

## FUNÇÃO E CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

José Ângelo Ribeiro Moreira<sup>1</sup>  
Márcio Gil Tostes dos Santos<sup>2</sup>

### RESUMO

O Constitucionalismo Contemporâneo dá origem, através de Constituições normativas, ao Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é transformar a realidade fática à luz das normas constitucionais, superando assim a inapetência estatal vivenciada nos modelos anteriores. Dada a normatividade constitucional há o engrandecimento do *judicial review* que passa através de suas decisões a efetivar a Lei Maior independentemente da atuação dos demais poderes. Todavia o papel transformador é do Estado, conseqüentemente é inerente aos seus três poderes, e não apenas ao judiciário, a normatividade constitucional exige atuação de todos eles na empreitada de transformar o “ser social” no “dever ser constitucional”. Nesta conjuntura existe um dever-poder constitucional do Governo de enunciar políticas públicas para efetivar direitos sociais de forma geral e objetiva, contemplando de forma isonômica o acesso a tais direitos. A omissão do Poder Executivo a este mandamento configura-se como inconstitucionalidade a exigir atuação do *judicial review*, entretanto esta não deve se dar em caráter substitutivo, seja com decisões tópicas ou generalizantes, mas sim indutora, exigindo do Governo o cumprimento da constitucional exigência de enunciar as políticas públicas.

### PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalismo Contemporâneo; Estado Democrático de Direito; Controle Jurisdicional; Políticas Públicas.

### ABSTRACT

Contemporary constitutionalism originates, by means of normative constitutions, the democratic rule-of-law state, whose aim is to change reality under the light of constitutional norms, overcoming the ineptitude of the state when implementing previous models. Due to the constitutional normativity, there is a growth of the *judicial review* which, by means of its decisions, implements the Constitution regardless of how the other branches act. Nonetheless, the changing role belongs to the State. Consequently, it permeates the three branches of government, not only the judicial one. Constitutional normativity demands actions from all of them in this search to transform the “being social” into “must be constitutional”. In this conjuncture, there is a constitutional governmental duty-power of state public policies clearly to implement social rights in a general e objective way, contemplating, in an isonomic way, the access to those rights. The executive branch's omission to this in unconstitutional and demands the action of a *judicial review*. However, this should not be

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Prof. Associado da universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Diretor Acadêmico do Instituto Três Rios/UFRRJ. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela UNINCOR-MG. Professor da Pós-Graduação em Direito Público da PUC-MG Professor do Centro Universitário Estácio de Sá-JF. Advogado.

substitutive, be it in topic or generalizing decisions, but inductively, demanding from the government the compliance with the constitutional demand to implement public policies.

### **KEY-WORDS**

contemporary constitutionalism; democratic rule-of-law state; jurisdictional control; public policies.

## **1. INTRODUÇÃO**

O constitucionalismo contemporâneo, cujo marco teórico é o pós-positivismo, rematerializou as Constituições oriundas do pós-segunda guerra nelas inserindo a Dignidade da Pessoa Humana e extenso rol de Direitos Fundamentais. Ponto fulcral foi o reconhecimento da normatividade das Constituições, características que alargam o *judicial review*, e coloca o Judiciário em posição de destaque dentre os demais poderes do Estado agora Democrático de Direito, tendo como uma das consequências a judicialização da política.

Embora estas mudanças tenham ocorrido na Europa a partir do início da segunda metade do século XX apenas com a Constituição de 1988 seus efeitos se fazem sentir no Brasil, sendo que aqui a judicialização da política enquanto possibilidade institucional apresenta-se como opção do constituinte no sentido de prevenção ao histórico de inefetividade constitucional brasileiro.

Dadas suas novas características, o Estado Democrático de Direito é considerado transformador, objetiva modificar a realidade à luz dos ditames constitucionais, por exemplo, pela efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Sendo do Estado o objetivo transformador, embora a posição de destaque incumba ao Judiciário, não se pode deixar de reconhecer aos demais poderes seus espaços constitucionalmente delimitados para procederem aos atos de efetivação constitucional.

Conforme será visto, existe um poder-dever constitucional que exige do Estado-Administração a obrigação de efetivar a Constituição cujo instrumento para este desiderato é a enunciação de políticas públicas. Sendo uma determinação constitucional, o Poder Judiciário deve zelar pela sua realização, mas ao mesmo tempo, sob pena de invadir a competência de outro(s) poder(es), não deve realizá-la diretamente, mas sim funcionar como indutor desta enunciação.

## **2. CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Em perspectiva histórico-evolutiva o constitucionalismo moderno conheceu três momentos, o liberal, o social e o contemporâneo. Cada uma destas configurações foi deflagrada pelo período histórico antecedente objetivando superá-lo, seja pela eliminação ou aperfeiçoamento de elementos àquele inerente<sup>3</sup>. Desta feita, o Constitucionalismo contemporâneo ao originar o Estado Democrático de Direito objetiva a superação e aperfeiçoamento do Estado Social de Direito, fruto do constitucionalismo social, assim como este, por sua vez, procedeu em relação ao Estado de Direito oriundo do constitucionalismo liberal que, por fim, adveio como resposta derogatória ao Estado absolutista.

### **2.1- Positivismo e os Constitucionalismos Liberal e Social**

Marco histórico do constitucionalismo Liberal é a concepção das Constituições Liberais dos Estados Unidos da América de 1787, ainda vigente, e da França de 1791; já o constitucionalismo social tem como marco as Constituições Mexicana de 1917<sup>4</sup>, da Rússia de 1918 e de Weimar de 1919.

Ressalte-se que o positivismo é o marco teórico filosófico destas fases do constitucionalismo caracterizado pelo não reconhecimento das Constituições como normas jurídicas mas sim documentos políticos organizadores do Estado e que orientavam, sem vinculação, a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em promover a concretização constitucional. Isto fica claro no sistema de supra-infra-ordenação proposto por Kelsen pelo qual a norma superior a Constituição regula a forma de produção da inferiores, como as leis ordinárias. Observe que para o mestre de Viena a determinação constitucional sobre as leis é

---

3 Exemplificando: o constitucionalismo liberal, antítese do absolutismo, deste mantém a concepção de soberania, mas agora sedimentada na Constituição e não em um Rei, além de instituir separação orgânica dos poderes e a os Direitos fundamentais de primeira geração. Já o Constitucionalismo Social é deflagrado pelas mazelas causadas pelo Estado liberal, mas dele mantém a separação dos Poderes, os Direitos Fundamentais de primeira geração aos quais agrega os de segunda, além da autorização de intervenção estatal.

4 A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas à qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.

enfática no aspecto formal, ou seja, abrange competência e procedimento de elaboração das mesmas, mas sem determinação incisiva sobre conteúdo no qual haveria ampla margem de escolha do legislador. Esta posição fica clara quando Kelsen diferencia a função de legislador negativo da jurisdição constitucional da do poder legislativo, aduz ele que o “legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento –e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais”<sup>5</sup>.

Kelsen<sup>6</sup> entende que princípios morais e políticos podem influenciar o legislador na criação da norma geral ou ao juiz quando da decisão judicial, todavia isto não quer dizer que eles integrem ou passem a fazer parte do Ordenamento Jurídico. Assim, para Kelsen há separação entre Direito e Moral que por sua vez é condição de possibilidade para que o Direito, geral ou individual, seja influenciado por morais e convicções políticas particulares do agente, o que significa discricionariedade tanto do legislador quanto do julgador ao “escolher” qual moral lhe influenciará. Vez que, de acordo com próprio Kelsen<sup>7</sup> em toda norma existe uma margem de indeterminação permissionária desta pluralidade de significados, fazendo com que a norma possa ser tida como uma moldura continente de diversas possibilidades de aplicação.

Por isso “os Direitos Fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos”<sup>8</sup>, enfim, a sua efetivação seria realizada quando, como e da forma que melhor aprovesse aos Poderes Legislativo e Executivo, isto se fosse. Neste cenário era impossível ao Judiciário exigir dos demais Poderes emanção de atos concretizantes e, muito menos, efetivar diretamente o mandamento constitucional, a ele somente era possível aplicar normas jurídicas, que naquele momento positivista era sinônimo de regras e estavam contidas em leis, é império da lei.

## 2.2 - Constitucionalismo Contemporâneo e Pós-Positivismo

---

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>8</sup> SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In Daniel Sarmento (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-147, p. 116

O Constitucionalismo Contemporâneo<sup>9</sup> origina o Estado Democrático de Direito que emergiu na Europa após o segundo pós-guerra cuja principal referência é a Constituição Alemã de 1949 - Lei Fundamental de Bonn – seguida da Constituição italiana de 1947, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978. Posteriormente, com especificidades próprias, produziu efeitos em países em desenvolvimento, como no Brasil, com a Constituição de 1988, Colômbia, Argentina, México e África do Sul.

O constitucionalismo contemporâneo herda e aperfeiçoa elementos dos modelos antecedentes, do Social cita-se: garantia de um mínimo de bem-estar, através da instituição do welfare state<sup>10</sup>; intervencionismo nos domínios econômico, social e laboral; produção e distribuição de bens; Direitos Fundamentais de cunho social, cultural e econômico, informados pelo valor igualdade material; criação das garantias Institucionais<sup>11</sup>.

Entretanto um dos signos distintivos do Constitucionalismo Contemporâneo, aquilo que lhe fornece uma nova formatação formal e substancial, é ter como marco teórico-filosófico o pós-positivismo, movimento responsável por superar o positivismo jurídico. Neste novo contexto as Constituições foram reformatadas e rematerializadas com o reconhecimento de sua normatividade<sup>12</sup>, inclusive os princípios nela carreados, passando a mesma ser documento jurídico-político, além da constitucionalização da Dignidade Humana acompanhada do alargamento e aprofundamento do rol de Direitos Fundamentais para protegê-la e promovê-la. Esta novel realidade constitucional demanda uma nova hermenêutica adequada aos desígnios transformadores do Estado Democrático de Direito.

A origem desta nova ordem é a percepção após a segunda guerra mundial da necessidade de (re)introduzir valores morais no Direito, entretanto de forma distinta da admitida por Kelsen<sup>13</sup> conforme linhas acima, mas sim de maneira indisponível, vinculante,

---

9 Vide as considerações e motivo pela opção em adotar o termo Constitucionalismo Contemporâneo em detrimento de Neoconstitucionalismo em STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35 e ss.

10 Sobre Welfare state veja: As três economias políticas do welfare state, disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451991000200006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451991000200006&script=sci_arttext).

11 Dada a percepção de que não bastava apenas a proteção direta os indivíduos, era necessário proteger certas instituições para que aqueles fossem indiretamente protegidos. O constituinte de 1988 se vale deste instrumento em relação ao Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e etc. para fomentar a efetividade constitucional pela via judicial, conforme considerações abaixo.

<sup>12</sup> O reconhecimento da força normativa da Constituição tem como um dos expoentes HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991 que ao rebater, em 1959, LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica-Ed líder, 2002

<sup>13</sup> KELSEN, Hans.1998. op. cit.

não alcançável, insubstituível seja pela ideologia política dominante, pelo legislador ou julgador, ficando fora inclusive das deliberações de maiorias eventuais, ou seja, dotando Direito de autonomia, impedindo que o mesmo seja solapado por teses políticas, morais e outras à disposição do sujeito solipista.

Com o pós-positivismo há a construção de uma nova teoria das fontes, porque o Direito do Estado Democrático é transformador da realidade social, é dotado de “prospectividade, isto é, o direito não vem à reboque dos ‘fatos sociais’”<sup>14</sup>. Em outras palavras, no Constitucionalismo Contemporâneo o direito não é posterior e originário dos fatos sociais, é o inverso, ele antecede às mudanças, a reestruturação social porque as impõe através de Constituições normativas.

Faz parte desta reengenharia das fontes a Constituição se tornar, ela mesma, fonte direta e imediata do Direito, podendo ser aplicada sem *interpositio legislatoris* inclusive nas relações entre particulares na denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Diante desta nova conjuntura é inviável entender a Constituição como *norma normarum*.

Neste novo paradigma constitucional o Direito dotado de autonomia é alçado a elemento de transformação social e não podendo sua efetividade ficar a mercê de ideologias dos sistemas econômicos, políticos, morais, entre outros, usadas para impedi-lo, frustrá-lo ou “corrigi-lo” no cumprimento de seu desiderato transformador. Esta autonomia é conquistada no pós-positivismo mediante a incorporação daqueles sistemas no próprio Direito, tornando-os parte deste na forma de princípios.

Se a moral fora colocada ‘para fora’ do direito, os fracassos do modelo formaburguês e dos modelos que o sucederam exigiram que fossem incluídos no direito os componentes que não o deixassem indiferente às injustiças sociais, aos golpes, aos desmandos e às desumanidades. Mas, de que modo fazer isso? Deixar a cargo dos juízes que, agora sem a limitação formal-burguês-liberal que os “transformava” em a “a boca da lei”, passariam a introduzir juízos morais em suas decisões? Passariam, assim a corrigir os defeitos e/ou insuficiências da lei? Mas, antes disso, não era o direito que deveria mudar?<sup>15</sup>

Perceba que com esta institucionalização da moral pelo direito, além de superar dicotomia positivista que estabelecia a dependência ou a vinculação entre os dois, promove mudança na teoria das normas, pois os princípios constitucionais passam a deter normatividade. Razão pela qual os novos princípios constitucionais não são meros sucessores

<sup>14</sup> STRECK, Lenio Luiz. Pós-fácio à obra “Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico”, de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Landy, 2010. p. 30

<sup>15</sup> Ibid. p. 32-33

diretos dos antigos princípios gerias do direito, “válvulas de escape”<sup>16</sup> do positivismo, não são aqueles agora positivados nas Constituições. “É nesse contexto que os princípios ingressam no direito neoconstitucional. No seu âmago, introduzem no direito as virtudes republicanas, a igualdade, os direitos fundamentais, as promessas de vida boa, a liberdade....!”<sup>17</sup>

Ora, se fazem parte do Direito não há vazão temática, não há a “moldura normativa”<sup>18</sup> ou “Zona de penumbra”<sup>19</sup> a ser preenchida discricionariamente, portanto não se admite ao Judiciário corrigir ou preencher<sup>20</sup> o Direito mediante o uso duma moral particular, de convicções ou elementos políticos e econômicos<sup>21</sup> pessoais e exógenos à Constituição.

No momento em que a discussão sobre ativismo judicial está na ordem do dia é importante frisar que a inadmissibilidade da discricionariedade é para todos os Poderes do Estado Democrático de Direito, pois atuação deste e conseqüentemente de seus órgãos está vinculada, deve atuar dentro das balizas constitucionais promovendo a efetivação transformadora trazida pela Estado Democrático de Direito. Nesta linha o Poder Legislativo somente emanará atos válidos e legítimos se acordes com sua fonte, a Constituição, por isto o Direito infraconstitucional no ato de sua elaboração recebe a carga de conteúdo moral, motivo pelo qual democraticamente criado impassível de correção por convicções pessoais do órgão jurisdicional<sup>22</sup>. O mesmo se diga do Poder Executivo, detentor do dever jurídico-normativo-constitucional, por isto não mera faculdade, de enunciar políticas públicas de conteúdo finalisticamente orientado para promover a transformação social, nas palavras de Valle introduz-se, portanto, o “elemento finalístico como vertente constitucionalmente determinada ao agir da Administração”<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 14a ed. São Paulo: Malheiros: 2004

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. 2010. op. cit.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. 1998. op. cit.

<sup>19</sup> HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

<sup>20</sup> Neste sentido, veja a interpretação das normas alemãs pelos valores do partido nazista conforme narrado acima

<sup>21</sup> Na ADI 3105 que julgou a constitucionalidade emenda constitucional 41.

<sup>22</sup> Exemplo grotesco, mas elucidativo é a decisão do Juiz Edilson Rodrigues, da comarca de Sete Lagoas-MG, que em sentenças se recusou a aplicar a Lei Maria da Penha segundo convicções nitidamente pessoais e discriminatórias da mulher e que não se coadunam com a Constituição. Dentre as afirmações do magistrado estão a de que “desgraças humanas começaram por causa da mulher” e que o “mundo é masculino” e que “A vingar esse conjunto de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras, porque sem pais; o homem subjugado.” Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-15/cnj-investiga-juiz-chamou-lei-maria-penha-mostrengo>

<sup>23</sup> VALLE, Vanice Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2009, p. 89

Enquanto o Estado Liberal objetivava abstenção, o Social a intervenção, o Democrático, fulcrado na Dignidade Humana e nos Direitos fundamentais que dela irradiam tem como objetivo a transformação social empreendida a partir de normas jurídicas, as constitucionais, logo este modelo de Estado tem no Direito instrumento para efetivar as promessas da modernidade não materializadas no Estado Social<sup>24</sup>.

A normatividade da Constituição tem como decorrência lógica ou, por outro ângulo, se faz possível pela ampliação e generalização do judicial review, o que inclui a possibilidade do Poder Judiciário concretizá-la diretamente e independente da existência de lei regulamentadora ou conformadora inclusive os direitos sociais.

Assim, como no Estado de Direito o papel de protagonista coube ao Legislativo, afinal a ele cabia criar as leis conformadoras duma Constituição política, e no Estado Social de Direito o protagonismo coube ao Poder Executivo, porque dele era a função de proceder as intervenções e a efetivação dos direitos prestacionais materiais, no Estado Democrático de Direito tem como protagonista o Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

Diante desta nova realidade não raro há uma tensão entre os Poderes eleitos pelas maiorias – Executivo e Legislativo - e o Judiciário, situação agravada diante de “decisões do Poder Judiciário consideradas ‘invasoras de subsistemas’ ou epitetadas como típicas decisões que ‘judicializam a política’, como é o caso (...) de inclusão/criação de vagas na escola pública, fornecimento de remédios (...)”<sup>25</sup>

### **2.3 Constitucionalismo Contemporâneo no Brasil**

No Brasil a Constituição da República de 1988 (re)funda o Estado brasileiro e o consagra como Democrático de Direito tendo a Dignidade da Pessoa Humana como um de seus fundamentos, cuja proteção e promoção está assentada num extenso rol de direitos fundamentais, sistematizado em seu título II, o qual não é taxativo nos termos do §2º do art. 5º. “Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. In Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249, p. 206



Embora a judicialização seja decorrência das constituições normativas, no Brasil foi robustecida por opção do próprio agente do poder constituinte de 1986/88 como opção à histórica leniência dos poderes políticos no Brasil, conforme denota Vianna<sup>27</sup>.

Por não haver a atual Lei Maior decorrido dum movimento revolucionário vitorioso, como os presenciados em 2011 na chamada primavera árabe, mas sim oriunda de uma transição negociada com o regime militar para a democracia, guardando, portanto, maior semelhança com transição ocorrida na África do Sul<sup>28</sup> em 1994, foi cunhada por um congresso constituinte composto tanto de “representantes” do conservadorismo e do progressismo.

Iniciado os trabalhos do constituinte, nada obstante o maior número de parlamentares eleitos nas eleições de 1986 tenham sido de partidos de oposição ao antigo regime, sem o expurgo revolucionário do passado conviveram no congresso constituinte o novo e o velho, a aspiração por mudança no contexto fático-social e o desejo de manutenção do status quo. Consequentemente “o cenário da transição se transfere para o seu interior, sempre sob o registro da negociação, importando limites, como exemplarmente na questão agrária, para inovações de alcance social.”<sup>29</sup>

Diante de tal quadro os progressistas adotaram como estratégia inserir no texto constitucional uma ampla declaração de direitos fundamentais; rol este que para os conservadores não passaria de normas meramente programáticas, entretanto tal inserção foi procedida pelos progressistas com os olhos voltados para o presente, naquele momento as Constituições normativas, dirigentes e compromissórias da Europa, modelo constitucional almejado para o futuro Brasil.

Como a história constitucional brasileira fundamentava as sérias desconfianças sobre os poderes de representação política na tarefa de regulamentar e efetivar o texto constitucional, em especial os Direitos Fundamentais, e, de certa forma, na capacidade do Poder Judiciário adotar o novo paradigma constitucional, era preciso conceber meios que oportunizassem àqueles direitos sua confirmação fática.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> VIANNA, Luiz Werneck. *O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <http://blog.estudoshumanos.com/wp-content/uploads/2008/12/artigo-werneck-vianna.pdf>. Acesso em: 15 set. 2011.

<sup>28</sup> Sobre transitional constitucionalismo Sabine Michalowski e Sandra Fredman em : <http://podcasts.ox.ac.uk/people/sabine-michalowski>

<sup>29</sup> VIANNA, Luiz Werneck. Op. cit. p.2

<sup>30</sup> Ibid.

Para tal as garantias dos membros do Poder Judiciário são fortalecidas e promove-se o fortalecimento e independência de instituições do próprio Estado, como o Ministério Público e Defensoria Pública. Soma-se a isso a previsão de remédios constitucionais como mandado de injunção; o alargamento do rol de legitimados ativos nas ações do controle concentrado da constitucionalidade, com especial destaque para Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Constituição visa, pois, o futuro e se empenha programaticamente, ao definir os direitos sociais, no terreno das políticas públicas. A jurisdicização desses direitos vincula o legislador ordinário aos seus comandos, cabendo à sociedade provocar o Judiciário, mediante novos institutos criados pela Constituição, no sentido de garantir a sua aplicabilidade. Nesse preciso sentido, a **judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte**.<sup>31</sup>

Nada obstante o destacado papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, é importante afirmar que o objetivo de transformação social é do Estado, da República Federativa do Brasil como diz o art. 3º da CRFB/88, conclusivamente trata-se de tarefa atinente a todos os Poderes do Estado. Significa que a estes deve ser reconhecido e assegurado o espaço necessário para o desempenho de suas funções teleologicamente orientadas para efetivação dos objetivos constitucionais, o que não se admite é a omissão ou atos estatais não congruentes com estes fins.

Streck corrobora esta asserção ao aduzir que Estado Democrático de Direito consagra o princípio da Democracia Econômica, social e cultural, mediante os seguintes pressupostos deontológicos (grifo nosso):

a) Constitui uma **imposição constitucional dirigida aos órgãos de direção política e da administração para que desenvolvam atividades econômicas conformadoras e transformadoras** no domínio econômico, social e cultural, de modo a evoluir-se para uma sociedade democrática cada vez mais conforme aos objetivos da democracia social.) representa uma **autorização constitucional para que o legislador e os demais órgãos adotem medidas que visem a alcançar, sob a ótica da justiça constitucional**, nas vestes de uma justiça social.<sup>32</sup>

Dessarte, o exercício da jurisdição constitucional não pode desconhecer a existência da parcela reservada aos demais Poderes na efetivação constitucional, o que também é mandamento da Lei Maior, afinal “a Constituição deseja é que os Poderes por ela instituídos

---

<sup>31</sup> Ibid. p. 10

<sup>32</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21

desenvolvam ordinária e satisfatoriamente as suas funções – e nesses termos, o controle judicial é algo que se apresenta como alternativa secundária”<sup>33</sup>.

Nestas circunstâncias uma das tarefas do *judicial review* reconduzir atuação formal e, principalmente, material do Executivo e o Legislativo para exercerem suas atribuições finalisticamente orientados à realização constitucional, e em casos específicos, atuar em substituição direta àqueles em sua missão.

Dentro da perspectiva do objeto do trabalho, conforme será aprofundado mais adiante, no que tange aos Direitos Fundamentais Sociais é poder-dever constitucional da Administração a enunciação de políticas públicas para efetivá-los, cabendo à jurisdição constitucional exigir tal enunciação, bem como controlar as enunciadas no intuito de materializar dois mandamentos constitucionais, quais sejam, atuação substancial do Estado-Administração e efetivação de Direitos Fundamentais Sociais.

### **3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Os Direitos Fundamentais possuem origem histórica, mas não surgiram todos de uma só vez, na realidade houve e há uma evolução de tais direitos, porque os mesmos decorrem dos anseios da humanidade manifestados diante de realidades distintas surgidas em períodos diversos no decorrer da história humana. Por isto, a doutrina classifica os Direitos Fundamentais em Gerações ou Dimensões, denotando a origem das diversas espécies e sua consequente evolução.<sup>34</sup>

Os Direitos Fundamentais de segunda dimensão são os sociais, econômicos e culturais cujo valor por eles materializado é Igualdade material. Estes direitos compõem o Constitucionalismo Social, representado pela luta do proletariado diante das desigualdades sociais geradas pelo individualismo exacerbado promovido sob a égide do Estado Liberal. Relembre que tais Direitos chegam ao Constitucionalismo Contemporâneo não como meras normas programáticas, mas sim como normas jurídicas de eficácia plena e vinculante.

Conforme Bucci<sup>35</sup> os direitos da segunda dimensão em diante são direitos-meio cuja função é assegurar ao ser humano condições de gozar dos direitos de primeira geração. São direitos que dependem de condutas ativas do Estado, são direitos prestacionais cuja

---

<sup>33</sup> VALLE, Vanice Lírio do. op. cit. p.85

<sup>34</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit.

<sup>35</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari et all. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001.

materialização depende de prestações jurídicas, como o Direito do Trabalho, e prestações materiais de bens ou serviços, a exemplo dos direitos à saúde, educação e de repasse de renda como o " bolsa família". Observe que estes últimos dependem da contratação de servidores, construção de prédios, aquisição de material, situação que demanda alto dispêndio de recursos público e por isso a extensão de sua efetividade fica dependente da disponibilidade financeira.

É conhecida afirmativa segundo a qual enquanto a primeira dimensão se efetiva com condutas omissivas, na segunda geração são materializados por ações estatais. Esta assertiva é acompanhada de outra, a de que enquanto os Direitos de primeira dimensão demandam baixo gastos públicos e os de segunda precisam de alto dispêndio de recursos públicos o que condiciona sua efetividade à disponibilidade financeira. O fato é que independente da dimensão há Direitos Fundamentais realizáveis por conduta omissiva e outros por ativa<sup>36</sup> e nesta última hipótese a viabilização sempre demandará o dispêndio de recursos públicos<sup>37</sup>, por exemplo, as eleições decorrem de ação estatal, cujo consumo de recursos públicos é alto, e visa efetivar o exercício de direitos políticos inerentes à primeira geração.

Toda atividade estatal demanda recursos públicos que por sua vez são limitados e sendo esta uma limitação fática e não jurídica é necessário otimizar e escolher os investimentos públicos, não de forma aleatória, mas sim priorizando as opções constitucionais<sup>38</sup>. Em outras palavras, no Estado Democrático de Direito os Poderes de representação política estão constitucionalmente vinculados a proceder à efetivação daqueles direitos de forma coletiva e objetiva.

Entretanto, a normatividade da Constituição, reforçada pela previsão expressa de aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais do §1º do art. 5º, exige o reconhecimento a estes Direitos duma face subjetiva e individual cuja decorrência é a judicialização tópica que exige do sujeito passivo Estado-Administração a materialização individual

Todavia o excesso destas decisões começa a colocar em risco a efetividade constitucional, por exemplo no âmbito do Direito à saúde aponta-se a proliferação de sentenças sem critérios, ambiciosas ou emocionais que condenam o Estado-Administração a

---

<sup>36</sup> ABRAMOVICH e COURTIS apu VALLE, 2007 VALLE, Vanice Lírio do. *O direito-narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos*. A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 7, n. 28, abr. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30370>>. Acesso em: 10 set. 2011.

<sup>37</sup> HOLMES, Stephen and SUNSTEIN Cass R. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. 1999. Disponível em: <http://www.nytimes.com/books/first/h/holmes-rights.html>. Acesso em: 10 nov. 2011.

<sup>38</sup> BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle de políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico: Salvador, n. 15, p. 243 -266, jan/mar. 2007. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf) Acesso em: 16 set. 2011.

custear tratamentos irrazoáveis, entendidos como inacessíveis ou sem essencialidade, é a típica situação em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode acarretar a não realização prática dos mandamentos constitucionais.<sup>39</sup>

Dado que os recursos públicos são finitos, estas decisões fazem com que a extensão dos direitos de alguns privilegiados individualmente considerados, por terem meios de ingressar no judiciário, seja maior e restrinja desproporcional e desigualmente os direitos de muitos outros, a coletividade dependente das políticas públicas.

Nesta linha Valle aduz o seguinte:

Já nesse terreno, manifestam-se as insuficiências do esquema lógico-racional do direito, que tem enormes dificuldades em traçar uma moldura compreensiva em relação ao fato de que, em matéria de direitos fundamentais sociais, é de se reconhecer não só a projeção na esfera de direitos individuais de um eventual jurisdicionado, mas também a dimensão do coletivo que pretende assegurar essa mesma declaração de direito.<sup>40</sup>

Esta asserção não significa defesa ao retorno de caráter meramente programático e nem tão pouco negar a face subjetiva dos Direitos Sociais, mas sim que para assegurar a força normativa e a efetividade constitucional é preciso adoção do instrumento política pública como meio viabilizante daqueles direitos nos termos de sua natureza coletiva, vez que ciente da limitação fática da finitude dos recursos, o faz de maneira planejada e eficiente.

#### 4. POLÍTICAS PÚBLICAS

Originariamente política pública é instrumento do campo da ciência política, o seu englobar no campo do estudo jurídico é parte de um movimento de interdisciplinaridade do Direito no qual o mesmo se aproxima de outras áreas do conhecimento, realizando caminho inverso do positivismo.<sup>41</sup>

Dworkin<sup>42</sup> e Alexy<sup>43</sup> deram enorme contributo para o reconhecimento dos princípios como normas jurídicas, entretanto a obra de Dworkin consagra três espécies normativas,

---

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação Judicial*. 2009 Disponível em: [http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf). Acesso em: 12 set. 2011

<sup>40</sup> VALLE, Vanice Lírio do. *O direito-narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos*. A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 7, n. 28, abr. 2007, p 12

<sup>41</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari et all. Op. cit.

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. trad. Nelsom Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

princípios, regras e políticas. Segundo o autor “política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”<sup>44</sup>.

Desta feita, conforme Nobre Júnior<sup>45</sup>, coube a Dworkin uma tentativa embrionária de definição de política na seara do Direito, todavia, denota Bucci<sup>46</sup>, diferente do que ocorreu em relação às construções sobre princípios e regras, as considerações sobre políticas não ganharam no Brasil a mesma relevância.

De acordo com Valle<sup>47</sup>, seguindo a recomendação de Theodoulou, é mais útil que o contato inicial com o tema políticas públicas se dê com seus elementos comuns, aqueles presentes na conceituação das mais diversas escolas sobre o tema, em vez dum conceito específico de uma delas o qual sublinharia as impressões de seu autor sobre o tema.

Nesta linha, Valle aponta os seguintes elementos:

Políticas públicas devem distinguir entre o que o governo pretende fazer, e aquilo que, de fato, ele realmente faz; que a omissão governamental é tão relevante quanto ação;

Políticas públicas, no plano ideal, envolvem todos os níveis de governo, e não estão restritas a atores formais – em verdade, atores informais podem se revelar extremamente importantes;

Políticas públicas é um tema que invade ação governamental, e não está limitada à legislação, ordens executivas, regras e regulação – portanto, aos instrumentos formais desse agir do poder;

Políticas públicas envolvem um curso de ação intencional, com uma finalidade específica e conhecida como objetivo;

Políticas públicas envolvem um processo em desenvolvimento; elas compreendem não só a decisão pela promulgação de uma lei ou projeto, mas também as ações subsequentes de implementação apoio e avaliação<sup>48</sup>.

Pautada nestes elementos, referida autora indica duas ideias às políticas públicas comuns: a) multiplicidade: de atores, na formulação e realização da política pública; de possibilidades, de instrumentos e ações viáveis para a efetivação jusfundamental, em outras palavras, não existe resposta pronta e nem resposta única; b) continuidade da conduta estatal,

---

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdez. Três ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2002.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. op. cit., p.36

<sup>45</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional*. Revista de Direito do Estado: Rio de Janeiro: Renovar, n. 14, p. 107-139, abr/jun. 2009

<sup>46</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari et all. Op. cit.

<sup>47</sup> VALLE, Vanice Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2009

<sup>48</sup> Ibid. p. 36

esta não se esgota no presente com a prática de um único e específico ato, mas sim procede a atuação múltipla e continuada voltada para o futuro.

Segundo Bucci, as políticas públicas são “programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”<sup>49</sup> (2002, p. 241).

Perceba que nada obstante a assimilação das políticas públicas pelo Direito, elas não operam pela sistemática tradicional deste, estática e pontual, voltada para o presente, em que há uma única resposta a propícia a efetivar a norma jurídica, porque aquelas trabalham sob o signo da multiplicidade de respostas possíveis, atuando num movimento dinâmico e prospectivo voltado para o futuro.

Destarte, o controle judicial das políticas públicas também não poderá ser realizado através da sistemática tradicional do Direito, como o empreendido no controle das leis e dos atos administrativos, o qual é realizado com os olhos no presente e de forma binária, legais ou ilegais, constitucionais ou inconstitucionais. O controle das políticas públicas deve ser feito observando suas características de multiplicidade e continuidade sob pena de desvirtuamento do instituto e frustração da face objetiva dos Direitos Fundamentais que com ela se pretendia materializar.<sup>50</sup>

#### **4.1. Exigência Constitucional de Enunciação de Políticas Públicas**

Conforme já consignado, o Estado Democrático de Direito é transformador, porquanto, por exigência duma Constituição normativa orientada para proteção e promoção da Dignidade humana, tem o poder-dever de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais e com isso transformar o mundo dos fatos, aproximando o ser do dever ser constitucional.

Estando a pessoa jurídica Estado constitucionalmente vinculada a esta atuação transformadora também o estão os seus órgãos incumbidos do exercício das funções do Poder, afinal a vontade estatal é externalizada através da atuação destes, conforme o princípio da imputação volitiva pelo qual a vontade do agente público é a vontade do órgão e, conseqüentemente, do próprio Estado.

---

<sup>49</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>50</sup> Ibid.

Neste sentido há exigência constitucional voltada ao Estado- Administração de efetivar os Direitos Fundamentais Sociais, “introduz-se, portanto, o elemento finalístico como vertente constitucionalmente determinada ao agir da Administração”.<sup>51</sup>

O instrumento constitucionalmente indicado para atingir esta finalidade são as políticas públicas, afinal, conforme existe um “dever constitucional de enunciação de políticas públicas”<sup>52</sup> e que segundo ela é fundado no planejamento, no princípio da eficiência e no Direito Fundamental à boa administração<sup>53</sup>, ao qual Moreira Neto<sup>54</sup> acrescenta o Princípio do Devido Processo Legal.

Processo é instrumento pelo qual o Estado exerce as suas funções é o que Di Pietro<sup>55</sup> denomina de processos estatais, desta feita da mesma forma que o processo judicial objetiva produzir uma sentença, o legislativo uma nova norma jurídica, o administrativo um ato administrativo, a política pública é o processo pelo qual o Estado objetiva efetivar normas constitucionais, inclusive os Direitos Fundamentais Sociais, de forma objetiva e coletiva.

No mesmo sentido desta assertiva, Moreira Neto<sup>56</sup> aponta que as políticas públicas como devido processo constitucional composto por quatro fases: 1) formulação de políticas públicas, 2) planejamento, 3) programação e orçamentação e 4) execução da política pública:

A compreensão das políticas públicas na linha do que se tem aqui sustentado, como um *complexo de processos juspolíticos destinado à efetivação dos direitos fundamentais*, decorre necessariamente do fato de que elas se incluem constitucionalmente como uma espécie de *devido processo legal* garantido à cidadania. E, necessariamente, se incluem em ambos os sentidos do princípio: o de conteúdo efetivador daqueles direitos da cidadania e o de forma de proceder dos poderes públicos para realizá-los.

As considerações de Valle<sup>57</sup> sobre construção de Políticas Públicas complementam as fases do processo apontadas por Moreira Neto<sup>58</sup>, segundo ela constituem elementos desta construção: 1) reconhecimento do problema; 2) formulação da agenda; 3) formulação da política pública; 4) escolha da política pública a ser implementada; 5) implementação da política pública eleita; 6) análise e avaliação da política pública executada.

---

<sup>51</sup> Ibid. p.88

<sup>52</sup> Ibid, p 89

<sup>53</sup> VALLE, Vanice Lírio do. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Editora Fórum, 2011.

<sup>54</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21 ed. São Paulo: Atlas,2008.

<sup>56</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 124

<sup>57</sup> VALLE, Vanice Lírio do. 2011. op. cit.

<sup>58</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p. 124



Exigência de planejamento denota a inadmissibilidade no Estado Democrático de Direito que a Administração tenha um “agir espasmódico, meramente reativo a uma determinada ocorrência política”<sup>59</sup>, as ações devem ser programadas e previamente refletidas, para que dentre as diversas possibilidades seja implementada a, aparentemente, mais adequada, sem afastar a possibilidade de avaliação sucessiva que poderá indicar a necessidade de mudanças ou a completa inadequação da política implementada. Afinal não se trata de exigência formal, mero enunciar, mas também material, cujo conteúdo realmente efetive os mandamentos constitucionais.

Corroborando o dever constitucional de enunciação de políticas pública, Nobre Júnior<sup>60</sup> ressalta que Constituição faz referência a política com significado de programa de ação governamental em diversos dispositivos, são eles: Art. 22, IX; Art. 23, XII; Art. 39, caput; Art. 165, § 2º; 182, caput, §1º; Art. 187, caput, § 2º; 188; Art. 196, caput; 200, IV; Art. 204, II.

Considerando-se a existência deste dever normativo-constitucional de enunciação de políticas públicas finalisticamente orientadas, o descumprimento deste mandamento por parte do Estado-Administração poderá ser objeto do judicial review, conforme será visto no próximo tópico

#### **4.2 Do Controle jurisdicional sobre políticas públicas inexistentes**

Se há um dever constitucional, a primeira indagação que o judiciário deve fazer ao ser provocado sobre Direitos Fundamentais Sociais é sobre a existência da política pública. Caso a resposta seja afirmativa, abrem-se duas possibilidades: 1) Existente, mas a Administração não a desenvolve, situação em que o controle judicial será no sentido de fazer cumprir a política pública; 2) Existente, mas insuficiente, inefetiva, meramente formal, situação em que o Judiciário poderá ser o elemento catalisador e assim promover mudança na agenda da política pública.<sup>61</sup>

Entretanto, inexistindo a política pública, estar-se-á diante duma inconstitucionalidade por omissão, afinal há o dever constitucional de enunciação, situação a ser sanada através do judicial review cuja provocação pode ocorrer através da Ação Direta de Inconstitucionalidade

---

<sup>59</sup> VALLE, Vanice Lírio do. 2009. op. cit., p. 91

<sup>60</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Op. cit.

<sup>61</sup> VALLE, Vanice Lírio do. 2009. Op. cit.

por Omissão, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, Ação Civil Pública, execução de TAC (termo de ajustamento de conduta).

Neste cenário espera-se do Poder Judiciário a efetivação da Constituição, mas não através de decisão substitutiva de política pública, que pretenda sem seguir o devido processo legal que aquela representa, materializar direitos; na realidade isso seria a substituição duma inconstitucionalidade por outra, a por omissão pela de ação, no caso do Judiciário que invadiria competência alheia.

Atuação judicial adequada é aquela que reconduza o (s) Poder(es) omissos ao caminho que constitucionalmente lhe foi traçado, para que então proceda à enunciação formal material da política pública, assim o papel do Judiciário é indutor e não de substituto.

Esta forma de atuação promove a um só tempo uma dupla efetividade da Constituição, diretamente faz com que haja o respeito ao espaço nela delimitado a cada Poder (es), não violando assim o Princípio da Separação dos Poderes, e indiretamente através da política pública induzida leva a efetivação dos Direitos Fundamentais.

Valle<sup>62</sup> aponta quatro pontos positivos de o Judiciário atuar conforme indicado, o primeiro é o respeito à especialização das funções do Poder, ao exigir que a própria Administração elabore a política pública, o Judiciário “devolve” para os órgãos que, além de constitucionalmente obrigados, são os possuidores da especialização funcional para empreenderem o processo de formulação e enunciação da mesma. Agindo assim supera-se o argumento do déficit de expertise do judiciário para elaboração de meios para concretizar Direitos Fundamentais Sociais de forma objetiva e coletiva.

A segunda é resultar em uma medida universal, geral e abstrata, ou seja, não há um cidadão ou grupo específico como destinatário, mas sim toda a coletividade, fornecendo tratamento isonômico entre todos. Esta forma de atuação impede a prolação de decisões tópicas que privilegiam alguns em detrimento de muitos.

Terceiro ponto positivo é vencer a superposição de sistemas de controle, afinal quando uma política pública é elaborada pela Administração é possível que órgãos de controle, como os de proteção do meio ambiente, ou a própria sociedade se oponha à sua efetivação, feita por exigência e intermédio do judiciário estes controles poderão manifestar no decorrer da elaboração.

---

<sup>62</sup> Ibid.

Neste cenário o Judiciário “pode desenvolver papel de arena de mediação em relação aos vários vetores incidentes sobre essa complexa equação”<sup>63</sup>. Ao mesmo tempo fomentaria a formulação da política pública e serviria como palco para um processo dialógico no intento de superar os impasses à implementação.

O quarto contributo do Judiciário como arena, diz respeito à formação da agenda de atuação da Administração, porquanto aquele ao estabelecer uma relação dialógica pode se deparar com temas inconvenientes politicamente para serem inseridos pela Administração, mas que devem ser inseridos dentre o objeto da política pública.

A enunciação da Política Pública inexistente contribui para a efetividade do Princípio do Acesso à Justiça, que segundo Portanova<sup>64</sup> (2003) possui dois sentidos para a expressão justiça, a primeira como sinônimo de Poder Judiciário; a segunda, partindo de uma visão axiológica do direito, entende justiça no sentido de acessar aquilo que é justo a cada cidadão. Nosso sistema optou pelo segundo sentido, nas palavras do autor, “justifica-se tanto por ser mais abrangente, como pelo fato de o acesso à justiça enquanto princípio inserir-se no movimento para a efetividade dos direitos sociais”<sup>65</sup>.

Pois bem, enunciação da política pública contribuirá com ambos os aspectos, porquanto ao suprir a lacuna existente e resultar na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais até então não atendidos, é de se supor que haverá redução no número de processos individuais que chegam àquele poder pleiteando a efetivação tópica do Direito Fundamental até então não atendido. Com isso contribuirá para reduzir o serviço forense permitindo a outros processos tramitarem mais rapidamente e com menores riscos de decisões equivocadas, situação desestimulante ao jurisdicionado de acessar o Poder Judiciário

Sobre o segundo sentido, a política pública enunciada será instrumento que dará, de forma isonômica, a cada cidadão destinatário a prestação estatal, faticamente possível, que lhe é assegurada, em outras palavras aquilo que é presumidamente justo de se receber.

## 5. CONCLUSÃO

As Constituições advindas do constitucionalismo contemporâneo passam a ser dotadas de força normativa e têm como centro irradiador a Dignidade Humana e os Direitos

---

<sup>63</sup> Ibid. p. 152

<sup>64</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>65</sup> Ibid. p. 112

Fundamentais, fator que faz com que o novo modelo estatal por ela constituído, o Estado Democrático de Direito, tenha por finalidade a transformação social.

Dada a força normativa da Constituição e seu novo centro irradiador, a transformação objetivada pelo Estado Democrático terá o Direito como instrumento de efetivação, ou seja, a realidade social será transformada através da efetivação dos Direitos Fundamentais que ao final protegem e promovem a Dignidade Humana.

A normatividade das constituições contemporâneas deu ao Poder Judiciário papel de destaque dentre os Poderes do Estado Democrático de Direito com o alargamento e aprimoramento do judicial review, fazendo com que o aquele poder de boca da lei se tornasse a boca do Direito através da efetivação dos mandamentos constitucionais.

Desta nova realidade decorreu a chamada judicialização da política na qual os temas antes definidos pelos poderes de representação popular agora são traçados pelo Poder Judiciário. Situação que no Brasil ganha contornos específicos e mais profundos pela opção do agente constituinte de 1988 pela judicialização, como prevenção a trajetória de inefetividade das Constituições de até então.

Nada obstante este novo e destacado papel desenvolvido pelo Poder Judiciário não se pode desconsiderar que transformador é o Estado e não apenas este Poder, conseqüentemente também é tarefa do Executivo e do Legislativo dentro de seus espaços constitucionalmente delimitados o desenvolver de atividades para efetivação constitucional.

No que concerne ao Poder Executivo, ao qual precipuamente incumbe o exercício da função administrativa, com ou sem participação do Legislativo, lhe é constitucionalmente atribuído o poder-dever de enunciar políticas públicas, inclusive aquelas efetivadoras de Direitos Fundamentais Sociais.

Em caso de omissão na enunciação das políticas públicas, e sendo este um dever constitucional, caberá ao Poder Judiciário induzir sua enunciação, mas não substituir com uma decisão estática e pontual, a formulação da política pública, se assim o fosse, a inconstitucionalidade por omissão do Estado-Administração seria substituída pela inconstitucionalidade por ação do Estado-Juiz.

O Poder Judiciário ao promover a enunciação da política pública através dum processo dialógico acarreta maior nível de efetividade da Constituição. Primeiro, porque assegura a separação dos Poderes ao não se imiscuir na seara atribuída ao outro Poder; segundo por materializar a exigência constitucional de enunciação de políticas públicas pelo Estado-

Administração e, terceiro, com a produção dos feitos da política pública será efetivado o Direito Fundamental.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdez. Três ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle de políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico: Salvador, n. 15, p. 243 -266, jan/mar. 2007. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)  
Acesso em: 16 set. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. In Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord). *A Constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249

\_\_\_\_\_. *Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação Judicial*. 2009. Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da\\_falta\\_de\\_efetividade\\_a\\_judicializacao\\_excessiva.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf). Acesso em: 12 set. 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14a ed. São Paulo: Malheiros: 2004

BUCCI, Maria Paula Dallari et all. *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. trad. Nelsom Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. *Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito*. pp. 73-95

HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN Cass R. *The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes*. 1999. Disponível em: <http://www.nytimes.com/books/first/h/holmes-rights.html>. Acesso em: 10 nov. 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1986

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. Trad João Baptista Machado. 6ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug et alli. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica-Ed líder, 2002.

MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos Acerca do Neoconstitucionalismo*. Revista de Direito do Estado: Rio de Janeiro: Renovar, n. 5, p. 243 -266, jan/mar. 2007

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional*. Revista de Direito do Estado: Rio de Janeiro: Renovar, n. 14, p. 107-139, abr/jun. 2009

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In Daniel Sarmento (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-147

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. Pós-fácio à obra “Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico”, de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Landy, 2010.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José A. R.; SANTOS, Márcio G. T. *Função e Controle das Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito*. pp. 73-95

VALLE, Vanice Lírio do. *O direito-narciso: nova ameaça à jusfundamentalidade dos direitos*. A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 7, n. 28, abr. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30370>>. Acesso em: 10 set. 2011.

\_\_\_\_\_. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2009

\_\_\_\_\_. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Editora Fórum, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. *O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em <http://blog.estudoshumanos.com/wp-content/uploads/2008/12/artigo-werneck-vianna.pdf> . Acesso em: 15 set. 2011.