

UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO

ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

KARINA DA SILVA NASCIMENTO

MARABÁ
2014

KARINA DA SILVA NASCIMENTO

ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia jurídica como exigência para
obtenção do grau de Bacharelado em
DIREITO da UNIVERSIDADE FEDERAL
DO SUL E SUDESTE DO PARÁ.

Orientadora: Prof^a. M.^a OLINDA MAGNO
PINHEIRO

MARABÁ
2014

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)

Nascimento, Karina da Silva.

Ativismo judicial no controle das políticas públicas / Karina da Silva Nascimento; Orientador, Olinda Magno Pinheiro. – 2014.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Unifesspa, Instituto de Estudo em Direito e Sociedade, 2014.

1. Poder judiciário. 2. Dignidade humana. 3. Direitos fundamentais. 4. Políticas públicas. I. Título.

Doris: 341.256

KARINA DA SILVA NASCIMENTO

ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Relatório final, apresentado à
Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará, como parte das exigências para a
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Marabá, 08 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. M.^a Olinda Magno Pinheiro
Orientadora

Prof^a. M^a. Rejane Pessoa de Lima
Membro

Prof. José da Trindade Borges
Membro

Dedico esta monografia aos meus pais e irmãs, que sempre forneceram o seu apoio e atenção. Dedico também aos meus professores, que diretamente fizeram parte desse percurso, contribuindo com o seu conhecimento e experiências.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que com sua infinita misericórdia e amor, planejou para mim tão grande honra, dando-me força e sabedoria para bem trilhar esses cinco anos de formação;

Agradeço aos meus pais, José Mauro Alves do Nascimento e Vilma de Oliveira da Silva, que nunca mediram esforços para me ajudar nessa caminhada. Obrigada pelo apoio, pela compreensão quanto às horas de convivência diminuídas, pelo carinho, amor e cuidado a mim sempre dispensados. Vocês são a razão dessa conquista;

Agradeço às minhas irmãs, Jussara da Silva Nascimento e Bianca da Silva Nascimento, pelo amor e carinho de sempre, tão importante nos momentos de dúvida e inquietação. Às duas, meu sincero obrigada por terem sido tão próximas e compreensivas;

Agradeço aos demais familiares, que mesmo distantes participaram da minha formação, apoiando-me em tudo o que me foi necessário;

Agradeço à minha tia de coração, Cleia Bonfim, por todo o cuidado e atenção que obtive desde o primeiro dia desse curso;

Agradeço aos amigos Jaqueline Nunes Gonçalves e Rogério Pina Maia, com quem convivi como irmãos. Obrigada pelo apoio e ajuda no momento mais delicado desse percurso;

Agradeço ao professor e namorado Francisco Vilarins Pinto, pessoa justa e de admirável conhecimento jurídico, que com carinho e cuidado sempre esteve ao meu lado, contribuindo para a minha formação. Pelo companheirismo e amor, meu sincero obrigada;

Agradeço aos incontáveis amigos que passei a ter, companheiros de estudos, de risos, de realizações, que estiveram comigo em todas as horas;

Agradeço aos professores dessa Faculdade, que compartilharam seu conhecimento e que forneceram apoio em todos os momentos;

Agradeço à minha orientadora, Professora Mestra Olinda Magno Pinheiro, pela atenção e contribuição para esse trabalho e para a minha formação.

RESUMO

O Ativismo Judicial é entendido como uma postura adotada pelo Poder Judiciário na solução dos conflitos, mediante controle realizado pelo Poder Judiciário em matérias que a princípio seriam atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo. Tal postura teria como objetivo a concretização dos princípios e valores constitucionais, agindo o Poder Judiciário nos casos de lides decorrentes da omissão ou atuação indevida dos outros Poderes. Todavia, há certa divergência doutrinária quanto à constitucionalidade e limites desse controle, frente a outros princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais, em especial quanto ao Princípio da Separação de Poderes e a discricionariedade administrativa. Demonstra-se no presente trabalho a normatividade dos direitos fundamentais, alçada a dignidade da pessoa humana como fundamento de nossa República, defendendo a aplicação imediata pelo Poder Judiciário das normas concretizadora de direitos humanos, sempre que se acharem tais direitos sob lesão ou ameaça de lesão. Quanto às Políticas Públicas, apoia-se também a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, não podendo a discricionariedade administrativa importar em afronta aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chaves: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The Judicial Activism is understood as a stance taken by the judiciary in resolving conflicts through control performed by the judiciary in matters which would be the principle duties of legislative and executive branches. Such a stance would aim the achievement of constitutional principles and values, acting the judiciary in cases of chores resulting from failure or improper performance of the other Powers. However, there are certain doctrinal disagreement as to the constitutionality and limits of control, compared to other principles and constitutional and infra-constitutional norms, especially regarding the Principle of Separation of Powers and administrative discretion. It is shown in this work the normativity of fundamental rights, raised the dignity of the human person as the foundation of our Republic, defending the immediate application by the judiciary of prolific human rights standards, where they find such rights under injury or threat of injury . As to public policy, also supports up the possibility of the judiciary action, neither the administrative discretion import going against the fundamental rights positivized in the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Judicial activism. Fundamental Rights. Human Dignity. Public Policy.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.....	10
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVISMO JUDICIAL.....	19
3.1. BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DO HOMEM E SUAS DIMENSÕES.....	19
3.2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM.....	23
3.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988	28
4. POLÍTICAS PÚBLICAS.....	31
4.1. MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL.....	35
4.2. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS...	38
5. JURISPRUDÊNCIA APLICADA	44
5.1. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGAS EM CRECHE – RE 436.996/SP	46
5.2. DIREITO À SAÚDE - MEDICAMENTOS.....	47
6. CONCLUSÃO	51
7. REFERÊNCIAS	54

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a constitucionalidade do Ativismo Judicial no Controle de Políticas Públicas no Direito Brasileiro.

Referido tema é de discussão crescente no direito nacional moderno e com grande ressonância no Direito Comparado, pois se espraia em pilares que remontam às bases do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a repartição dos poderes e a efetividade da execução de políticas públicas pelo Estado. Assim, o tema encontra raízes no Direito Constitucional e reflexo em outras áreas do Direito Público, como o Administrativo, Financeiro e Tributário, sem obstar também seus reflexos nos meandros do Direito Processual.

Entende-se o Ativismo Judicial como uma postura adotada pelo Poder Judiciário na solução dos conflitos, mediante controle do Poder Judiciário em matérias que seriam atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo. Tal postura teria como objetivo a concretização dos princípios e valores constitucionais, agindo o Poder Judiciário nos casos de lides decorrentes da omissão ou atuação indevida dos outros Poderes.

Considerando que o fim das políticas públicas em um Estado Democrático de Direito deve ser a busca do bem comum, o que compreende uma série de princípios, direitos e garantias que assegurem a cidadania e promovam a dignidade humana, tem-se que essa missão, para os defensores do ativismo judicial, não fica restrita à elaboração e execução de leis, mas também em decisões concretas capazes de efetivar direitos e garantias por meio de políticas públicas.

Assim que o presente trabalho objetiva analisar tal postura ativa do Poder Judiciário na determinação de políticas públicas que visam efetivar direitos e garantias fundamentais.

2 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A raiz da discussão quanto à possibilidade daquela postura ativa do Poder Judiciário surge exatamente deste princípio basilar de nossa República: a Separação dos Poderes.

A citada teoria de repartição de poderes encontra origem na Grécia Antiga, na obra “A Política” de Aristóteles. Segundo Cunha Júnior (2010):

Em sua clássica obra A Política, Aristóteles identificava três partes distintas que compõem todo governo: a que cuida “da deliberação sobre assuntos públicos”; “a que trata das funções públicas”, e a “que trata de como deve ser o poder judiciário”. Para além disso, ele indicava seis formas de governo, de conformidade com o número de detentores do Poder e do interesse que dirigisse a atuação dos governantes: a Monarquia, em que o Poder se concentra em uma só pessoa; a Aristocracia, em que o Poder se divide entre um pequeno número de pessoas e a Democracia, em que o Poder se atribui ao povo. Essas formas de governo, quando degeneradas, transformam-se, respectivamente, em tirania, oligarquia e oclocracia. Aristóteles, contudo, considerou como ideal a forma “mista” de governo, baseada na classe média, pois só assim era possível estabelecer um equilíbrio no Poder político, por meio da incorporação das diversas classes sociais em correspondentes instituições governamentais. (CUNHA JUNIOR, Dirleyda. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 516).

No entanto, apesar de Aristóteles ter apresentado em sua obra a teoria da separação de poderes, o pensador grego não pretendia ir de encontro à centralização política vigente à sua época. Pelo contrário, segundo Aristóteles as três funções estatais seriam exercidas por uma mesma pessoa, o soberano.

Assim que, conforme defende Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011):

[...] podemos asseverar que a contribuição de Aristóteles para a formação da teoria da tripartição do poder esgotou-se na identificação das três diferentes funções essenciais de governo, pois não havia no seu pensamento nenhuma preocupação com o elemento “limitação do poder”. E nos dois milênios seguintes não foi modificada a concepção de exercício do poder de modo absoluto: o monarca continuou governando com poderes ilimitados, exercendo, de forma unipessoal, as três funções identificadas por Aristóteles. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011, p. 425).

Posteriormente, segundo a citada doutrina de Dirley da Cunha Júnior (2010), na época de “renascença” do conhecimento, no movimento chamado de Iluminismo,

John Locke apresenta mais uma vez a teoria de separação dos poderes estatais. Em sua obra “Two Treatises of Government”, de 1690, o jusnaturalista Locke defende que os homens viviam no chamado *estado de natureza*, em que seriam todos livres e iguais, subordinados à lei natural. O estado de natureza em Locke seria de relativa paz, diferentemente de Hobbes, que defendia que aquele estado seria de guerras e insegurança constante, imperando a lei do mais forte.

No entanto, apesar de reconhecer o estado de natureza como de paz, Locke prega que mesmo nesse estado, a liberdade e a propriedade dos indivíduos podem ser violadas. E nesse estado sem leis positivas, sem julgamento conforme uma legislação conhecida, os homens carecem de segurança. Assim, a necessidade dessa segurança leva os homens a agruparem-se em comunidades com um governo instituído. Assim que, conforme Armando Albuquerque (2001), ao comentar a obra de John Locke: “(...) legislar, julgar e assegurar o cumprimento das leis são as funções inerentes à sociedade civil”.

Apesar das três funções estatais acima tratadas, podemos extrair da obra de John Locke a existência efetiva de dois Poderes: o Legislativo e o Executivo, sendo que o Poder Executivo englobaria outros dois Poderes: o Federativo e a chamada Prerrogativa.

Dirley da Cunha Júnior (2010) assim sintetiza a obra de Locke quanto à separação dos poderes:

[...] o Poder Legislativo é considerado o Poder supremo, com a função de elaborar as leis e de determinar o modo como há de ser empregada a força da comunidade para proteção de si mesma e de seus membros. Mas, além do Poder Legislativo, “posto nas mãos de várias pessoas que, reunidas, têm o poder de elaborar leis”, foi concebido um Poder separado, o Executivo, subordinado àquele, exatamente para o exercício permanente de executar essas leis vigentes. Locke ainda identifica um outro Poder, que ele chama ora de Federativo ora de Natural, cuja função consiste em declarar a guerra e a paz, de constituir ou desconstituir ligas e alianças, e de comandar todas as transações com as pessoas e comunidades estranhas à sociedade (...) Também se refere a um Poder que denomina de Prerrogativa, que consiste na faculdade de agir discricionariamente, sempre em favor do bem público, quando surgirem questões para as quais a lei não tenha previsto soluções, ou até mesmo agir contra a própria lei. A Prerrogativa deve ser atribuída ao Poder Executivo. (CUNHA JUNIOR, Dirleyda. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 517).

Também na obra acima citada (Cunha Júnior, 2010, p. 518), destaque-se ainda quanto à doutrina de Locke que: “Os Poderes Legislativo e Executivo devem ser confiados a órgãos distintos, pois poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana, tão sujeita à ambição, atribuir aos mesmos que têm a missão de elaborar as leis, também o poder de executá-las”. Do trecho transcrito, nota-se que Locke já traz em sua teoria da repartição dos poderes a ideia de que a fragmentação das funções entre órgãos diversos seja necessária para assegurar direitos e liberdades aos administrados, apesar do autor defender a supremacia do Poder Executivo.

Foi, no entanto, com Charles de Montesquieu que a teoria da Separação de Poderes ganhou moldes mais próximos ao modelo adotado hoje na maioria dos países. Diferentemente de Locke, que defendia basicamente dois Poderes, Montesquieu indicava a existência de três Poderes Estatais distintos, cada um com funções típicas, a saber: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Conforme explica Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 518), o Poder Legislativo teria a função de criar as leis e corrigi-las ou anulá-las; ao Poder Executivo caberia celebrar a paz ou declarar a guerra, cuidar da segurança e das relações internacionais; e ao Poder Judiciário caberia julgar os crimes e conflitos particulares.

Conforme discorre Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 426), essas três funções estatais já eram propostas por Aristóteles, consoante já mencionado no presente trabalho. O diferencial da obra de Montesquieu foi a defesa de que o exercício das funções citadas deveria ser dividida em órgãos independentes, de forma que todo o poder do Estado não esteja concentrado na mão de uma só pessoa. Além disso, no modelo de Montesquieu não há subordinação entre os Poderes, permitindo um automático e recíproco controle entre eles.

Ainda segundo Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 427):

A teoria de Montesquieu surgiu como vigorosa contraposição ao Absolutismo (pois neste as três funções estavam concentradas nas mãos do soberano) e se consolidou definitivamente na Revolução Francesa, mediante a inclusão, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da asserção de que *um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem Constituição* (“*Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.*”). Desde então, o princípio da separação de poderes passou a estar vinculado ao constitucionalismo, transformando-se, em praticamente todo o Ocidente, no cerne da estrutura

organizacional do Estado. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011, p. 427).

Dessa forma que, após a Revolução Francesa, os Estados Democráticos passaram a adotar o princípio da separação dos poderes em suas Constituições. No entanto, a rigidez na independência dos Poderes, por si só não garantia a ausência de arbitrariedades por parte dos Órgãos representantes de cada uma das funções estatais. Conforme disposto por Marcelo Alexandrino e Vicente Filho (2011, p. 427): “(...) o motivo precípua para a superação da rigidez da separação de poderes foi a necessidade de impedir que os órgãos respectivos se tornassem tão independentes que, arbitrariamente, se afastassem da vontade política central, da unidade política”.

Assim que, contemporaneamente, o princípio da Separação de Poderes perdura baseado não em uma separação rígida das funções estatais, mas em uma separação flexível, de forma a garantir um efetivo controle dos Poderes, no modelo conhecido como “sistema de freios e contrapesos”. Neste sistema, cada um dos Poderes Estatais exerce suas funções típicas de forma predominante. Porém, a cada um dos Poderes também é reservada uma porção de competências características de outros Poderes, funções denominadas atípicas.

Neste momento, o importante para se ter em mente quanto ao princípio da Separação de Poderes, e o que o liga ao tema do Ativismo Judicial, é a razão de ser daquele princípio, a causa fundamental para que exista. Conforme explicita Dirley da Cunha Júnior (2010):

A ideia fundamental da doutrina da separação de Poderes, portanto, é evitar a concentração e o exercício despótico do poder, isto porque as consequências da concentração do poder são desastrosas. Daí, fácil percebermos que o princípio da separação de Poderes é, senão de todas, uma das principais garantias das liberdades públicas. Sem a contenção do poder, o seu exercício ilimitado desborda para práticas iníquas e arbitrárias, pondo em risco as liberdades. Ao revés, poder limitado é liberdade garantida. Daí a importância de um equilibrado sistema de freios e contrapesos, em virtude do qual o poder possa controlar o poder. (CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 522).

Já no nosso ordenamento jurídico, CUNHA JÚNIOR (2010, p. 522) aponta que, atento às circunstâncias históricas acima vistas, “todas as Constituições

brasileiras consagraram o princípio da separação de Poderes como um aspecto fundamental da estrutura e organização política do Estado, essencial à instituição e manutenção de um governo constitucional moderado e preocupado com os direitos fundamentais”.

O autor (2010, p. 523) disserta que a Constituição do Império, de 1824, já trazia em seu artigo 9º a prescrição de que “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”. No entanto, esse modelo era formado por Quatro Poderes: os Poderes Legislativo, o Executivo, o Judicial e o Moderador, sendo o Poder Moderador “a chave de toda a organização Política”, delegado privativamente ao Imperador, “para que vele pela manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais Poderes (artigo 98)”.

A Constituição de 1891 já trazia a separação tripartite de poderes, sob a influência de Montesquieu, dispondo que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (artigo 15). Porém, Paulino Jacques (1983 *apud* CUNHA JÚNIOR 2010) aponta que, apesar da independência entre os Poderes prevista naquela Constituição, na prática política havia prevalência do Executivo sobre os demais poderes.

A Constituição de 1934 estabelecia em seu artigo 3º que “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. Além disso, os parágrafos 1º e 2º daquele artigo previam a vedação aos Poderes Constitucionais de delegar as suas atribuições, assim como a vedação de um cidadão investido na função de um dos Poderes em exercer funções de outro Poder. O Legislativo, no entanto, detinha certa supremacia em relação aos outros Poderes, tendo em vista que o artigo 88 atribuía ao Senado a função de “coordenar os Poderes federais entre si”, possuindo atribuições que permitiam o controle da atividade governamental (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 523).

Já a Carta autoritária de 1937 não previu expressamente o princípio da Separação de Poderes. Previu apenas, em seu artigo 38, que “O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias de

sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição”. O Presidente da República contava com atribuições excepcionais, como o de dissolver a Câmara dos Deputados, se esta não aprovasse as medidas do estado de sítio (art. 75, b; art. 167, parágrafo único); e o de tornar sem efeito, por intermédio do Parlamento, decisões do Poder Judiciário (art. 96, parágrafo único), entre outras situações que lhe permitiam superioridade em relação aos outros Poderes (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 524).

Retomando o regime democrático, a Constituição de 1946 estabelecia que “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”, mesma fórmula seguida pela Constituição de 1967 (artigo 6º) e na Emenda nº. 01/69 (artigo 6º) (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 524).

Na atual Constituição Federal de 1988, o princípio da Separação dos Poderes é posto como um dos princípios estruturantes do Estado brasileiro, sendo localizado na Constituição em seu Título I, denominado de “Dos Princípios Fundamentais”. Assim, extrai-se do Art. 2º da Constituição Federal:

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Destaque-se mais uma vez que, apesar da literalidade do artigo supracitado, o Poder Estatal é indivisível. O que de fato pode ocorrer é a distribuição de funções entre diversos Órgãos de um mesmo ente político, como já visto acima.

Assim, no Estado Brasileiro as funções estatais são divididas entre os chamados Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Conforme Dirley da Cunha Júnior (2010):

[...] podemos esclarecer que a função legislativa ocupa-se em inovar a ordem jurídica, com a formulação de regras gerais e abstratas. A lei é o resultado típico do exercício desta função. A função executiva destina-se a gerir os negócios públicos, por meio de uma atividade administrativa, desenvolvida para dar cumprimento ou execução, de ofício, ao estabelecido na lei. Finalmente, a função judicial está reservada à composição dos conflitos de interesses, com a aplicação da lei aos casos controvertidos, cujo propósito é resguardar o ordenamento jurídico, por meio de decisões individuais e concretas, derivadas das normas gerais. (CUNHA JUNIOR, Dirleyda. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 515).

No entanto, conforme já dito, nos modelos contemporâneos, incluindo o modelo adotado pelo Brasil, é estabelecido um sistema de controle recíproco de Poderes, de forma que cada um dos Poderes exerça suas funções típicas e atípicas. Assim que, do texto constitucional supracitado (Art. 2º da CF), podemos extrair que a estrutura organizacional brasileira dos Poderes Estatais fundamenta-se na independência e na harmonia entre os Poderes. Dessa forma, os Órgãos representativos dos Poderes Estatais são independentes, não subordinados entre si. Porém, devem trabalhar harmoniosamente na busca do bem comum, objetivo do Estado como um todo. Dessa forma, conforme doutrina de José Afonso da Silva (1999 *apud* CUNHA JUNIOR, 2010, p. 524), há entre os Poderes Estatais “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especificamente dos governados”.

Importante destacar nesse sistema de freios e contrapesos, que as intervenções de um Poder em funções que seriam típicas de outros Poderes devem observar os limites e formas previstos na própria Constituição. De outra forma, referida atuação não será um controle legítimo entre os Poderes, mas intervenção inconstitucional, colocando em risco liberdades conquistadas ao longo da história.

Pois bem. No nosso ordenamento jurídico, aos chefes do Poder Executivo compete a chefia do governo. Assim, são eles que determinam as diretrizes de atuação do Estado, as políticas públicas a serem executadas na sociedade visando o bem comum. Entre suas funções típicas está, também, a execução das leis.

No entanto, as funções referidas não são exercidas de forma mecânica, pelo contrário, a Administração Pública, e em especial o Poder Executivo, em regra conta com uma zona de discricionariedade em sua atuação. Um exemplo da atuação do Poder Executivo é o poder regulamentar atribuído ao Chefe do Poder Executivo, que lhe permite a edição de decretos e regulamentos para dar fiel execução às leis.

Podemos elencar como outro exemplo de atuação do Poder Executivo a instituição da Política Nacional de Medicamentos, aprovada pelo Ministério da Saúde através da Portaria nº 3.916/GM, de 30 de outubro de 1998. Nessa portaria são definidos quais os medicamentos essenciais, ou seja, aqueles produtos

considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população. Nos termos da Portaria, esses produtos devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem, nas formas farmacêuticas apropriadas, e compõem uma relação nacional de referência que serve de base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva.

Nota-se, assim, que o Poder Executivo, em sua atividade de regulamentar as leis e definir as políticas públicas, acaba por definir questões essenciais na vida da população, questões essas ligadas a direitos assegurados constitucionalmente, como o direito à vida e à saúde, no caso do exemplo dado.

Já ao Poder Legislativo compete a inovação da ordem jurídica, devendo a atividade legislativa assegurar o exercício dos direitos previstos na Constituição Federal. Nossa Constituição é classificada como dirigente. Nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

Constituição dirigente, de texto extenso (analítica), é aquela que define fins, programas, planos e diretrizes para a atuação futura dos órgãos estatais. É a Constituição que estabelece, ela própria, um programa para dirigir a evolução política do Estado, um ideal social a ser futuramente concretizado pelos órgãos do Estado. O termo “dirigente” significa que o legislador constituinte “dirige” a atuação futura dos órgãos governamentais, por meio do estabelecimento de programas e metas a serem perseguidos por estes. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011, p. 22).

Assim que a nossa Constituição Federal, classificada como dirigente, está repleta de normas ditas programáticas, exigindo a atuação do legislador para concretizar os programas nela estabelecidos. Um exemplo de referidas normas é aquela estabelecida no art. 7º, XX, da Constituição Federal, que prevê “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”. A Constituição prevê a proteção do mercado de trabalho da mulher como direito fundamental de cunho social. No entanto, cabe ao legislador infraconstitucional fazer cumprir a norma prevista pelo constituinte.

Por fim, o Poder Judiciário tem a função da composição de conflitos, de solucionar as lides que lhe são postas, aplicando, para tanto, os princípios e regras estabelecidos no ordenamento jurídico nacional. Note-se que a solução das lides deve obedecer aos critérios definidos no texto constitucional, assim como nos textos legais. Apesar de “dizer o direito” em última instância, o Poder Judiciário, assim como os demais e atendendo aos fins da separação de Poderes, não é um poder ilimitado. Tanto que as decisões judiciais devem todas ser fundamentadas, conforme art. 93, IX, da Constituição Federal, bem como as decisões fundadas na equidade somente são permitidas nos casos previstos em lei, consoante dicção do art. 127 do Código de Processo Civil. Daí que o Poder Judiciário, em sua tarefa de solucionar as lides deve atender ao princípio constitucional explícito da separação de Poderes, não podendo interferir na discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo.

Vimos, assim, que cada um dos Poderes Estatais possui uma gama de atribuições constitucionalmente estabelecidas. A problemática da separação de Poderes surge quando o Poder Legislativo ou o Executivo se omite ou atua indevidamente, de forma a ofender direitos e garantias fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros. Daí surge a questão: sendo a promoção da dignidade humana e a efetivação dos direitos e garantias fundamentais um dever do Estado como um todo, a atuação do Poder Judiciário a fim de sanar as omissões ou as indevidas atuações dos demais Poderes afrontaria o princípio da repartição dos poderes, de forma a se tornar uma atuação inconstitucional? Ou, pelo contrário, tal atuação visando a promoção de direitos e garantias fundamentais seria postura legítima do Poder Judiciário, que representaria o Estado em busca da efetivação da Constituição Federal?

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ATIVISMO JUDICIAL

O Ativismo Judicial surge como solução para as lides em que direitos fundamentais sejam violados pela ação ou omissão do Poder Público.

Conforme CUNHA JÚNIOR (2010, p. 534), os direitos fundamentais são convertidos em parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal, reduzindo acentuadamente a discricionariedade dos poderes constituídos, e impondo-lhes deveres de abstenção (não dispor contra eles) e deveres de atuação (dispor para efetivá-los). Faz-se importante, então, para maior compreensão sobre o tema, o estudo dos direitos fundamentais e de sua normatividade na Constituição Federal Brasileira.

3.1 BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS DO HOMEM E SUAS DIMENSÕES

Conforme doutrina de André Ramos Tavares (2011, p. 544), a positivação dos Direitos do Homem teve início com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, em 1776, nos Estados Unidos da América, sob influência de Samuel Pufendorf, podendo-se ler naquele texto que todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes, dos quais, quando entram em sociedade, não podem, por nenhum modo, deles se privar ou despojar para o futuro. Além disso, constava também que os magistrados, ou seja, os governantes, seriam servidores do povo, sendo todo poder pertencente ao povo. Em 1789, na França, foi desenvolvida por Lafayette e aprovada pela Assembleia Constituinte da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que dispunha que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos.

As duas Declarações supracitadas contemplavam apenas os direitos humanos chamados de direitos de primeira geração ou primeira dimensão, também conhecidos como direitos de liberdade. Assim dispõe Bernardo Gonçalves Fernandes acerca de referidos direitos:

[...] direitos de liberdade: direitos civis e políticos, que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do século XIX. Seu titular é, então, o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção. Traduzem-se como “faculdades ou atributos das pessoas e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Afirmam-se, portanto, como uma natureza negativa, como quer Jellinek, de modo a isolar juridicamente Sociedade e Estado, já que acabam por supervalorizar o homem singular. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 315).

Dessa forma, nota-se que os direitos humanos de primeira geração têm natureza negativa porque se concretizam com a simples ingerência do Estado nas liberdades individuais e políticas do cidadão. Exemplos desses direitos são o direito à liberdade, à inviolabilidade do domicílio, à propriedade privada, à liberdade de atividade econômica, de associação, de formação de partidos, direito ao voto, entre outros.

Na segunda metade do século XIX, os direitos humanos passaram a ser declarados pela comunidade internacional, e não mais por Estados-nações, cujo âmbito de incidência antes se limitava aos territórios dos respectivos Estados. Nas palavras de André Ramos Tavares (2011, p. 544), tem-se início a internacionalização dos direitos do Homem, com manifestação no campo da luta contra a escravidão. O primeiro documento de caráter internacional foi a Convenção de Genebra de 1864, que, segundo Fábio Konder Comparato, inaugurou o que se convencionou chamar direito humanitário, em matéria internacional, isto é, o conjunto das leis e costumes da guerra, visando minorar o sofrimento de soldados doentes e feridos, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico, culminando na fundação da Comissão Internacional da Cruz Vermelha, em 1880.

Já no curso do século XX, a comunidade internacional vê o surgimento dos direitos humanos de segunda geração ou segunda dimensão. Conforme aponta André Ramos Tavares (2011, p. 547), esse período do pós-guerras revelou que a tutela de direitos do homem apenas através da abstenção do Estado mostrou-se insuficiente para resguardar os direitos humanos. Nessa época, mais precisamente em 1945, nasce a Organização das Nações Unidas (ONU), como uma organização internacional que objetiva a paz e o desenvolvimento mundiais, e a proteção dos direitos humanos. Em 1948, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem,

sendo apontada por aquele autor como o primeiro texto jurídico-internacional que apresenta um catálogo completo dos direitos do homem.

Bernardo Gonçalves Fernandes assim disserta acerca dos direitos humanos de segunda dimensão:

São eles: direitos sociais, culturais e econômicos. Os mesmos são chamados de sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais. Sua introdução acabou por acontecer no desenvolvimento do Estado Social, como resposta aos movimentos e ideias antiliberais. Supostamente, abraçariam a noção de igualdade dos indivíduos que compõem uma dada sociedade, recebendo previsão normativa nas Constituições marxistas e no Constitucionalismo da República de Weimar, após o segundo pós-guerra. Pode-se constatar nos primeiros anos que receberam uma baixa normatividade (ou até mesmo uma eficácia duvidosa), uma vez que invertiam a lógica da geração anterior: passava-se, agora, a exigir do Estado determinadas prestações materiais; o que os remeteu à esfera das normas constitucionais programáticas. Apenas na sua segunda fase que foram assumidos como dotados de uma eficácia diversa, de modo que ainda que pese a tese da eficácia imediata, podemos encontrar leituras que vão defender uma eficácia mediata, porque condicionada à ação de legislador infraconstitucional. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 315).

Assim, o Estado passa de liberal para um Estado social, que está obrigado a atender as necessidades coletivas da sociedade. Os direitos de segunda dimensão exigem, portanto, prestações positivas do Estado, a fim de que os direitos sociais sejam bem observados. São exemplos o direito ao trabalho, ao recebimento de salário mínimo, ao repouso semanal, direito ao acesso a todos os níveis de ensino, à moradia, entre outros. André Ramos Tavares (2011, p. 503), ratificando o que dispõe Bernardo Gonçalves Fernandes no excerto acima, expõe que tais direitos surgem para assegurar o princípio da igualdade:

De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio para propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 503).

No final do século XX, outros valores foram postos em discussão, surgindo os direitos humanos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos da solidariedade ou fraternidade (TAVARES, 2011, p. 503). Sobre esses direitos, assim disserta Bernardo Gonçalves Fernandes:

No final do século XX, um resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas teria sido um elemento importante para o pensar de uma nova geração de direitos fundamentais, uma terceira geração de direitos (dimensão). Em uma leitura ainda mais expandida, enxerga como destinatário todo o gênero humano (presente e futuro), como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade (ou segundo alguns, no da solidariedade). Estaríamos falando, então, de direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de comunicação, no entender de Karel Vasak. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 316).

Esses direitos de terceira dimensão caracterizam-se pelo interesse difuso ou coletivo, como o direito de proteção à relação de consumidor, o direito ao meio ambiente equilibrado, entre outros. Segundo André Ramos Tavares:

A consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta a referência individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504).

Da mesma forma COLAÇO ANTUNES *apud* André Ramos Tavares (2011, p. 504) dispõe quanto a essa categoria de direitos humanos que:

(...) põe, por sua vez, uma série de interrogações e de problemas à função dos juízes nos confrontos sociais e nas relações entre a sociedade e os poderes públicos, quer à administração pública e seus meios, mediante os quais ela pode explicar a sua atividade, sob o pressuposto de recursos e de confrontos entre interesses individuais e coletivos. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 504).

A doutrina aponta também a existência de uma quarta dimensão de direitos humanos, de qual fariam parte o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Conforme Bernardo Gonçalves Fernandes:

Em síntese, diz-se que tais direitos alicerçam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos em uma era de globalização político-econômica. É bom que se diga, que alguns autores, reconhecem também na quarta geração (dimensão) o direito contra manipulações genéticas, o direito à mudança de sexo, ou seja, direitos relacionados a biotecnologia. O que se nota aqui, é que, o reconhecimento bem como os direitos (da possível) quarta geração (dimensão) ainda não encontraram um consenso razoável (mínimo) entre os doutrinadores. (FERNANDES, Bernardo

Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 316).

Também sobre os direitos de quarta dimensão, assim se posiciona André Ramos Tavares:

No particular, parece mais acertado, para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria ideia de dimensão), falar, na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quando a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afro-descendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrem não um alargamento (extensão) de conteúdo, senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos.

Assim, nessa linha, exemplo bastante ilustrativo seria a liberdade de locomoção, típica liberdade de primeira dimensão, à qual se agregaria valor, para fazer surgir o direito à gratuidade nos transportes coletivos urbanos para os maiores de 65 anos (no caso brasileiro, um direito constitucional presente no art. 230, § 2º, da Constituição de 1988), que inclui direitos trabalhistas diferenciados e mais protetores da especial condição de pessoa em desenvolvimento. A aplicação do princípio da igualdade, na quarta dimensão, conduziria, com segurança, à legitimidade das denominadas ações afirmativas. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 505).

Paulo Bonavides (2004 *apud* Fernandes 2013, p. 316) apresenta ainda uma quinta dimensão de direitos humanos, sendo o direito à paz alçado de um direito de terceira para a quinta dimensão, dando-lhe uma visibilidade muito superior à antes alcançada.

3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM

A despeito da internacionalização dos direitos humanos, cujo objetivo é o de possibilitar a cooperação entre os povos na promoção dos direitos do homem, os direitos humanos passam também pelo fenômeno de sua internalização, ou também chamada constitucionalização, que se trata do fenômeno da positivação dos direitos humanos nas Constituições Estatais.

Essa constitucionalização decorre, sobretudo, da necessidade de se dar efetividade aos direitos humanos, dotando os interessados de mecanismos eficientes para a concretização de referidos direitos.

Decerto que a existência de Organizações internacionais que objetivam a promoção da dignidade da pessoa humana, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA), repercute na esfera jurídica de seus países membros, contribuindo para a busca de eficácia das disposições convencionadas quanto à proteção dos direitos humanos. Além disso, a existência de diversas Comissões internacionais com competência para a análise de reclamações, como a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção contra a Discriminação da Mulher, por exemplo, amplia os mecanismos de proteção dos direitos humanos.

No entanto, as citadas organizações e comissões ainda se fazem distantes à maioria das populações que têm direitos mínimos violados, em regra, pessoas que sofrem os efeitos da pobreza e da marginalização. Além disso, a execução das disposições convencionadas no âmbito daquelas organizações internacionais por vezes esbarra na soberania de seus Estados-membros, de forma a minorar a força política e jurídica das Convenções pactuadas.

Dessa forma, necessária se faz a constitucionalização dos direitos humanos, transportando diversos direitos que já se encontram positivados em tratados, pactos e convenções internacionais, para o ordenamento jurídico nacional, elevando-os ao ápice da pirâmide da hierarquia de normas, a fim de que referidos direitos humanos conduzam o direito nacional.

Conforme bem exposto por CUNHA JÚNIOR (2010):

Apesar da importante contribuição que as Declarações de Direitos deram para a afirmação e o reconhecimento dos direitos fundamentais, elas careciam da necessária força para a efetivação de suas disposições. Não havia meios para assegurar o acatamento dos direitos fundamentais a que elas imprimiam existência, por lhes faltar o indispensável caráter jurídico.

Tal contingência fez com que se percebesse a indeclinável necessidade de uma formulação jurídica positiva, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais, em face de sua superlativa importância, pelas próprias Constituições estatais, que passaram a subjetiva-los (destinando-os aos seus indivíduos), positiva-los (tratando-os pormenorizadamente em normas-princípios) e fundamentalizá-los, com o propósito de melhor garanti-los e efetivá-los. Tal fenômeno denominamos de constitucionalização dos direitos

fundamentais. A dizer, para se poder garantir efetivamente os direitos fundamentais, compelindo o Estado a respeitá-los e promovê-los, foi preciso que as Constituições positivassem em seus textos um catálogo desses direitos, conferindo-lhes os meios necessários para assegurá-los e dotando-lhes de reforçada proteção. Os direitos fundamentais- dir-se-á com razão – só têm sentido quando positivados na Constituição, uma vez que, sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem são esperanças, aspirações e idéias, mas não direitos protegidos sob a forma de normas de direito constitucional. De ressaltar-se, ademais, que não é qualquer positivação que tem o quilate e a dignidade de reforçar e garantir os direitos fundamentais, mas tão somente a positivação em normas constitucionais, notadamente porque esse é o modo de subtrair o seu reconhecimento e proteção à competência do legislador ordinário. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 599).

O autor (2010, p. 600) afirma também que a positivação dos direitos fundamentais é característica essencial do Estado Democrático de Direito, devendo os direitos fundamentais ser considerados, assim, “condição de existência e vigência do Estado Constitucional Democrático de Direito”, e base da Constituição. Além disso, continua dizendo que a constitucionalização dos direitos fundamentais produz consequências, entre as quais: elevar as normas que o reconhecem ao “escalão máximo do ordenamento jurídico positivado”, não podendo tais normas serem contrariadas por nenhuma outra; serem tais normas “dotadas de imediata aplicabilidade e vinculatividade dos poderes públicos, constituindo parâmetros de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”; são tais normas “protegidas através do controle de constitucionalidade dos atos comissivos e omissivos do poder público, ante o seu dever de regulá-las, quando carentes de regulação ou simplesmente quando pretendam regulá-las”.

Ainda nas palavras de CUNHA JÚNIOR (2010) acerca dos direitos fundamentais:

[...] a constitucionalização desses direitos torna-os referência imediata, obrigatória e vinculada de organização e de limitação dos poderes constituídos. Isso tem especial relevo quando se evidencia que todos os atos destes poderes devem conformar-se aos direitos fundamentais, expondo-se, caso contrário, à invalidade jurídico-constitucional. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 601).

No mesmo sentido, FERNANDES (2012, p. 312), ao falar sobre o que denomina de dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais:

[...] no primeiro aspecto, significa dizer que eles outorgam a seus titulares possibilidades jurídicas de impor interesses pessoais em face dos órgãos estatais obrigados. No outro, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 312).

O autor explica ainda:

Nesse sentido, temos as intituladas dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais. A primeira (subjetiva), conforme descrito acima, importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público. A segunda (objetiva) vai além da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais como garantias do indivíduo frente ao Estado e coloca os direitos fundamentais como um verdadeiro 'norte' de 'eficácia irradiante' que fundamenta todo o ordenamento jurídico. Essa concepção objetiva é mais recente no (Novo) Direito Constitucional e é típica do Constitucionalismo Social (...). (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 312).

Importante destacar que é desse processo de constitucionalização dos direitos humanos que surge a diferenciação feita por parte da doutrina das expressões "direitos humanos" e "direitos fundamentais". Nas palavras de FERNANDES (2012):

[...] a leitura mais recorrente e atual sobre o tema, é aquela que afirma que, os 'direitos fundamentais' e os 'direitos humanos' se separariam apenas pelo plano de sua positivação, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiros no plano interno do Estado, e os segundos no plano do Direito Internacional, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais (como os Tratados e Convenções internacionais, por exemplo). Com isso, adotamos aqui (...) o posicionamento de que teríamos os 'direitos do homem' (no sentido de direitos naturais, não positivados ou ainda não positivados); os 'direitos humanos' (reconhecidos e positivados na esfera do direito internacional); e os 'direitos fundamentais' (direitos positivados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 311).

Segundo CUNHA JÚNIOR (2010), "a primeira Constituição no mundo a subjetivar e positivar os direitos fundamentais, dando-lhes concreção jurídico-constitucional efetiva, foi a Constituição brasileira de 1824".

Em relação aos direitos humanos de segunda dimensão, conforme CARVALHO (2012), deve-se atribuir à Constituição mexicana de 1917 a primeira Constituição que garantiu uma longa lista de direitos sociais, sendo encontrados em seu primeiro capítulo direitos sociais que pouco se diferenciam de uma Constituição moderna. O autor aponta, no entanto, que se deve à Constituição da República de Weimar, de 1919, a sistematização e o reconhecimento, em termos definitivos, daqueles direitos. Demonstra-se isso pelo fato de haver a Constituição alemã “dedicado toda a segunda parte (Parte II), dividida em cinco títulos (arts. 109-165), aos novos direitos econômicos e sociais, sob a denominação genérica de ‘Direitos e Deveres Fundamentais dos Alemães’”.

Por isso, CARVALHO aponta que a Constituição de Weimar representou “inquestionável modelo de avanço constitucional na evolução histórica dos direitos sociais fundamentais de segunda dimensão, fonte do Estado do bem-estar na Alemanha e, posteriormente, no Brasil, na Constituição de 1934”.

No atual cenário político e jurídico dos Estados, com o crescente reconhecimento dos direitos do homem, as Constituições passaram a elencar significativo rol de direitos humanos, a fim de que referidos direitos sejam assegurados e respeitados por todas as esferas de Poder; possam influenciar a produção legislativa nacional, as escolhas das políticas públicas, assim como a hermenêutica jurídica e a aplicação das regras e princípios correlatos nas decisões judiciais; além de serem atualmente aplicados, inclusive, nas relações entre particulares.

Segundo André Ramos Tavares (2011, p. 555), mais de 3/4 (três quartos) das Constituições mundiais foram promulgadas após 1969, tendo sido influenciadas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Ainda conforme o autor, alguns Estados teriam inclusive chegado “ao ponto máximo de relação com os direitos humanos, pois constitucionalizaram diretamente os textos internacionais sobre direitos humanos no lugar de seu catálogo de direitos fundamentais ou ao seu lado, como a Áustria e o Peru”.

Entre os exemplos dados por aquele autor acerca de outras Constituições que, assim como a brasileira, trazem em seu bojo proteção aos direitos humanos estão: as Constituições portuguesa e espanhola, que exigem que sua interpretação

se dê em consonância com os textos internacionais; a Constituição da República Federal Alemã, que em seu artigo 25 prevê que as regras de Direito Internacional prevalecem sobre as leis; a Constituição Argentina, que em seu artigo 75, § 22, considera os principais tratados de direitos humanos como norma constitucional; a Constituição da Venezuela, que em seu artigo 23 diz que os tratados internacionais relativos a direitos humanos, subscritos e ratificados pela Venezuela, têm hierarquia constitucional, na medida em que contenham normas sobre o gozo e o exercício mais favoráveis às estabelecidas naquela Constituição.

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.

Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, há a previsão de que nosso Estado destina-se a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, como valores supremos de nossa sociedade.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana é erigida como fundamento de nossa República, consoante art. 1º, III, da CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Além disso, nossa Constituição apresenta extenso rol de direitos e garantias fundamentais que objetivam promover tal fundamento, além de prever, em seu artigo 5º, § 2º, que:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em seu Título II, intitulado de “Direitos e Garantias Fundamentais”, a Constituição traz cinco capítulos: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, “Dos Direitos Sociais”, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”, além de direitos fundamentais dispostos em outros capítulos da Carta Magna.

Acerca dos direitos fundamentais dispostos na atual Constituição Federal, TAVARES (2011, p. 558) assim os explica: Os direitos individuais, em regra, tratam das liberdades públicas, direitos humanos de primeira dimensão; os direitos coletivos são os direitos humanos de terceira dimensão, representando os interesses de grupos de pessoas indeterminadas; os direitos sociais são os direitos de segunda dimensão, “as liberdades positivas, que objetivam a igualdade social, fundamento do Estado brasileiro”; o direito de nacionalidade enquadra-se na noção de participação política, fazendo parte dos direitos humanos de primeira dimensão; e os direitos relacionados aos partidos políticos seriam importantes direitos na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, assim, que nossa Constituição atribuiu destaque aos direitos fundamentais, elencando-os antes mesmo de tratar da organização do Estado. Assim, segundo CUNHA JÚNIOR (2010, p. 619), “com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim, e isso é um importante subsídio hermenêutico”.

No mesmo sentido, PIOVESAN (2011) afirma que:

A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte príncipe* para a lente *ex parte Populi*. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos. A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos. Há, assim, um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos direitos humanos. (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional-12. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2011).

Assim que toda a atividade estatal deve se coadunar aos direitos fundamentais, previstos no nosso ordenamento jurídico como normas constitucionais.

Quanto aos citados direitos fundamentais, faz-se muito importante a previsão do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Interpretando o texto citado, CUNHA JÚNIOR (2010) defende que o dispositivo:

(...) tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 629).

Dessa forma, o parágrafo em comento pretende que os direitos fundamentais – quer sejam individuais, coletivos ou difusos – sejam aplicados independentemente das atividades legislativa e executiva para a sua concreção, prestigiando a dignidade da pessoa humana como base das atividades do Estado.

Nesse sentido, CUNHA JÚNIOR (2010) conclui, defendendo o Ativismo Judicial em relação ao tema:

Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autêntico dever-poder de controle das omissões do poder público – desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa (...).

É necessário deixar bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover lacunas indesejadas, colmatando-as e suprindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação dos poderes. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 629).

4 POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme exposto anteriormente, a Constituição Brasileira de 1988 é caracterizada como uma Constituição dirigente ou social, elevando nosso Estado de liberal para intervencionista. Esse tipo de constituição é aquela que traz em seu bojo normas que instituem programas a serem seguidos (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 122), as ditas normas programáticas.

TAVARES (2011) assim explica a doutrina de Luís Roberto Barroso acerca das normas programáticas:

São compreendidas como definidoras dos fins sociais a serem alcançados pela sociedade, por estipularem princípios ou programas a serem cumpridos pelo Poder Público. Para o autor, tais normas geram alguns efeitos imediatos, quais sejam o de revogar atos normativos anteriores, em sentido contrário ao da norma programática, e o de inculcar um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos posteriores à norma programática que lhe contrariem a diretriz. (TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122).

Sobre tais normas, PAULO E ALEXANDRINO (2011) dispõe que:

As normas programáticas não são normas voltadas para o indivíduo, e sim para os órgãos estatais, exigindo destes a consecução de determinados programas nelas traçados. São as denominadas normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos, características de uma constituição do tipo dirigente, que exigem do Estado certa atuação futura, em um determinado rumo pré-definido. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011, p. 64).

Muitos dos direitos sociais, como os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à proteção à maternidade e à infância, estão dispostos em nossa Constituição Federal em normas programáticas. O direito à saúde, por exemplo, é disposto na Seção II, Capítulo II, Título VIII, da Constituição. O artigo 196 prevê que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Percebe-se que o texto constitucional é direcionado ao Estado, a fim

de que os órgãos estatais competentes promovam o acesso à saúde através de políticas sociais.

Importante enfatizar que os poderes estatais têm o dever de promover satisfatoriamente a execução dos direitos fundamentais previstos no nosso ordenamento jurídico. A positivação desses direitos em nossa Constituição vem justamente ocasionar a vinculação de sua observância pelo Estado, devendo toda a atuação estatal ser pautada por aqueles direitos.

Nesse sentido, CUNHA JÚNIOR (2010, p. 602) bem explica tal conformação dos Poderes estatais aos preceitos de direitos fundamentais:

De referência ao Poder Legislativo, é importante enfatizar que os direitos fundamentais impõem-lhe o indeclinável dever à emanação de normas que dêem regulação satisfatória e integral às posições jurídicas que contemplam, quando dependentes de integração legislativa. A inércia do legislador em realizar a contento uma imposição constitucional de concretização de direito fundamental configura a ultrajante omissão inconstitucional e dá ensejo à deflagração de um sistema de defesa da constituição, onde a jurisdição constitucional é o centro de gravidade para o qual convergem os meios mais expeditos de se fazer cumprir a vontade do constituinte, representativa da soberania popular (...).

O Poder Executivo, por óbvio, também se encontra vinculado aos direitos fundamentais. Todos os atos administrativos e toda a atividade administrativa (compreensiva da atividade material de prestação de serviços públicos e das atividades jurídicas de exercício do poder de polícia administrativo, de fomento e de intervenção) devem ter por parâmetro os direitos fundamentais, de modo que inexistente discricionariedade administrativa quando se está diante de um direito fundamental. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 602).

Dessa forma, a consecução dos direitos sociais, que são direitos fundamentais de segunda dimensão, como visto anteriormente, precisa ser planejada e executada pelo Estado. Isso se dá através da atividade legislativa, assim como da instituição de políticas públicas que visem à concretização dos direitos em exame.

José Carlos Vasconcellos dos Reis *apud* MARTINS (2012) assim conceitua Políticas Públicas:

Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo

judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Assim, os direitos fundamentais que exigem uma atuação positiva do Estado por vezes dependem da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo através das citadas políticas públicas e da dotação orçamentária. No entanto, ao lado do dever do Estado de concretização dos direitos fundamentais, outros princípios devem também ser observados, como o já citado princípio constitucional da Separação de Poderes.

Quanto às políticas públicas, Bosco e Valle apontam que “o campo das políticas públicas é, historicamente, o ambiente da discricionariedade administrativa”.

A fim de compreendermos melhor o que seja citada discricionariedade e qual seus efeitos no controle das políticas públicas, vejamos brevemente a doutrina dos atos administrativos quanto a esse aspecto. Celso Antônio Bandeira de Mello (2009 *apud* Fernanda Marinela, 2013) assim define ato administrativo:

(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7.ed. - Niterói: Impetus, 2013, p. 266).

Assim, atos administrativos são declarações de vontade da Administração Pública, que produzem os efeitos de criação, modificação ou extinção de direitos. Marinela (2013, p. 270-288) disserta que os atos administrativos são formados pelos seguintes elementos: sujeito competente, sendo aptos a praticarem determinado ato administrativo aqueles a quem a lei atribuir essa competência; forma, devendo o ato administrativo observar as formalidades exigidas em lei para a sua validade; motivo, que são as razões de fato e de direito que geraram a vontade do agente quando da prática do ato administrativo; objeto, que “representa o efeito jurídico imediato que o ato produz, o que este decide, certifica, opina, atesta; e a finalidade, que se trata do

“bem jurídico objetivado pelo ato, o que se visa proteger com uma determinada conduta”.

Ainda segundo a doutrina de Marinela (2013, p. 290), a legislação, ao regular determinado ato administrativo, pode defini-lo como um ato vinculado ou um ato discricionário. No caso dos atos vinculados, todos os seus elementos supracitados são vinculados, ou seja, o administrador deverá atuar nos estritos limites da lei, sem margem de liberdade. Por outro lado, nos atos discricionários:

(...) encontram-se elementos vinculados como é o caso do sujeito competente, da forma e da finalidade. Esses elementos estão definidos em lei e, em regra, o administrador não pode modificá-los, não tendo opção de escolha. Todavia, nesses atos, o motivo e o objeto são discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e a oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desprezar os limites previstos pela lei.

Assim, é possível concluir que é nos elementos motivo e objeto dos atos discricionários que se encontram a discricionariedade do ato administrativo, a liberdade do administrador e o juízo de conveniência e oportunidade, também denominado mérito do ato administrativo. Portanto, mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7.ed. - Niterói: Impetus, 2013, p. 290).

Pois bem. Atento à discricionariedade administrativa, o Poder Executivo possui liberdade na determinação das políticas públicas, realizando um juízo de conveniência e oportunidade em seu motivo e objeto. Em consequência disso, o Administrador acabará por escolher o momento e a gradação da concretização dos direitos fundamentais; a ponderação de quais sejam os objetivos sociais mais importantes a serem alcançados a partir da conjuntura daquele momento; como se dará essa efetivação dos direitos. Essas escolhas são realizadas conforme a vontade política dos representantes do poder, a dotação orçamentária existente, as pressões exercidas pelos diversos setores da sociedade.

No entanto, em um país caracterizado pela omissão de seus administradores, pela falta de representatividade dos anseios da população pelos detentores de poder; pela concentração de renda; pelo exercício da força política por oligarquias regionais e representantes do poder econômico; surge a infeliz situação de que, vinte e seis anos após a promulgação da Constituição de 1988, grande parte dos direitos fundamentais nela assegurados estejam distantes da maioria da população, principalmente os direitos fundamentais sociais, que exigem a atuação do Estado.

As altas taxas de analfabetismo – 14 milhões de brasileiros adultos, em levantamento realizado pela Unesco, conforme aponta André Fuentes (2014); de mortalidade infantil - 14,40 por mil nascidos vivos, em levantamento realizado pelo IBGE (2014), apenas como alguns exemplos, revelam que direitos fundamentais sociais, como os direitos à educação e saúde, não alcançam milhões de brasileiros.

Em meio a esse cenário, surge o questionamento que exige célere e eficiente solução: como assegurar a concretização dos direitos fundamentais que exigem uma prestação positiva do Estado, quando o Órgão competente para essa concretização revelar-se omissivo e descompromissado com o cumprimento das disposições constitucionais sobre o assunto?

4.1 MÍNIMO EXISTENCIAL E RESERVA DO POSSÍVEL

A fim de melhor compreendermos a atuação dos Poderes Executivo e Judiciário no campo das políticas públicas, cabe discorrer brevemente sobre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, teorias essas sempre presentes nas discussões acerca da concretização dos direitos fundamentais.

Como anteriormente mencionado, os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões exigem prestações positivas do Estado, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que se caracterizam pela efetividade advinda da ingerência do Estado no campo das liberdades do indivíduo.

Dessa forma, já que dependentes da atuação do Estado, para que sejam implementados os direitos sociais e difusos necessitam de alocações orçamentárias do Poder Público.

Surge então na doutrina alemã a chamada cláusula da reserva do possível, que pretende limitar a tutela dos direitos sociais à existência de reserva financeira do Estado. Nas palavras de Cunha Júnior (2010):

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão (Bundesverfassungsgericht) entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, educação, assistência, etc.). Para além disso, asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções de governo e do parlamento, através

da composição dos orçamentos públicos (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 738).

Prontamente, o Poder Executivo brasileiro tem utilizado a citada teoria para justificar a impossibilidade de prestações requeridas pelos administrados com fundamento nas normas constitucionais.

No entanto, Cunha Júnior (2010) lembra que a teoria surgiu na Alemanha em um contexto jurídico e social totalmente diferente da realidade brasileira. Naquele país europeu, os direitos sociais encontram-se em outra fase de concretização, tendo a população alemã níveis elevados de qualidade de vida, com muito mais acesso à saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, etc. Já no Brasil, a efetividade desses direitos sociais ainda é distante a grande parte da população, que ainda sobrevive à margem desses direitos fundamentais.

Dessa forma, segundo o autor (2010, p. 740), a Constituição dirigente de 1988 exige ao Estado brasileiro “a realização de políticas públicas socialmente ativas voltadas ao atendimento dessas mesmas necessidades, fixando as diretivas, metas e os mandamentos que devem ser cumpridos pelo Estado Social na efetivação dos direitos sociais”.

Andréas Krell (2002 *apud* Fernandes, 2013, p.585) também critica a utilização da teoria, afirmando que “tal leitura da reserva do possível é ‘falaciosa’, pois, se os recursos são incontrovertidamente reconhecidos como insuficientes, devemos retirá-los de áreas menos importantes do ponto de vista do interesse público”. Ainda nas palavras de Andréas Krell (2002 *apud* Cunha Júnior, 2010, p. 740): “as teorias desenvolvidas na Alemanha sobre a interpretação dos direitos sociais não podem ser facilmente transferidas para a realidade brasileira, sem as devidas adaptações”.

Bem explica Cunha Júnior (2010, p. 741):

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*. Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para a sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe. Não é este o caso, pois aquele “algo” existe e sempre existirá, só que não se encontra –

este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida, mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-os das condições mínimas de existência (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 741).

Assim, em um país como o nosso, com uma alta carga tributária para a população – a 14ª maior carga tributária do mundo, consoante Jornal O Progresso (2014) e a segunda maior carga tributária entre os países da América Latina, segundo estudo divulgado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –OCDE, consoante Jornal Globo (2014) –, porém com enormes disparidades sociais, a cláusula da reserva do possível não pode ser alegada apenas como um pretexto para a falta de vontade política de concretizar direitos fundamentais.

Além disso, deve ser reconhecida a existência de um padrão mínimo de direitos fundamentais essenciais a uma vida digna, chamado pela doutrina de mínimo existencial, de que são exemplos os direitos à saúde, educação, moradia, alimentação. A efetividade desses direitos deve ser prioridade máxima do Estado, sob pena de grave ofensa à Constituição Federal de 1988, que, como visto, elevou a dignidade do homem ao principal fim do Estado Democrático de Direito, sendo a própria razão de sua existência.

Daniel Sarmiento (2010 *apud* Fernandes, 2013, p. 582) lembra as duas dimensões do direito ao mínimo existencial:

[...](1) dimensão negativa: o mínimo existencial, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna; (2) dimensão positiva: essa diz respeito a um conjunto essencial (mínimo) de direitos prestacionais a serem implementados e concretizados que possibilitam aos indivíduos uma vida digna (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 582).

Assim, os direitos básicos à vida digna do homem necessitam de instrumentos de tutela, não podendo ser violados pela conduta de quem quer que

seja, incluindo a Administração Pública. A atuação do Poder Judiciário nesses casos, em controle dos demais Poderes, é postura legítima para que sejam garantidos os direitos básicos do homem.

Por fim, cumpre-nos trazer mais uma vez ensinamento de Cunha Júnior (2010), constitucionalista que bem fundamentou o ativismo judicial com o fito de se garantir os direitos mínimos do homem frente à omissão dos demais Poderes:

De mais a mais, o entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigente Constituição de 1988. De feito, cabem ao Legislativo e Executivo, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. A assim chamada liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”.

Queremos expressar, com isso, que a dita liberdade de conformação do legislador encontra nítidos limites e está vinculada à observância do *padrão mínimo* para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna. Isso significa, evidentemente, que, não atendido esse padrão mínimo, seja pela omissão total ou parcial do legislador, o Poder Judiciário está legitimado a interferir – num autêntico controle dessa omissão inconstitucional – para garantir esse mínimo existencial, visto que ele “é obrigado a agir onde os outros Poderes não cumprem as exigências básicas da constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social)”, não satisfazendo os direitos fundamentais sociais. Assim, as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos *deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais*, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário. (JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 742-743).

4.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme anteriormente visto, as normas programáticas definidoras dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões necessitam da atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo para sua regulamentação e efetividade.

Cabe destacar que a efetividade dos direitos fundamentais sociais trata-se de exigência constitucional que deve orientar a conduta de todos os órgãos estatais, de forma a se impedir condutas desarrazoadas, escolhas desproporcionais que acarretem na ilegitimidade do ato administrativo. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito exige instrumentos de tutela a fim de assegurar os direitos fundamentais de segunda dimensão.

O Ativismo Judicial surge então como postura ativa dos Órgãos do Poder Judiciário, a fim de garantir o cumprimento das normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais, quando os demais poderes estatais não cumprem com essa sua função.

Acerca do papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, CUNHA JÚNIOR (2010) assim posiciona-se:

O Poder Judiciário, como a última trincheira de defesa dos direitos fundamentais, também está, evidentemente, vinculado à observância das posições jurídicas que esses direitos consagram. A vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais manifesta-se de forma especial, haja vista que ela não só impõe o respeito deste Poder aos direitos fundamentais, como dele exige uma atividade efetiva e ativa de controle da atuação abusiva dos outros Poderes que afetam os direitos fundamentais, contrariando-os ou não os realizando total ou parcialmente. O Judiciário, portanto, tem o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. É neste contexto que se defende a postura ativa do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais, notadamente na defesa daquele direito fundamental à efetivação da Constituição, que o legitima, até mesmo, a substituir provisoriamente os demais Poderes, no exercício da jurisdição constitucional, sob pena de perder a justificativa histórica que lhe confere a condição de Poder mediador dos conflitos e do controle da efetividade constitucional. (JUNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010, p. 602).

Indiscutível que o Poder Judiciário, sendo parte da estrutura organizacional do Estado, deve utilizar-se de todas as suas competências e instrumentos para fazer cumprir os ditames constitucionais, como os direitos fundamentais em comento. A discussão recai sobre a forma e os limites constitucionais para a atuação desse Poder.

Quanto à atividade legislativa, sempre que o legislador desprezar os direitos fundamentais assegurados e criar normas que lhe sejam contrárias, o Poder Judiciário pode ser provocado a fim de que declare a inconstitucionalidade da respectiva lei, tornando nulos seus efeitos. Esse controle pode ser feito através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Art. 102, I, "a", da CF) e da Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental (Art. 102, § 1º, da CF), no controle concentrado de constitucionalidade, ou mesmo por qualquer uma das partes em qualquer demanda judicial, no chamado controle difuso de constitucionalidade.

Além dos instrumentos supracitados, em caso de omissão legislativa, também pode ser caracterizada a inconstitucionalidade pela ausência de regulamentação de direito assegurado na Constituição Federal, cabendo ao Poder Judiciário, também se provocado, declarar tal inconstitucionalidade, podendo essa declaração dar-se em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (Art. 103, §2º, da CF), no controle concentrado de constitucionalidade, ou através de Mandado de Injunção (Art. 5º, LXXI, da CF).

Assim, estão definidos no texto constitucional os instrumentos de atuação do Poder Judiciário no controle da atividade legislativa, quando o Poder Legislativo infringe normas constitucionais ou se omite em seu dever de concretização desses direitos.

Porém, o que dizer dos instrumentos de atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas?

A doutrina administrativa é clara no sentido de que a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos restringe-se à sua constitucionalidade e legalidade, não sendo cabível o controle do mérito administrativo, ou seja, do juízo de conveniência e oportunidade quanto aos elementos discricionários daquele ato. Nesse sentido, Marinela (2013, p. 291):

No que tange ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, este é possível em qualquer tipo de ato, porém, no tocante à sua legalidade. Vale lembrar que tal análise deve ser feita em sentido amplo, abrangendo o exame das regras legais e constitucionais, incluindo todos os seus princípios. De outro lado, não se admite a análise da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, ou seja, não se pode reapreciar o mérito dos atos discricionários. Nesse diapasão, encontram-se inúmeras orientações doutrinárias e jurisprudenciais. (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7.ed. - Niterói: Impetus, 2013, p. 291).

Também nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011):

Quando se diz que o mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial – e tal asserção está correta –, deve-se bem entender essa afirmação: controle de mérito é sempre controle de oportunidade e conveniência; portanto, controle de mérito resulta na revogação ou não do ato, nunca em sua anulação; o Poder Judiciário, no exercício de função

jurisdicional, não revoga atos administrativos, somente os anula, se houver ilegalidade ou ilegitimidade.

O Poder Judiciário, se provocado, pode controlar a legalidade ou legitimidade de um ato discricionário, quanto a qualquer elemento desse ato, inclusive nos casos em que a administração pública alegue estar atuando legitimamente dentro da sua esfera privativa de apreciação do mérito administrativo, mas tenha, na verdade, extrapolado os limites da lei. (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011, p. 458).

Conforme visto, o controle judicial dos atos administrativos deve analisar a conformação do ato às exigências legais e constitucionais, sem adentrar na zona de discricionariedade que a própria lei permite ao administrador.

No entanto, considerando que a atuação desproporcional do administrador, bem como a sua omissão em promover direitos fundamentais podem caracterizar inconstitucionalidade da ação/omissão do agente público, a doutrina constitucional e administrativa têm reconhecido a possibilidade de controle de atos discricionários, quando as escolhas do administrador ofendam princípios e direitos constitucionais. Dessa forma, Marinela (2013) assim dispõe:

No atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, por vias tortas, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão somente quando essas forem incompatíveis com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal. (MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7.ed. - Niterói: Impetus, 2013, p. 291).

Em exemplo dado pela mesma autora (2013), caso um determinado Município passasse por fase de dificuldades orçamentárias, havendo a necessidade da construção de uma escola e de um hospital, e seu administrador decidisse utilizar o dinheiro disponível para a construção de uma praça, tal decisão afrontaria o princípio da razoabilidade, sendo, portanto, ilegal e passível de controle pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma, quando o administrador se omite na concretização de direitos positivados, o Poder Judiciário deve exercer o controle dessa omissão, objetivando garantir a efetividade do direito já assegurado. Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência do STJ:

(...) 3. Há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação. 4. Se o Poder Público insiste em

desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal. 5. **A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas** (v., p. ex., STF, AgR no RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 3.2.2006). (...) (REsp 813.408/RS, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgamento: 02.06.2009, DJe: 15.06.2009. Grifo nosso).

Assim, essa atuação do Poder Judiciário em área que a princípio não seria de sua competência, faz-se atividade legítima que não afronta a Constituição Federal. Pelo contrário, tal postura ativa faz-se necessária em nosso ordenamento jurídico justamente a fim de se garantir a máxima efetividade de normas constitucionais.

Dessa forma, em uma Constituição repleta de princípios estruturantes e valorativos, apesar de inexistir hierarquia entre tais princípios, por vezes se fará necessária a ponderação de qual princípio prevalecerá em determinada situação. Essa ponderação dos princípios é regra de interpretação constitucional de extrema importância, utilizada sempre que houver o conflito entre princípios constitucionais.

Alexy *apud* Fernandes (2013) assim disserta sobre os princípios e regras constitucionais:

(...) princípios são normas que ordenam que algo se realize na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. [...] Por outro lado, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem sempre ser somente cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que se ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fático e juridicamente. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 224).

E acerca dessa ponderação de princípios, Fernandes (2013), explicando a doutrina de Robert Alexy, dispõe que para este autor:

(...) os princípios seriam normas que obrigam que algo seja realizado, na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Alexy, então, afirma que os princípios apresentam a natureza de mandamentos de otimização.

Destarte, em face de uma colisão entre princípios, o valor decisório será dado a um princípio que tenha, naquele caso concreto, maior peso relativo, sem que isso signifique a invalidação do princípio compreendido como de peso menor. Para Alexy, nesses termos, teríamos que observar a lei da ponderação: “Quanto maior é o grau de não satisfação ou de não afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”. Em face de outro caso, portanto, o peso dos princípios poderá ser redistribuído de maneira diversa, pois nenhum princípio goza antecipadamente de primazia (precedência incondicionada) sobre os demais. (FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 224).

Dessa forma, quanto ao controle das políticas públicas, cabe aos magistrados a ponderação de princípios no caso em concreto, para que nosso Estado Democrático de Direito observe tanto seu fim de garantir um Estado fundado na desconcentração de poder em diversos órgãos, fim esse positivado através do princípio da separação de poderes (artigo 2º da CF), mas que também observe a dignidade da pessoa humana, apontada em nossa Constituição Federal como um dos fundamentos da República (artigo 1º, III, da CF).

Assim, quando se constatar em determinado caso que a ação/omissão desarrazoada do administrador acaba por ferir direito fundamental positivado na Constituição Federal, caberá ao Órgão do Poder Judiciário realizar o controle daquele ato administrativo, ainda que tal ato seja disposto na lei como um ato discricionário, fazendo com que prevaleça a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Cláudio Pereira de Souza Neto *apud* Penna (2014) discorre que:

A questão central é a seguinte: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p.ex., Habermas, Gutmann e Thompson -, então o judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.

5 JURISPRUDÊNCIA APLICADA

No atual cenário jurídico brasileiro, caracterizado pela crescente provocação do Poder Judiciário a posicionar-se nas mais diversas situações que causam lesões a direitos, a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem cada vez mais importância na interpretação e aplicação do direito positivado.

Quanto ao tema discutido no presente trabalho, paradigmática a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, nos autos da ADPF nº. 45, ratificando a possibilidade de controle judicial das políticas públicas com o fim de concretização dos direitos sociais, quando se fizerem omissos os demais Poderes.

Tratava-se de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental promovida contra veto do Presidente da República sobre o art. 55, § 2º (posteriormente renumerado para art. 59), de projeto de lei que posteriormente se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O autor sustentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Na citada decisão, dissertou o Ministro Celso de Mello:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (Supremo Tribunal Federal, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 04.05.2004).

Mais adiante, o Ministro defende:

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 irredutível 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. (Supremo Tribunal Federal, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 04.05.2004).

Dessa forma, o Relator dispõe que condutas desarrazoadas, bem como a injustificada omissão do Administrador, que impliquem no comprometimento da concretização de direitos fundamentais essenciais a uma existência digna, são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, a fim de se garantir a tutela desses imprescindíveis direitos do homem.

Além disso, o Ministro também se posiciona quanto à cláusula da reserva do possível, nos seguintes termos:

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando,

dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (Supremo Tribunal Federal, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 04.05.2004).

5.1 DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL: DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGAS EM CRECHE – RE 436.996/SP

Em sede do Recurso Extraordinário nº. 436.996/SP, a Suprema Corte reconheceu a educação infantil como direito fundamental das crianças de zero a seis anos, destacando como dever constitucional do Estado a garantia da possibilidade de acesso a tais estabelecimentos educacionais para todos os menores que necessitem (Carvalho Filho, 2009).

Tratava-se de Recurso Extraordinário interposto nos autos de Ação civil pública que objetivava matrícula de criança em creche municipal, tendo se discutido acerca da conveniência e oportunidade do Poder Público em efetivar a matrícula, ou seja, a discricionariedade administrativa daquele ato. Nas palavras do também Relator Ministro Celso de Mello:

Ementa: 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 extraordinário conhecido e provido. 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 inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 436.996/SP, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. 03/02/2006).

Dessa forma, na oportunidade o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento no sentido de que a discricionariedade dos atos administrativos não pode ocasionar na inefetividade de norma constitucional garantidora de direito fundamental, como é o caso do direito à educação. Assim, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, assegurar o cumprimento de direitos fundamentais sempre que o Órgão do Poder Público responsável pela concretização desse direito quedar-se inerte em seu dever constitucional.

5.2 DIREITO À SAÚDE – MEDICAMENTOS

Em sede de Recurso Extraordinário nº. 271286/RS, o Supremo Tribunal Federal dispôs acerca do direito à vida em contraposição às possibilidades financeiras do Estado, tendo por fim decidido que o fornecimento de remédios imprescindíveis à manutenção da vida é obrigação do Estado para com aqueles que não podem adquirir a medicação com recursos próprios, consoante teor da decisão:

Ementa: Paciente com HIV/AIDS - Pessoa destituída de recursos financeiros - Direito à vida e à saúde - Fornecimento gratuito de medicamentos - Dever constitucional do Poder Público (CF, Arts. 5º, *caput*, e 196) - Precedentes (STF) - Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira

responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº. 271286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. 24/11/2000).

Da mesma forma, acórdão do Superior Tribunal de Justiça, exarado nos autos do RESP 900.487/RS, tendo o Tribunal entendido que a negativa do fornecimento do leite especial, equiparado a medicamento imprescindível à vida, viola a Constituição Federal. Na decisão, é ressaltado que o caso não se encontra sujeito ao mérito administrativo de execução de gastos públicos, mas é caso de verdadeira observância da legalidade. Desta forma, foi determinada, como meio efetivo adequado para o cumprimento da tutela específica da obrigação de dar o medicamento, o bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública, o qual possui característica semelhante à medida cautelar de seqüestro, com respaldo no art. 461, §5º do CPC, tudo para garantir proteção à criança necessitada. Assim, caso não houvesse a entrega do medicamento, o responsável poderia sacar o dinheiro da conta pública para comprá-lo e assim preservar a dignidade, a vida e a saúde da criança (Rocha, 2009). Assim, destaque-se os seguintes trechos da decisão:

RECURSO ESPECIAL - FAZENDA PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - CRIANÇA - LEITE ESPECIAL COM PRESCRIÇÃO

MÉDICA - BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS - CABIMENTO - ART. 461, 5º DO CPC - PRECEDENTES.

(...) 2. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a criança que necessita de leite especial, por prescrição médica.

3. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível ou, no caso, de leite especial de que a criança necessita, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano.

4. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade.

5. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, 5º, do CPC, pois trata-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica.(...) (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº. 900.487/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJU28.02.2007).

Decisão semelhante foi tomada no Recurso Especial 787101, sob Relatoria do Ministro Luiz Fux:

(...) 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis à proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada pelo embargante importa na disponibilização em favor da parte embargada da quantia de R\$ 345,00 (trezentos e quarenta e cinco reais), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de subrogação.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

9. Embargos de divergência desprovidos." (Superior Tribunal de Justiça, REsp 787101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006);

Assim, as citadas decisões dos Tribunais Superiores demonstram que o Poder Judiciário tem atuado no controle de atos do Poder Executivo quando este não promove indispensáveis direitos sociais aos cidadãos. Motivado na necessidade de garantir efetividade aos direitos fundamentais, o Poder Judiciário tem atuado no campo das polícias públicas, ascendendo a pessoa humana e as condições mínimas de sua existência a patamar de importância mais elevado que a discricionariedade administrativa absoluta e a alegação da reserva do possível.

6 CONCLUSÃO

Conforme assentado no presente trabalho, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu em nossa República um Estado Democrático de Direito, fundado, entre outros princípios, na dignidade da pessoa humana. O fim maior do Estado é o bem-estar da coletividade, é a garantia de vida digna a todos os cidadãos. E objetivando proporcionar essa vida digna aos cidadãos brasileiros, a Carta Magna traz em seu bojo, em situação topográfica privilegiada, os direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e difusos.

Em um Estado nesses moldes, faz-se inconcebível que os representantes dos Poderes Estatais, em condutas desprovidas de razoabilidade e proporcionalidade, ou mesmo através de injustificadas omissões, possam desprezar a efetividade de direitos fundamentais, sem a possibilidade de controle de tais atos.

O ativismo judicial representa, assim, forma de controle de atos dos Poderes Executivo e Legislativo que afrontem a Constituição Federal, violando direitos do homem nela positivados.

Esse controle realizado pelo Poder Judiciário em atos dos outros Poderes é muito mais intenso e discutido ao se tratar de direitos sociais, já que esses direitos exigem prestações positivas do Estado para sua concretização. Nesses casos, a omissão do legislador ou do representante do Poder Executivo acaba por esvaziar a norma constitucional de efetividade. Da mesma forma, quando um dos Poderes atua de forma incoerente com esses direitos sociais. Assim, referidos atos devem ser afastados, em favor da norma constitucional garantidora daqueles direitos fundamentais.

Quanto ao princípio da separação de poderes, em uma ponderação de princípios igualmente assegurados em normas constitucionais, a separação dos poderes deve assumir característica presente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos: a harmonia entre os Poderes conduzida pelo sistema de freios e contrapesos, ou seja, o controle recíproco entre os Poderes Estatais.

Como visto no presente trabalho, o Estado e seus poderes na verdade são indivisíveis. O que ocorre é a existência de três funções estatais distintas, representadas pelos chamados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, de forma que a cada um é fixado um rol de competências. No entanto, essa divisão de funções não atenua que os fins do Estado devem ser atingidos, cabendo a cada um dos ditos Poderes promover que os direitos assegurados pela Carta Magna sejam fielmente observados. Assim, o ato dos representantes desses Poderes são atos do próprio Estado, cabendo o controle de uns dos Poderes sobre os outros sempre que regras e princípios constitucionais sejam postergados. Portanto, legítima a atuação do Poder Judiciário quando, diante de um caso de violação de direitos fundamentais, aplica a norma constitucional de direitos humanos, a fim de que o Estado cumpra o seu dever constitucional.

Considerando que o fim das políticas públicas em um Estado Democrático de Direito deve ser a busca do bem comum, o que compreende uma série de princípios, direitos e garantias que assegurem a cidadania e promovam a dignidade humana, tem-se que essa missão não fica restrita à elaboração e execução de leis, mas também pode ser alcançada em decisões concretas capazes de efetivar direitos e garantias.

Assim, no campo específico das políticas públicas, a discricionariedade administrativa também não pode permitir que o Poder Executivo despreze regras constitucionais assecuratórias da dignidade da pessoa humana, de forma a se afrontar um fundamento da nossa República. Mesmo nos atos discricionários faz-se imprescindível a observância das normas constitucionais pelo Administrador, pelo que a discricionariedade administrativa, assim como qualquer outro princípio ou instituto jurídico, possui os seus limites delineados pelo ordenamento, não sendo característica absoluta e que não possa ser afastada também em uma ponderação dos princípios assegurados no caso concreto.

Destaque-se que, da mesma forma, a reserva financeira do Estado também não pode servir de motivo para a não concretização dos direitos fundamentais mínimos, ainda mais quando nos deparamos com o fato notório da má-gestão do dinheiro público pelos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo. O aparelhamento estatal, como já dito, deve servir às necessidades do homem, pelo

que enquanto não alcançado um padrão mínimo de direitos básicos ao homem, caberá ao Poder Judiciário concretizar esses direitos, aplicando as normas constitucionais.

A Constituição Federal de 1988 deve ter reconhecida sua normatividade, decorrendo daí a necessidade de instrumentos de tutela eficazes para os casos em que esse poder normativo for olvidado pelos representantes do Poder Público. A aplicação direta pelo Poder Judiciário do direito violado no caso concreto, determinando-se prestações positivas pelo Estado, assim como o controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos instituidores de políticas públicas que não observem a concretização dos direitos fundamentais, são instrumentos eficientes para a salvaguarda do poder normativo da Constituição Federal.

Conclui-se, assim, pela constitucionalidade e legitimidade da postura ativa do Poder Judiciário na solução de questões que envolvam lesão a direitos fundamentais, ocasionados por ações ou omissões injustificadas dos demais Poderes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. A Teoria Lockeana da Separação de Poderes. 2001. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>>. Acesso em 07 out. 2014.

BOSCO, Maria Goretti dal; VALLE, Paulo Roberto Dalla. Novo conceito da discricionariedade em políticas públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais. Disponível em <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf> (Artigo integrante da tese de doutorado da autora, intitulado “Políticas Públicas e improbidade: uma aproximação garantista”). Acesso em 14 nov. de 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 out. 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n°. 3916/GM, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.cff.org.br/userfiles/file/portarias/3916_gm.pdf>. Acesso em 15 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n°. 787101, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.8.2006. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7147553/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-787101-rs-2006-0037190-0/relatorio-e-voto-12864896>>. Acesso em 23 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n°. 900.487/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 13.02.2007, DJU28.02.2007. Disponível em < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8999561/recurso-especial-resp-900487-rs-2006-0245696-5/relatorio-e-voto-14171956>>. Acesso em 23 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 04.05.2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> . Acesso em 23 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n°. 271286/RS, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. 24/11/2000. Disponível em < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em 23 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n°. 436.996/SP, Relator Ministro Celso de Mello, D.J. 03/02/2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re436996.pdf>>. Acesso em 23 nov. 2014.

_____. BRASIL tem a 14ª maior carga tributária do mundo. O Progresso. Dourados-MS. Caderno A, Economia. Disponível em <<http://www.progresso.com.br/caderno-a/economia/brasil-tem-a-14-maior-carga-tributaria-do-mundo>>. Acesso em 15 nov. 2014.

_____. CARGA Tributária Brasileira é a 2ª maior da América Latina, mostra OCDE. G1 – Globo. São Paulo, 20 de janeiro de 2014. Economia. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/01/carga-tributaria-brasileira-e-2-maior-da-america-latina-mostra-ocde.html>>. Acesso em 14 nov. 2014.

CARVALHO FILHO, Alfredo de. O Controle Judicial de Políticas Públicas. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-Graduação) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AlfredodeCarvalhoFilho.pdf>. Acesso em 23 nov. 2014.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A Constitucionalização e a Internacionalização dos Direitos Fundamentais. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/1230/800>>. Acesso em 20 out. 2014.

COMPARATO, Fábio Konter. Convenção de Genebra (1864); Direitos Internacional Humanitário. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/gen1864.htm>>. Acesso em 19 out. 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional, 4ª. Ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional 5.ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013.

FUENTES, André. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/impavido-colosso/brasil-e-o-8-pais-com-mais-adultos-analfabetos-do-mundo/>>. Acesso em 14 nov. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Taxa de Mortalidade Infantil por 1000 nascidos vivos – Brasil – 2000 a 2014. Disponível em <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/populacao/taxas-de-mortalidade-infantil>>. Acesso em 14 nov. 2014.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 7.ed. - Niterói: Impetus, 2013.

MARTINS, Estela de Almeida Lima. Controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: o ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj037974.pdf>>. Acesso em 31 out. 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2011.

PENNA, Bernardo Schmidt; SALVADOR, Cássio Contarato. Ativismo judicial: tutela do direito à saúde e políticas públicas. 2014. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/27790/ativismo-judicial-tutela-do-direito-a-saude-e-politicas-publicas>> Acesso em 21 nov. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional-12. ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, Patrícia Carbonel Campos da. O Ativismo Judicial nas Políticas Públicas. Trabalho de Conclusão de Curso - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.ius.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_1_2009/patriciaprocha.pdf>. Acesso em 31 out. 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional – 9.ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.