que o texto constitucional também não pode ser compreendido “como” (als) categoria ou hipótese, o que igualmente seria resvalar em direção à metafísica. Hermeneuticamente, todo texto é um texto aberto, que não passa incólume pelo rio da história. Pois a essência da Constituição, embora a ambigüidade que essa noção possa assumir, aponta – pelo menos no que pertine à Constituição brasileira, para a realização dos direitos sociais-fundamentais. Desse modo, se os direitos sociais-fundamentais constituem a “essência” da Constituição, parece razoável afirmar que a idéia da programaticidade da Constituição deve ser mantida, pela simples razão de que, sem a perspectiva dirigente-compromissária, torna-se impossível realizar os direitos que fazem parte da essência da Constituição”¹⁰⁷

¹⁰⁵ STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 95 e ss. veja-se a respeito a posição de autores como Paulo Bonavides, para quem a tese da Constituição dirigente não é arcaísmo do pensamento político, mas, sim, diretriz e argumento de conservação do pálido Estado de Direito que ainda resguarda na medida do possível a ordem e a liberdade nos Estados da periferia do mundo.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio. Op. Cit.

¹⁰⁷ STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 110.

Capítulo 5. Os Direitos Fundamentais Sociais e seus modelos de positivação na Constituição de 1988.

Capítulo 5. Os Direitos Fundamentais Sociais e seus modelos de positivação na Constituição de 1988; 5.1. Os modelos de positivação de direitos fundamentais sociais: direitos negativos(defesa) ou direitos positivos (prestações)? 5.2. A confusão entre normas programáticas e os direitos sociais: o dever dos agentes políticos de otimização das normas constitucionais. 5.3. Os Direitos sociais e a atuação do Poder Judiciário.

5.1. Os modelos de positivação de direitos fundamentais sociais: direitos negativos(defesa) ou direitos positivos (prestações)?

A chamada Teoria dos Direitos Fundamentais, entendida como disciplina que se ocupa da formulação teórica destes direitos como fenômeno jurídico geral ou universal, oscila, de uma forma geral, entre três modelos de positivação dos direitos fundamentais: a) o modelo geracional (histórico), b) o modelo dualista e, c) o modelo unitário de positivação dos direitos fundamentais¹⁰⁸. Sem a pretensão de exaurir o tema, vamos apresentar, em síntese os argumentos de tais modelos, para ao fim, verificarmos qual ou quais modelos foram adotados na Constituição de 1988.

¹⁰⁸ Há autores que mencionam ainda com alguma importância a teoria unitária dos direitos fundamentais, baseada sobretudo no pensamento de Jorge Miranda (**Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao professor João Lumbrals. Coimbra: Coimbra, 2000.) em que o autor defende a existência de uma unidade de sentido constitucional dos direitos fundamentais, o que impõe além da inexistência de diferenças estruturais significativas, a interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais (forçando assim um comprometimento recíproco no que se refere à efetivação e o conseqüente o abandono das teorias classificatórias mencionadas no texto sob o argumento de que não há diferenças estruturais entre os diferentes tipos de direitos.

A teoria geracional, utiliza a evolução histórica como elemento essencial à própria caracterização dos direitos fundamentais, considerando-se a progressiva afirmação da respectiva juridicidade. Assim os direitos fundamentais sofrem uma tríplice classificação: a) direitos fundamentais de primeira geração, que se caracterizam como direitos voltados para a realização da liberdade individual e igualdade formal; b) direitos fundamentais de segunda geração, identificados com a busca da igualdade material e, c) direitos fundamentais de terceira geração, que têm na solidariedade humana o elemento caracterizador¹⁰⁹.

Para a teoria dualista, por outro lado, o elemento essencial à classificação, nos dizeres de Jairo Schäfer, “*é a posição realizadora do Estado, ao estabelecer uma interligação entre o conteúdo do direito e a função do Estado diante de sua efetivação*”¹¹⁰. Assim, os direitos fundamentais são classificados em: a) direitos negativos (liberdades negativas: obrigação de abstenção da interferência do Estado na esfera pessoal dos indivíduos); b) direitos positivos (liberdades positivas: dever de intervenção ativa do Estado).

Por fim, para a teoria unitária de positivação dos Direitos Fundamentais, baseada sobretudo no pensamento de Jorge Miranda¹¹¹ em que o autor defende o abandono das teorias classificatórias mencionadas no texto sob o argumento de que não há diferenças estruturais entre os diferentes tipos de direitos (positivos ou

¹⁰⁹ Cf. a respeito: BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004. Tb. SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹¹⁰ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

¹¹¹ MIRANDA, Jorge. **Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao professor João Lumbrales. Coimbra: Coimbra, 2000.

negativos). Esse argumento se baseia na idéia da existência de uma unidade de sentido constitucional dos direitos fundamentais, o que impõe além da inexistência de diferenças estruturais significativas, a interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais (forçando assim um comprometimento recíproco no que se refere à efetivação).

Feita essa breve síntese, cumpre-nos agora refletir sobre o rol dos direitos sociais inseridos no texto constitucional brasileiro, pois como muito oportunamente observa Marcelo Neves, *“as diferenças culturais e os tipos de ordem jurídica podem levar a institucionalizações democráticas bem diversas dos direitos humanos, dando ênfase ora a uma aspecto (por exemplo, o dos direitos individuais), ora a outro (por exemplo, o dos direitos sociais mínimos ou dos direitos coletivos)”*¹¹². Essa constatação, conduz à necessidade de, no contexto de nosso estudo, determinarmos, na medida do possível, qual ou quais os modelos de institucionalização democrática adotados pelo nosso texto constitucional.

A Constituição de 1988 acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente em título próprio (Dos Direitos e Garantias Fundamentais - título II), o que, em nosso entender, já traz algumas conseqüências. A primeira delas é que, conforme alerta Ingo Sarlet:

“concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava

¹¹² NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos direitos humanos**. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. ° 4, Out/nov/dez 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005

abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático”¹¹³

Vê-se logo que para o referido autor, com o que concordamos, os direitos sociais não necessariamente constituem normas programáticas¹¹⁴, como outrora ocorrera no ordenamento constitucional brasileiro.

É que como se pode observar do próprio texto de nossa constituição, no extenso rol de direitos sociais o nosso Constituinte, sob a denominação genérica de “Direitos Sociais”, acolheu dispositivos (e, portanto, normas neles contidas) de natureza diversa, o que evidentemente suscita uma série de dificuldades para uma correta classificação dos direitos fundamentais sociais na nossa ordem constitucional vigente.¹¹⁵

¹¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2005

¹¹⁴ Como normas programáticas, os direitos sociais poderiam sucintamente ser resumidos da seguinte forma: os princípios definidores dos fins do Estado. Sua relevância seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política perante os órgãos competentes. No sentido jurídico, sua importância residiria no fato de que, por um lado, através das normas programáticas pode se obter o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro lado, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, seriam suscetíveis de serem trazidas à colação no momento de concretização.

¹¹⁵ sobre a classificação dos direitos sociais dentro da teoria dos direitos fundamentais, confira-se a classificação de Alexy (que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações), parte de uma estreita vinculação com uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas . cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997, p. 405. E tb. Cf. CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**, pp. 552 e ss

A problemática consiste, portanto, na pergunta sobre qual o sentido (conteúdo) a ser imprimido à expressão, o que, de outra parte, nos remete também para o problema da classificação dos direitos fundamentais sociais.

Assim, como bem nos lembra Ingo Sarlet,

*“De acordo com a tradição de nossa doutrina, os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais, havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações. Considerados resultado de uma evolução que radica na já referida Constituição Francesa de 1793 e que passa pela assim denominada “questão social” do século XIX, os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais. Justamente em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização. Para além disso, cumpre observar – arrimados na expressiva lição de J. Miranda - que por meio dos direitos sociais se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, que apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma igualdade sem liberdade”.*¹¹⁶

Dessa forma, resta-nos observar, de acordo com o modelo adotado pela Constituição de 1988, se esses modelos teóricos realmente se aplicam ao direito constitucional dogmático brasileiro.

¹¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2005

Para J.J. Gomes Canotilho, pode afirmar-se a existência de direitos originários a prestações quando, *“(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”*¹¹⁷

Com base nesse pensamento, Ingo Sarlet defende que, os direitos a prestações, tomados em sentido amplo, não se restringem a direitos a prestações materiais, de tal sorte que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, bem como os direitos sociais não se limitariam a uma dimensão prestacional. Constatando assim que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais¹¹⁸.

Por fim, podemos concluir com o autor

“que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende – pelo menos não exclusivamente – ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações

¹¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 554

¹¹⁸ nas palavras do autor: “À vista do exposto, percebe-se, com facilidade, que vários destes direitos fundamentais sociais não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade, reconduzidos ao grupo dos direitos de defesa, como ocorre com o direito de greve (art.9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental. O mesmo fenômeno se verificava, ao menos em parte e na sua formulação original, na Constituição Portuguesa de 1976, na qual diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente contidos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, foram integrados, na revisão de 1982, no título dos direitos, liberdades e garantias. Esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo (já que precipuamente dirigidos uma conduta omissiva por parte do destinatário, seja ele qual for, Estado ou particular), tem sido oportunamente denominada de “liberdades sociais”, integrando o que se poderia chamar – inspirados na concepção de Jellinek – de um “status negativus socialis” ou “status socialis libertatis”. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2005

materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas.¹¹⁹

Parece-nos assim que não procede, pelo menos com relação ao direito constitucional dogmático brasileiro, a afirmação de que não há diferenças estruturais entre os direitos fundamentais (argumento sustentado pela teoria unitária), sendo válido assim admitir que, entre nós, prevaleceu o modelo dualista de positivação dos direitos fundamentais, com aquelas especificidades apontadas na doutrina de Ingo Sarlet, acima referidas.

A importância dessa constatação consiste exatamente nas diferentes formas como os cidadãos poderão demandar do estado a concretização dos direitos sociais, em qualquer caso, seja como direitos sociais prestacionais ou direitos sociais de defesa, operam no âmbito do chamado Direito Processual Constitucional¹²⁰, embora através de remédios processuais distintos.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2005.

¹²⁰ sobre o tema conferir o estudo realizado por DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 435 – 450.

5.2. A confusão entre normas programáticas e os direitos sociais: o dever dos agentes políticos de otimização das normas constitucionais.

Apesar do que aqui defendemos até agora sobre a classificação dos direitos fundamentais sociais e como decorrência do reconhecimento de que as normas de direitos sociais encerram situações jurídicas diferentes no texto constitucional brasileiro, a doutrina admite ainda, além daquelas duas situações acima expostas, que há normas constitucionais de caráter programático em matéria de direitos sociais.

Assim, defende José Carlos Vasconcelos dos Reis:

“Na verdade, um dos principais pontos que devem ser elucidados para o equacionamento do problema é a diferença, nem sempre captada claramente, entre o efetivo conteúdo de um direito subjetivo definido (normas constitucionais definidoras de direitos) e simples sugestão de conteúdo, sujeita a modelações jurídico-políticas cambiantes (normas programáticas). Noutras palavras, deve-se elucidar a distinção entre direitos sociais (já plenamente definidos) e políticas públicas de direitos sociais”¹²¹

Para os defensores dessa corrente os direitos sociais consagrados na constituição podem se afirmar da seguinte forma, a saber: (1) por normas definidoras de direitos - dependentes ou não da edição de leis infraconstitucionais para operar concretamente -, dando lugar a direitos subjetivos, já inteiramente configurados na Constituição; (2) por normas programáticas, caso em que ainda não estará completamente definido um direito subjetivo em favor de seus

¹²¹ REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55. Acerca da distinção entre direitos sociais e políticas públicas de direitos sociais cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática

beneficiários. Haveria assim, no primeiro caso, verdadeiros direitos sociais; no segundo, apenas políticas públicas de direitos sociais¹²².

A diferença entre as normas definidoras de direitos dependentes de legislação infraconstitucional e as normas programáticas consistiria, segundo essa doutrina em dois pontos: (A) no que tange ao primeiro grupo de normas, a exigência de um ato estatal posterior (*interpositio auctoritas*) que as torne aplicáveis é de caráter meramente técnico ou instrumental uma vez que tais normas já trazem definida a matéria que lhes serve de objeto; já com relação às normas programáticas, a atuação estatal posterior, de ordem normativa, tem caráter essencial uma vez que tais normas apenas enunciam o que se pretende atingir, sem dizer como se atingirá tal finalidade. E (B) as normas do primeiro grupo, nos dizeres de Jorge Miranda, “*obligam o legislador a editar as necessárias normas destinadas a conferir-lhes exeqüibilidade no prazo que estabelecerem*”¹²³, sob pena de incorrerem em omissão inconstitucional; já com relação às normas programáticas o mesmo não ocorreria pois elas conferem ao legislador a possibilidade de uma ponderação do tempo e dos meios necessários para que se tornem efetivas.

Essa distinção deixa claro o que há pouco defendemos, que o nosso ordenamento colocou à disposição dos cidadãos diferentes instrumentos

actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, a. III, n. 6. Madrid: Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, feb. 1998.

¹²² Em Jorge de Miranda essa distinção aparece com nomenclatura distinta, a saber: (1) normas preceptivas exeqüíveis por si mesmas (de eficácia imediata); (2) normas preceptivas não exeqüíveis por si mesmas (de eficácia diferida) e (3) normas programáticas. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 242. Dentre nós são adeptos dessa corrente também Luís Roberto Barroso e Ricardo Lobo Torres, dentre outros.

processuais para a proteção e promoção de tais direitos de acordo com a natureza da norma os define.

Resta-nos, diante do exposto até aqui, indagar acerca das situações decorrentes de normas programáticas. Estariam tais situações livres de um controle judicial? Ou dito de outra forma, haveria a possibilidade de controle de constitucionalidade de políticas públicas de direitos sociais?

Nesse contexto, e para encerrarmos o presente tópico, vale desde logo a advertência de Eros Roberto Grau no sentido de que, em nosso entender, “*não existem direitos sem garantias*”¹²⁴.

É que nessa perspectiva, que entendemos que a relevância constitucional das normas programáticas se manifesta ainda na vinculação da esfera política, que deixa assim de ser a esfera de atuação do domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Ao contrário, tais normas parecem estabelecer o fundamento constitucional para a atuação política ao delimitar o programa normativo-constitucional como âmbito espacial dentro do qual a política deve mover-se¹²⁵ e, ao fazê-lo, abrem o caminho para a atuação do Poder Judiciário tanto para garantir que a política atue dentro do campo delimitado, quanto que em determinadas situações seja compelido a atuar.

¹²³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996, pp 245 e ss.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A constituição brasileira e as normas programáticas*. In: **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 4. Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985, p. 40-43.

¹²⁵ Cf. a respeito: KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle Judicial e na Alemanha. Os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.54.

5.3. Os Direitos Sociais e a atuação do Poder Judiciário.

Como bem nos recorda Cappelletti, é preciso termos presente

“que os ‘direitos sociais’ – típico produto jurídico do Estado social ou de welfare – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; são ‘promocionais’ e projetados no futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo estado. Na proteção de tais direitos, o papel do juiz não pode, absolutamente, limitar-se a decidir de maneira estática o que agora é legítimo ou ilegítimo, justo ou injusto; ao contrário, constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está alinhada com os programas prescritos, freqüentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.”¹²⁶

Assim, a emergência do Estado Social que se caracteriza pela expansão sem precedentes da competência e dos poderes do Estado Legislador e Administrador, força também a expansão do controle judiciário sobre esses novos poderes expandidos.

Dessa forma, a importância dos direitos sociais reside no fundamental papel que desempenharam na mudança de postura na atuação do juiz, que passa a ter que atuar no processo estando atento a como melhor atender a esta nova forma de conceber o papel do Estado-Judiciário no controle dos abusos comissivos ou omissivos dos demais poderes do estado.

Além disso, como acentua uma vez mais Cappelletti,

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, pp. 21 e ss.

*“é manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. (...) Mas, haverá em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos dos direitos, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim a criatividade dos juízes”.*¹²⁷

Essa também a lição de Andreas Krell, ao pontuar que a concretização desses direitos sociais *“exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política”*¹²⁸

Nas palavras de José Eduardo Faria:

*“no atual Estado-Providência, com seus diferentes e complexos papéis como provedor de serviços básicos, como promotor de novas relações sociais, como planejador de atividades econômicas e até mesmo como agente diretamente produtor de bens e serviços, muitas de suas leis caracterizam-se por suas funções promocionais – o que exige de seus aplicadores, nos tribunais, um amplo esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum do Estado liberal”*¹²⁹.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, pp. 21 e ss.

¹²⁸ KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e Controle judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Fabris, 2003, pp. 72-73.

¹²⁹ FARIA, José Eduardo. *Transformações do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 52-67

Parece, portanto, haver um certo nível de consenso quanto ao fato de que a implementação dos direitos sociais exige do Judiciário uma nova lógica, que afaste os tradicionais obstáculos à sua atuação para a concretização desses direitos. Contudo, como adverte José Eduardo Faria:

“se é certo que a interpretação e concretização das normas programáticas exigem um processo judicial mais ativo e dinâmico, modificando as formas ortodoxas de ação e lide judiciais, também é correto que a ausência de certos ‘princípios gerais do direito’ harmonizadores e unificadores, evidentemente com um potencial de flexibilidade e adaptabilidade às novas situações e aos novos conflitos emergentes do âmbito de uma sociedade em contínua transformação, pode levar ao risco de uma esquizofrenia jurídica travestida de ‘direito livre’”¹³⁰

Dessa forma, o advento dos direitos sociais trouxe mudanças importantes para o papel desempenhado pelo poder judiciário no controle do poder exercido pelos demais poderes do estado, sendo certo afirmar que, se em grande medida não avançamos mais no reconhecimento dessa nova forma de atuar do judiciário, isso se deve, em grande parte, à concentração do poder decisório, dentro do âmbito do próprio judiciário, nas mãos de uma cúpula receosa de adotar tais mudanças.

Exemplo de receio do novo, pode ser visto na interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção, que segundo nos ensinam, é:

“uma inovação que poderia ter agilizado a renovação de institutos jurídicos, mediante a concretização de direitos sociais negados por falta de regulamentação de uma ordem constitucional cujas graves

¹³⁰ FARIA, José Eduardo. *Transformações do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 52-67

faltas, no capítulo da ordem tributária e político-administrativa, têm servido de pretexto para a defesa da supressão de suas inovações no capítulo dos direitos fundamentais.”¹³¹

Por fim, no que tange à atuação do Poder judiciário na concretização dos direitos sociais, cumpre-nos registrar que o nosso ordenamento colocou à disposição dos cidadãos diferentes instrumentos processuais para a proteção e promoção de tais direitos de acordo com a natureza da norma os define.

Assim, e seguindo o ensinamento de Ivo Dantas sobre a matéria, “*podemos afirmar que na busca da promoção dos Direitos Sociais no âmbito da jurisdição constitucional, a Constituição Brasileira, (...) põe à disposição um bom número de Remédios Constitucionais*”¹³².

Desta forma, ainda que não seja este o foco central do nosso trabalho, buscar-se-á, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, traçar os contornos dos remédios constitucionais voltados à proteção dos direitos sociais, pois como bem leciona José Afonso da Silva: “*a afirmação dos direitos humanos no Direito Constitucional Positivo reveste-se de transcendental importância, mas não basta*

¹³¹ cf. FARIA, José Eduardo. *Transformações do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 52-67. A respeito também conferir: DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 435 – 450. E ainda desse último autor a obra sobre o Mandado de Injunção, de mesmo título.

¹³² A respeito, cf. DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 443.

que um direito seja reconhecido e declarado; é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado”¹³³

Assim é que, *“Quanto à jurisdição constitucional das liberdades – na qual se fazem presentes os Remédios Constitucionais, encontramos, como exemplos históricos, o Habeas Corpus e o Mandado de Segurança, ao lado dos quais, e especialmente no caso brasileiro, acrescentem-se os institutos do Habeas Data, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública”¹³⁴*, aos quais a constituição acrescentou a ação direta de inconstitucionalidade, comissiva ou omissa.

Com relação à ação de inconstitucionalidade por omissão e com relação ao mandado de injunção, importante a observação de Ivo Dantas, que divergindo do entendimento do Supremo Tribunal Federal que aproxima os dois institutos, assim esclarece seus aspectos distintivos:

“Enquanto a Ação de inconstitucionalidade por omissão é uma das espécies de controle abstrato; o mandado de injunção é claramente uma ação individual, plúrima ou coletiva, de efeitos concretos; (...)

(...) Enquanto para a Inconstitucionalidade por omissão tem uma legitimação restrita àqueles que se encontram enumerados no art. 103 da CF, para o Mandado de Injunção, poderá ele ser buscado por qualquer cidadão (nos termos do art. 1º, II), nos termos do art. 5º, inciso LXXI, cabendo ao poder judiciário, respeitada a regra de competência, concedê-lo ‘sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania’.

Finalmente, não poderia o STF nivelar os dois institutos, em razão dos efeitos que cada um possui, ou seja, enquanto a Ação de

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹³⁴ cf. DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 437.

*Inconstitucionalidade por Omissão em nada poderá obrigar o legislador, funcionando, portanto, como mero conselho, o Mandado de Injunção, por gerar efeitos concretos interpartes, poderia obrigar a parte ré ao cumprimento da decisão (...)*¹³⁵

No tocante à ação civil pública, além da ampliação do espectro de bens por ela tutelados, para a proteção de interesses e difusos e coletivos, cumpre ressaltar tem sido apontada como o instrumento jurídico hábil ao controle das políticas públicas¹³⁶, tendo como reflexo importante a legitimação do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais.

Quanto aos remédios constitucionais disponibilizados no terreno da Jurisdição constitucional das liberdades, são variáveis de caso a caso de acordo com a natureza do direito social.

¹³⁵ cf. DANTAS, Ivo. *Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 443.

¹³⁶ Nesse sentido, cf. BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos Sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005. No mesmo sentido ainda, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. In: MILARÉ, Édís (coord.). **A ação civil pública – lei 7.247/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. E tb. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Capítulo 6. O papel político do Poder Judiciário no controle das Políticas Públicas e do orçamento do estado.

Capítulo 6. O papel político do Poder Judiciário no controle das funções constitucionalmente atribuídas aos demais poderes do estado.; 6.1. O princípio da separação de poderes e o controle judicial da atividade política; 6.2. Controle judicial das políticas públicas e dos orçamentos estatais.

6.1. O princípio da separação de poderes e o controle judicial da atividade política.

Os teóricos do estado liberal, reduziram o princípio da separação de poderes a uma fórmula apresentada de forma simplificada sob duas dimensões:

“em seu aspecto material, a cada poder, órgão ou complexo orgânico unificado corresponderia exclusivamente uma função estatal materialmente definida; no aspecto formal, todos os atos de igual natureza intrínseca provenientes de órgãos diversos deveriam ser distinguidos seguindo um critério formal-subjetivo segundo o qual, todos os atos desenvolvidos pelo poder legislativo, ainda que não concernentes à emanação de normas jurídicas, seriam considerados formalmente legislativos. De igual modo, segundo esse critério, toda atividade desenvolvida pelos tribunais, incluindo administração patrimonial, jurisdição voluntária e sentenças normativas, devem ser consideradas formalmente jurisdicional, bem como, toda atividade desenvolvida pelo poder executivo, ainda que substancialmente normativa, deve ser considerada formalmente executiva ou administrativa.”¹³⁷

Pretendia assim a doutrina proceder a uma gradativa aproximação entre o Estado e o Direito e na redução das funções estatais apenas à criação e aplicação

do direito, sendo que todos os órgãos do estado igualmente criam e aplicam direito (o que aparece claramente na obra de Kelsen¹³⁸), razão pela qual a distribuição de funções entre órgãos distintos apenas atenderia a um critério formal.

Assim, segundo o ensinamento de Nuno Piçarra:

“...À luz dessa classificação das funções estaduais, o princípio da separação de poderes reduziu-se um princípio de distinção entre actos com diverso valor formal, ou a um princípio de distinção formal e material não coincidente entre os vários actos estaduais, exhaustivamente integráveis na dogmática tripartição funcional. Assim entendido, converteu-se num dogma, numa categoria com valor apriorístico”¹³⁹

Ao mesmo tempo em que, mesmo os expoentes mais radicais do entendimento jurídico-funcional da separação de poderes, reconheciam a necessária existência, em qualquer estado, de uma função irredutivelmente política, não apreensível normativamente. Dentre os autores que se destacam nessa corrente, certamente Jellinek¹⁴⁰ é o que obteve maior destaque ao defender que um Estado com um governo que agisse apenas segundo leis prévias seria um absurdo político.

¹³⁷ Cf. a respeito da influência da doutrina alemã da diferenciação dogmática das funções estatais a obra de PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989, pp. 247 e ss.

¹³⁸ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 385 e ss. Para quem “não há três, mas duas funções básicas do estado: a criação e a aplicação do Direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras sepando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito – subjacente ao dualismo de poder legislativo e executivo (em sentido mais amplo) – tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores de Direito.” P. 386.

¹³⁹ PIÇARRA, Nuno. **A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 249.

¹⁴⁰ A Respeito cf. JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. México: FONDO, 2000.

No entanto, como a função política ficava fora da tripartição jurídico-funcional pois não cabia nem na legislação, nem na administração, nem na jurisdição, concebeu-se um espaço de atuação do estado juridicamente livre, fora do âmbito de análise jurídica e da teoria jurídica do estado, que era exatamente a atividade concernente a essa função política, não subsumível nem à legislação nem à execução e da exclusiva competência do titular do governo, como algo logico-materialmente governamental¹⁴¹.

Essa idéia de que a função política é juridicamente livre, incondicionada e autônoma não é tão difícil de ser encontrada ainda hoje em posicionamentos jurisprudenciais, muito embora mais recentemente, por se configurar de forma mais atuante, o estado contemporâneo tenda a definir essa função política como uma atividade complexa caracterizada pela “conexão de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigida à individualização e graduação de fins constitucionalmente estabelecidos”¹⁴². Dessa forma, o traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do estado na sociedade com a pretensão de planejamento social a partir da execução de projetos governamentais.

Assim, como bem alerta J.J. Gomes Canotilho,

¹⁴¹ O exemplo mais utilizado nesse período era, como continua sendo o da função de elaboração e execução do orçamento, muito embora com relação ao primeiro aspecto, já se tenha evoluído bastante para admitir a participação do poder legislativo através do processo de aprovação da lei orçamentária e da fiscalização da execução do orçamento, bem como já se admite, ainda que de forma incipiente a vinculação da atividade orçamentária às normas constitucionais sobre a matéria. A esse respeito cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *A Lei do orçamento na Teoria da Lei*, in: **Estudos em homenagem ao prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro**, Vol. II. Coimbra: Coimbra, 1979.

¹⁴² Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 540.

*“a política e o direito são apenas duas das múltiplas dimensões das mesmas estruturas globais da sociedade e do mesmo processo global. O principal perigo para o direito constitucional democrático-republicano (...) não resulta da afirmação do caráter político desse direito, mas precisamente do inverso: do mito do Estado impolítico”*¹⁴³.

Portanto, a primeira tarefa para quem deseje proceder ao estudo do problema concernente à política como programa de ação, como bem nos lembra Fábio Konder Comparato¹⁴⁴, é proceder à sua definição, que para o autor, à primeira vista é de ordem negativa. Não se esgotando em uma norma nem em um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas normalmente desenvolveram a maior parte de suas reflexões.

Essa constatação inicial é de suma importância para a abordagem do tema pois, tradicionalmente, o estudo acerca do juízo de constitucionalidade tem por objeto apenas normas e atos¹⁴⁵.

Contudo, como bem nos recorda o referido autor,

“(...) a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, (...) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia. A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem,

¹⁴³ CANOTILHO, J.J Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p.44.

¹⁴⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998, pp. 39/48.

¹⁴⁵ Cf. a respeito ADIN n.º 1640-DF EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - C.P.M.F. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE "DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA C.P.M.F." COMO PREVISTA NA LEI Nº 9.438/97. LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, "A", DA C.F. 1.

*tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio.*¹⁴⁶

Importa assim, face essa nova perspectiva da atividade estatal, salientar que o juízo de validade de uma política pública não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.

O que determinará, portanto, a validade ou invalidade de uma determinada política pública é sua observância aos objetivos estabelecidos no texto constitucional. Com isso passamos a visualizar a necessidade de uma atuação do controle jurisdicional no âmbito da adequação das políticas governamentais às finalidades estabelecidas na constituição.

O que precisamos ter em mente é a idéia de que tais objetivos e finalidades constitucionais, encerrados em normas de natureza principiológicas são vinculantes para todos os órgãos do estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do estado (dirigem-se portanto a todo o corpo político da sociedade em geral e não apenas aos órgãos estatais). O que nas palavras de Fábio Konder Comparato:

¹⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In:

“A juridicidade das normas que simplesmente declaram tais fins (as Zielnormen dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas –, já não pode ser posta em dúvida, nesta altura da evolução jurídica.”¹⁴⁷

É nesse contexto que a lei perde o seu papel de instrumento de expressão por excelência da soberania popular, para se tornar instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura, ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial, ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo.

Assim o problema da adequação de políticas públicas à constituição, reflete o problema da relação entre constituição e política, ou seja, resume-se a determinar qual o grau de vinculação da política às normas constitucionais.

No Brasil, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem avançado para admitir a densidade normativa do texto constitucional, embora ainda haja muito caminho a percorrer até que o Supremo Tribunal Federal consolide um posicionamento acerca do tema. Exemplo do avanço desse entendimento pode ser encontrado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário de n.º 410715/ SP, quando a 2ª Turma, seguindo a unanimidade o voto do relator, ministro Celso de Mello, assim se posicionou:

Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998, p.45.

¹⁴⁷ a expressão em língua estrangeira consta do original e refere-se a estudo sobre a tipologia das leis instrumentais no Estado Dirigente, publicado por Peter Härbele em 1983. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*.

*“E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - **Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.**”¹⁴⁸ (grifos nossos)*

Vê-se assim que aos poucos vai se consolidando o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que o poder judiciário está vinculado às normas

Brasília, a. 35, n. 138, abr/jun. 1998, p.45. também DWORKIN, Rolnald. Levando os Direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 70-75.

constitucionais consagradoras de direitos sociais de natureza fundamental, bem como o importante entendimento de que a esfera da ação política não se encontra imune à força vinculante das normas constitucionais. No mesmo sentido tem sido bastante comentada a decisão monocrática da lavra do ministro Celso de Mello na ADPF n.º 45, em que enfrentando o problema do controle de políticas públicas, o ministro assim se posicionou:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.”¹⁴⁹

¹⁴⁸ RE-AgR 410715 / SP - SÃO PAULO - AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529.

¹⁴⁹ A matéria foi assim ementada: ADPF 45 MC/DF. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). :Decisão publicada no DJU de 4.5.2004.

O controle da constitucionalidade de políticas públicas tem, portanto, avançado no entendimento do Supremo Tribunal Federal, contudo, em grande medida ainda atrelado à idéia de disponibilidade de recursos disponíveis, o que em nosso entendimento configura um equívoco somente justificável em políticas públicas diversas das tendentes a promover a concretização dos direitos sociais, argumento que tentaremos esclarecer adiante.

6.2. Controle judicial dos orçamentos estatais.

No tocante à distribuição de recursos e à previsão de receitas e despesas estatais, o advento do chamado Estado Social e dos direitos a prestações positivas do estado (Direitos Sociais implementados através de políticas públicas que assegurem um mínimo de equidade no acesso a direitos e serviços básicos com educação e saúde) a tradicional doutrina do Estado de Direito concebeu o orçamento público como instrumento de governo, seja para o desenvolvimento econômico, seja para o social e o político, vinculado ao planejamento das atividades estatais.

Daí surge, dentre nós, por exemplo, a acolhida do princípio da legalidade da despesa pública, que impõe ao administrador do dinheiro público a obrigação de observar, ao gastá-lo, as autorizações e limitações constantes da Lei do Orçamento.

De acordo com José Afonso da Silva¹⁵⁰, analisando a idéia de orçamento-programa no Brasil, o orçamento não é apenas uma peça financeira, mas um instrumento de execução de políticas tendo em vista o desenvolvimento, o que buscou-se obter sobretudo pela tentativa de garantir verbas para programas de políticas sociais essenciais através da vinculação de receitas tributárias a determinadas políticas ou da criação de fundos públicos setoriais .

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres,

“o estado (que tornou-se estado social fiscal) procura, na via da despesa pública, reduzir as desigualdades sociais e garantir as condições necessárias à liberdade, máxime através da entrega de prestações públicas nas áreas da saúde e da educação, abandonando a utopia da inesgotabilidade dos recursos públicos, da viabilidade de atendimento de todas as necessidades sociais e da possibilidade de garantir a felicidade do povo (...) Não abandona, porém, a responsabilidade pela proteção dos direitos sociais, senão até que serve de árbitro, eis que tais direitos existem sob a ‘reserva do possível’, isto é, sob a reserva da lei orçamentária.(...) O Estado Democrático de Direito da constituição de 1988, por conseguinte, afirma-se sobretudo na via do orçamento, com o controle dos gastos públicos, o redirecionamento das despesas vinculadas às políticas sociais e certa regulação do social e econômico (...).”¹⁵¹

Para esse mesmo autor, o orçamento possui três funções precípuas¹⁵²: a política, a econômica e a reguladora. Do ponto de vista político, ressalta o autor, o orçamento do estado sempre constituiu forma de controle da administração, que por seu intermédio fica adstrita à execução das despesas no período e nos limites estabelecidos pelo Legislativo, destacando ainda o papel de co-partícipe que este

¹⁵⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Orçamento Programa no Brasil**. São Paulo: RT, 1973, pp. 20-24, 41-42 e 377-378.

¹⁵¹ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, volume V: O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, V. 5, pp. 16-17.

último poder desempenha na feitura da peça orçamentária. A função econômica do orçamento está relacionada ao papel que o estado desempenha no setor econômico e seus reflexos no equilíbrio ou desequilíbrio orçamentário, ou seja, é através do orçamento que o estado prevê uma maior ou menor presença no mercado, fazendo circular a riqueza pela economia ou não. Por sua vez, a função reguladora do orçamento implica uma diminuição da exagerada competência de que gozava a Administração no modelo estrutural de estado que antecedeu ao estado social. Nessa perspectiva, o orçamento acaba por se tornar o documento que sintetiza e confere objetividade numérica à atividade administrativa, regulando-a pois.

Ainda para Lobo Torres, o planejamento exerce função regulatória da sociedade através da Administração, em suas palavras:

“O orçamento não visa precipuamente ao controle do Executivo nem ao dirigismo econômico e ao intervencionismo, senão que procede à regulação da economia e das relações sociais (em tema de educação, saúde, políticas públicas etc.) por intermédio da atividade administrativa, de caráter subsidiário. Quer dizer, o planejamento (...) é mera autorização para que a Administração execute o programa traçado em leis específicas que compõem o sistema do Direito Administrativo, que já não está voltado para a regulação de todo o social nem para a intervenção na economia, mas para complementar a atividade privada e para subsidiar as carências e insuficiências sociais. O planejamento, qualquer que seja ele, controla a Administração quanto ao limite máximo de gastos, mas não obriga a realizar a despesa autorizada, como adiante veremos, em virtude de sua natureza simplesmente formal.”¹⁵³

¹⁵² A respeito, Cf. TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, volume V: O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, V. 5, pp. 49 e ss.

¹⁵³ TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, volume V: O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, V. 5, p. 61.

Para José Afonso da Silva, “*com o intervencionismo econômico e social do estado, o orçamento ressalta ainda mais o seu caráter político, como elemento essencial da política de redistribuição de renda e serviços essenciais (saúde, educação, previdência social)*”¹⁵⁴.

Evidente está que ao lado de elementos contábeis, o orçamento público constitui-se em um complexo instituto de caráter jurídico, governamental, econômico e técnico, como bem observou Uadi Lammêgo Bulos:

*“jurídico, porque deflui da disciplina constitucional e infra-constitucional que se lhe irroga; governamental, porquanto indica, através de documentos, o modo de elaboração, aprovação e execução dos planos e programas de obras, serviços, encargos financeiros, etc.; econômico, pois revela-se pela apreciação da conjuntura econômica e financeira, assumindo a forma de uma previsão da gestão orçamentária do Estado; técnico, uma vez que envolve o estabelecimento dos requisitos exigidos à prática dos fins indicados nos itens anteriores, v.g., a classificação clara e racional de receitas e despesas, os processos estatísticos para cálculo aproximado dos gastos e das compensações, apresentação gráfica e contábil do documento orçamentário, etc.”*¹⁵⁵

Assim, a atividade orçamentária não nos aparece como alheia à normatividade constitucional. Pelo contrário, está revestido de aspectos jurídicos, que têm sua origem na própria constituição.

Nesse sentido a doutrina de Lúcia Valle Figueiredo, para quem “*o orçamento não é uma peça livre para o administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estaduais. Aqui, também, por vezes, o*

¹⁵⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. **Orçamento Programa no Brasil**. São Paulo: RT, 1973, pp. 20-24, 41-42 e 377-378

¹⁵⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Finanças Públicas e Orçamento*. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1998, n° 211, pp. 281-299.

*administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que (...) foi constitucionalmente fixada*¹⁵⁶

Discordamos, portanto, da doutrina de Ricardo Lobo Torres, ao defender que os direitos sociais se encontram no liame *daquelas “normas programáticas ou policy, sendo necessariamente sujeito a interpositio legislatoris, notadamente na via do orçamento público*¹⁵⁷

Entendemos assim, que, conforme ensinamento de Alexy¹⁵⁸, a competência orçamentária do legislador não é ilimitada.

Exemplo claro disso em nosso ordenamento, podemos encontrar através da comparação das normas constitucionais sobre o orçamento público no atual e no antigo sistemas constitucionais, especialmente as normas relativas à não-afetação das receitas públicas em um e outro sistema.

É que o modelo constitucional anterior ao atual texto, havia consagrado o princípio da não-afetação das receitas públicas de forma explícita, prevendo assim um largo campo de destinação das receitas e conformação dos gastos públicos¹⁵⁹.

Em clara oposição ao modelo anteriormente previsto, a Constituição de 1988 previu modalidade de receitas vinculadas à prestação de serviços públicos,

¹⁵⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação civil pública – Gizamento constitucional*. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 498.

¹⁵⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 280.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 405.

¹⁵⁹ É o que se depreende da redação do art. 62, § 2º da constituição de 1967.

dentre as quais interessa-nos a vinculação de receitas à concretização de direitos sociais. É que como bem observou Ricardo Lobo Torres, “do ponto de vista tributário os direitos sociais e econômicos dão origem às contribuições sociais e econômicas, ingressos destinados ao financiamento da intervenção do Estado no campo social e econômico.”¹⁶⁰

No mesmo sentido a lição de Fernando Scaff, segundo a qual:

*“no âmbito da CF/anterior o princípio da não-afetação alcançava a todos os tributos, respeitadas as exceções mencionadas, ou seja, havia maior liberdade de conformação do legislador, que dispunha de (quase) tudo que era arrecadado para elaborar o orçamento anual. A partir da CF/88 apenas a receita dos impostos passou a ser considerada como não-vinculada, sendo que a dos demais tributos (...) necessariamente deverá estar vinculada à causa de sua criação.”*¹⁶¹

Nestes termos, sendo as contribuições instituídas em virtude de um determinado gasto, tendo finalidade determinada portanto, podemos afirmar que um eventual desvio dessa finalidade, ou da destinação do produto da sua arrecadação implica em violação da função constitucional do tributo, tornando ilegítima a sua cobrança.

Dessa forma, parece-nos claro que a mudança de opção do constituinte não pode ser ignorada e a inobservância desse princípio poderá ser objeto de controle de constitucionalidade por parte do poder judiciário.

Nesse sentido importante ainda frisar que como consequência desse nosso entendimento, toda medida tendente a reduzir os recursos vinculados

¹⁶⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, volume V: O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, V. 5, p. 154

¹⁶¹ SCAFF, Fernando Facury. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições*. In: LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**.t.3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, pp. 687-718.

constitucionalmente às ações de concretização de direitos sociais, caracterizam-se como inconstitucionais por violação ao princípio da afetação do produto da arrecadação dos tributos vinculados.¹⁶²

Outra evidência da vinculação da atividade orçamentária é a concernente à aplicação do percentual mínimo do produto da arrecadação (receita corrente líquida) nas ações e serviços básicos de saúde e educação. Também aqui não há liberdade de conformação do legislador na formulação do orçamento, ou quando muito apenas distribuirá o percentual constitucionalmente estabelecido entre as diversas ações e serviços de saúde e educação. E nesse contexto, parece-nos razoável admitir que o controle da adequação dos diversos instrumentos legais de planejamento orçamentários às normas constitucionais que regulam a atividade orçamentária do legislador possa ser efetivado através da atuação do poder judiciário.

Contudo, esse não tem sido o entendimento dominante na nossa jurisprudência¹⁶³ e mesmo na doutrina. Assim, entendo conforme lição de Scaff¹⁶⁴, que o STF precisa reavaliar o posicionamento acerca dessa matéria para reconhecer a exigência de vinculação da receita das contribuições sociais às

¹⁶² Cf. Sobre o tema esclarecedor artigo da lavra de SCAFF, Fernando Facury. *Direitos Humanos e a desvinculação das receitas da União – DRU*. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 236, abr/jun. 2004, pp. 33-50. Em que o autor defende a inconstitucionalidade (com que concordamos) da EC n.º 01 de revisão, 10, 17 e 42, essa última prorrogou a desvinculação de receitas, inclusive a obtida com a arrecadação de tributos vinculados, para livre disposição do executivo.

¹⁶³ O posicionamento dominante na jurisprudência não admite o controle judicial da atividade orçamentária do legislador. Nesse sentido assim se posiciona a jurisprudência: "O STF tem dado por inadmissível a ação direta contra disposições insertas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, porque reputadas normas individuais ou de efeitos concretos, que se esgotam com a propositura e a votação do orçamento fiscal (v.g., ADI 2.100, Jobim, DJ 01/06/01)." (ADI 2.535-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21/11/03)

¹⁶⁴ A respeito cf. SCAFF, Fernando Facury. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições*. In: LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. t.3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, pp. 687-718.

despesas que ensejaram a sua criação, adequando assim a liberdade de conformação do legislador.

Conclusão.

Um Estado forte, intervencionista e “promovedor”, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito, recupera a sua especificidade, devendo ser, hoje, um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas. É um instrumento de emancipação.

O papel desempenhado pelo Poder Judiciário nessa luta e nesse contexto não pode ficar adstrito à inércia, aguardando a atuação dos demais órgãos de soberania do estado e na sua conformidade.

Concluimos considerando que a Constituição não é somente o documento para organizar o Estado, mas, sim, a própria expressão do consenso social acerca dos patamares mínimos de igualdade e convivência entre os indivíduos, transformando-se em espaço de mediação ético política da sociedade.

Nesse contexto, claro que há direitos sociais cujas normas de consagração produzem imediatamente e outros que dependem, em maior ou menor grau, depende de atuação legislativa. De sorte que, excluir a possibilidade de concretização dos direitos sociais através de uma atuação mais propositiva do Poder Judiciário teria como conseqüência o esvaziamento dos direitos reconhecidos na constituição.

Assim defendemos que a natureza da norma constitucional consagrada de direitos sociais condiciona a natureza da atuação do poder judiciário na concretização de tais direitos.

Dessa forma, haverá a possibilidade de atuação do poder judiciário, quer através do controle concentrado, quer através do controle difuso, na concretização de direitos sociais.

Os direitos sociais de defesa (direitos sociais negativos ou liberdades sociais), por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários e na medida em que se dirigem a um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental, não dependem, em regra, da realização de prestações fáticas ou normativas por parte do destinatário. Desta forma, as normas que os consagram receberam do Constituinte, de modo geral, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa. Justamente na ausência da necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegura-se a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade integral em Juízo. A atuação do poder judiciário nessa esfera se dará no campo da Jurisdição Constitucional das liberdades.

Na esfera dos direitos sociais de cunho prestacional, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional. O que por sua vez se concretizará através de instrumentos de

Jurisdição Constitucional tendentes ao Controle da Constitucionalidade da ação ou omissão do Estado.

Por fim, verificamos ainda que também nesse último campo de atuação da Jurisdição Constitucional estão as situações decorrentes das chamadas normas programáticas consagradoras de direitos sociais, normas que consagram políticas públicas de direitos sociais.

Vimos assim que princípio da separação de poderes como regra instrumental de contenção do arbítrio não impede, antes exige, a atuação do poder judiciário para reprimir as omissões arbitrárias no que tange ao cumprimento de um dever de agir imposto pelo texto constitucional.

Por fim, e consubstanciados na idéia de vinculação dos poderes públicos às normas constitucionais e na sobrevivência da idéia de Dirigismo Constitucional, defendemos a necessidade de reconhecimento controle de constitucionalidade da atuação orçamentária do legislador, mormente aquela referente à observância de parâmetros constitucionalmente estabelecidos para o financiamento de ações voltadas para a concretização dos direitos sociais.

Assim o nosso estudo enfrentou as questões relativas ao controle judicial das políticas públicas e dos orçamentos estatais para demonstrar que no modelo constitucional adotado pelo texto constitucional de 1988 há espaço para uma atuação mais criativa do poder judiciário no exercício de controle da atuação política dos demais órgãos do estado na realização das tarefas impostas pela constituição.

Referências

1. Livros:

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: perspectiva, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: UNB, 1997, pp. 231 e ss.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Direigente e Vinculação do Legislador**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ Jr. Tercio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Max Limonad, 1998

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas – a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto** .3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander. *Ao Povo do Estado de New York*. In: **O Federalista**, n.º 78. Trad. Ricardo Rodrigues Gomes. Campinas: Russell, 2003.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. México: FONDO, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas. **Direitos Sociais e controle Judicial e na Alemanha. Os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre, Fabris, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2.ed., São Paulo: IBDC / Celso Bastos. 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, t. II. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

PEREIRA E SILVA, Reinaldo. **O mercado de Trabalho humano**. São Paulo, LTr, 1998.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação de Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2.ed., rev., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-providência**. Goiânia, editora UnB, 1997.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987

SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la constitución y jurisdicción constitucional**. Madrid, Tecnos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza, et all. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português**. Coimbra: CES/CEJ/Afrontamento, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Ed Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **O orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder popular (estudos sobre a constituição)**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOURDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da Separação de poderes e os novos movimentos sociais** (A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização). Coimbra: Almedina, 1995.

SOUZA, Sérgio Fernandes de. **O papel da ideologia no preenchimento das lacunas no direito**. São Paulo: RT, 1993

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário, volume V: O orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, V. 5.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta. 2003.

2. Artigos de Revista:

ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos*. **Anuário do Mestrado em Direito da UFPE**, n.5., 1992, p. 220

BERCOVICI, Gilberto. *A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 142 abr./jun. 1999, pp. 35-51.

BERCOVICI, Gilberto. *Separação de Poderes no estado federal norte-americano*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 38, n. 150 abr./jun. 2001 – disponível na internet: www.senado.gov.br/ril.

CANOTILHO, J. J. Gomes *“Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”*. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. n. 15.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Metodologia “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades*: **Revista del Instituto Bartolomé de las Casas**, a. III, n. 6. Madrid: Universidad Carlos III / Boletín Oficial del Estado, feb. 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *“Apuntes para una fenomenologia de la justicia en el siglo XX”*, **Revista de Processo**. RT, S. Paulo, 71/97.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: **Revista de Informação Legislativa**. a. 35, n. 138, abr/jun. 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A constituição brasileira e as normas programáticas*. In: **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 4. Rio de Janeiro: IBDC/Forense, 1985, p. 40-43.

SCAFF, Fernando Facury. *Direitos Humanos e a desvinculação das receitas da União – DRU*. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 236, abr/jun. 2004, pp. 33-50

VIANNA, Luiz Werneck. *Poder Judiciário. Positivização do Direito Natural e Política*. In: **Estudos Históricos**, v. 9, n. 18.

3. Capítulos de livro:

CANOTILHO, J.J. Gomes. A Lei do orçamento na Teoria da Lei, in: **Estudos em homenagem ao prof. Doutor J.J. Teixeira Ribeiro**, Vol. II. Coimbra: Coimbra, 1979.

CLÈVE, Clemerson Merlim. O problema da legitimação do poder judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: **Democracia e Justiça – o poder judiciário na construção do Estado de Direitos (Anais)**. Porto Alegre: TJERS, 1998.

DANTAS, Ivo. Jurisdição Constitucional e a promoção dos direitos sociais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 435 – 450.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11.

FARIA, José Eduardo. Transformações do judiciário. In: FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 52-67

FEITOSA, Raymundo Juliano. O “fetichismo” como limite às possibilidades de concretização da Constituição de 1988. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 241-258.**

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – lei 7.347/1985 – 15 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **A constituição concretizada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e direitos Sociais: o dilema do Judiciário no Estado de Direito. FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1998

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação civil pública – lei 7.247/1985 – 15 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

MELO, Manuel Palácios Cunha. *A suprema corte dos EUA e a judicialização da política: notas sobre um itinerário difícil.* In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil.** Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 63-89.

MIRANDA, Jorge. *Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais.* In: **Estudos jurídicos e econômicos em homenagem ao professor João Lumbrales.** Coimbra: Coimbra, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. *Para além dos direitos fundamentais do contribuinte: o STF e a vinculação das contribuições.* In: LEAL, Rogério Gesta. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.** t.3. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, pp. 687-718.

STRECK, Lenio. *O controle externo, súmulas vinculantes e reforma do judiciário como condição da democracia*. In: **Democracia e Justiça** – o poder judiciário na construção do Estado de Direitos (Anais). Porto Alegre: TJERS, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos Direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

4. Internet.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. In: Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. ° 4, Out/nov/dez 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 de outubro de 2005

STRECK, Lenio. Constituição ou barbárie? – A Lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de direito. Disponível na internet: site do Instituto de Hermenêutica Jurídica, <http://www.ihj.org.br/artigos/professores/lenio.pdf> [20.09.2003].

STRECK, Lenio. Teoria da Constituição e estado democrático de direito; ainda é possível falar em constituição dirigente? Disponível em <http://www.leniostreck.com.br>. consulta em 29/05/2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O STF e a Constituição. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>