

# **TÍTULO: O controle jurisdicional das políticas públicas e efetivação dos direitos sociais: uma análise habermasiana.**

**Juvêncio Borges Silva\***

## **Resumo**

O controle jurisdicional das políticas públicas e dos processos de judicialização da política tem ganhado destaque nas pesquisas acadêmicas que versam sobre a relação direito-política e direito-políticas públicas, mormente em face da constitucionalização dos direitos sociais com a Constituição Federal de 1988. Decisões do Poder Judiciário em matéria de política e de políticas públicas têm repercutido no poder político, e suscitado discussões quanto à independência funcional dos poderes, pois algumas decisões têm repercutido nos orçamentos das administrações públicas, forçando-as a cumprir de obrigações constantes do texto constitucional, com vistas especialmente à efetivação dos direitos sociais, mesmo em face do argumento de que não há verba no orçamento destinada à consecução de tais obrigações. Tal situação gera um conflito entre o poder discricionário do administrador público e o Poder Judiciário. É em face desta situação que à luz da teoria da ação comunicativa de Habermas e da sua concepção de democracia procedimental, busca-se uma melhor compreensão da relação entre o político e o jurídico, com destaque para o controle jurisdicional das políticas públicas com vistas à efetivação dos direitos sociais.

**Palavras-chave:** Controle jurisdicional; políticas públicas; direitos sociais.

**Title:** The jurisdictional control of public policy and fulfillment of social rights: a Habermasian analysis.

## **Abstract**

The jurisdictional control of public policies and processes of judicialization of politics has gained prominence in academic research that deal with the relationship-right-right politics and public policy, especially in the face of constitutionalization of social rights with the Constitution of 1988. Decisions of the judiciary in matters of politics and public policy have passed on to political power, and raised discussions about the functional independence of powers, because some decisions are reflected in government budgets, forcing them to comply with the obligations contained in the constitutional text with a special view to the realization of social rights, even in the face of the argument that there is no money in the budget allocated to achieve these obligations. This situation creates a conflict between the public administrator's discretion and the Judiciary. It is in view of this situation in the light of the theory of communicative action Habermas and its procedural conception of democracy, we seek a better understanding of the relationship between the political and legal, highlighting the jurisdictional control of public policies with a view to effecting social rights.

**Keywords:** Jurisdictional control; public policy; social rights

## **Introdução**

O ativismo do Poder Judiciário e a judicialização da política têm sido objeto de inúmeras análises, nas quais se tem considerado a divisão dos poderes e suas esferas de competência, os limites de atuação do Poder Judiciário em face dos Poderes Executivo e

---

\* Mestre pela UNICAMP, doutor pela UNESP, pós-doutor em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT, professor do programa de pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

Legislativo, mormente tendo em vista as várias decisões do Poder Judiciário que tem repercutido diretamente na esfera política como fidelidade partidária, a afirmação pelo STF de que o mandato pertence aos partidos e não ao político eleito, o estabelece limites às greves do funcionalismo pelo S.T.F., a transformação dos denunciados no mensalão em réus pelo S.T.F. etc.

Os tribunais têm também tomado decisões que refletem diretamente nas políticas públicas, obrigando o administrador público a realizar políticas que não estavam contempladas no orçamento, e para as quais, portanto, não há dotação orçamentária. Tais decisões têm ocasionado dificuldades aos administradores públicos, mormente na área da saúde, uma vez que decisões recorrentes do Poder Judiciário têm determinado aos administradores públicos que forneçam medicamentos aos cidadãos, que assumam o ônus de realização de cirurgias etc.

A constitucionalização dos direitos sociais tem levado os tribunais à compreensão de que a administração pública tem o dever de realizá-los, de torná-los efetivos, sem considerar as possibilidades econômicas da administração pública, ante o entendimento de que algumas situações configuram direitos fundamentais essenciais, cuja não efetivação pode resultar no tratamento indigno da pessoa humana, e até mesmo na possibilidade concreta de morte da pessoa humana que necessita de tratamento médico-hospitalar em face de patologia grave.

Tal situação apresenta um conflito, estando de um lado o administrador público que tem o poder discricionário de estabelecer políticas públicas e tem um orçamento previamente votado e aprovado nos termos das políticas públicas estabelecidas, de outro o Poder Judiciário que toma decisões com vistas a obrigar o administrador público ao cumprimento de direitos sociais constitucionais, ainda que não haja previsão orçamentária para este fim.

Esta situação merece reflexão no campo da teoria jurídico-política, de forma a se buscar equacionar esta relação conflitiva. Assim, no presente trabalho, buscar-se-á, a partir da teoria da ação comunicativa de Habermas e de seu conceito de democracia procedimental, encontrar aportes reflexivos com o fito de compreender a relação direito-políticas públicas, e mais especificamente o fenômeno do controle jurisdicional das políticas públicas.

## **1. Direito e política em Habermas**

A relação entre o Direito e a política se encontra no cerne da análise levada a efeito por Habermas no que se refere à democracia e ao surgimento do Estado Democrático de Direito. O direito legitima o poder político que por sua vez legitima o direito, surgindo daí a necessidade de fazer com que o poder político executivo atue pelas vias jurídicas.

Existe, todavia, uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político. Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. Porém o ato auto-referencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo. O momento do reconhecimento recíproco de direitos continua sendo um evento metafórico que pode ser, quando muito, rememorado e ritualizado: a sua perpetuação exige a instauração ou aproveitamento funcional de um poder do Estado. Para que o entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo da juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto com o *médium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito. Da constituição co-originária e da interligação conceitual entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito. Esta é a ideia do Estado de Direito. (HABERMAS, 2003a, p. 169-170).

Habermas, ao analisar o Estado de Direito, o faz a partir da relação entre Direito e Política. Se de um lado “a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito” depende do poder político, por outro lado, o poder político necessita de ser legitimado pelo direito. E é no contexto desta relação que surge o Estado de Direito.

Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse *nexo interno do direito com o poder político* reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo, consideradas mais acima. (HABERMAS, 2003a, p. 170).

Se por um lado o direito como sistema jurídico é estatuído e imposto pelo poder político, por sua vez as decisões políticas devem sua obrigatoriedade coletiva ao fato de serem revestidas de caráter jurídico.

O direito para a sua concretização, mormente no que tange aos direitos fundamentais, precisa revestir-se de sanções com o fito de obrigar a sua obediência ou de punir os transgressores. “Nesse ponto surge o Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de ‘garantir’ seu poder de comando”. (HABERMAS, 2003, p. 170).

Habermas discute a relação interna entre direito e política, considerando a relação tensional que se estabelece entre facticidade e validade inerente ao direito, uma vez que o direito tem a pretensão de ser ao mesmo tempo uma ordem legítima e coercitiva. N’outra

direção, sob uma ótica externa, busca discutir a validade do direito e a facticidade da política, na medida em que se estabelece entre estas duas instâncias uma relação de intercâmbio, uma se servindo da outra, seja para vincular condutas, seja para legitimar o poder de dominação.

A nossa tentativa de reconstrução do nexos entre direito e poder político deve evitar antecipadamente um mal-entendido. A pesquisa não visa ao desnível entre norma e realidade, portanto o poder como facticidade social, perante o qual as ideias podem ser desacreditadas. A visão dirige-se, ao invés disso, para uma tensão entre facticidade e validade *que habita* no direito. Esta tensão se apresentara inicialmente na dimensão da validade do direito – como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito – e no interior do sistema de direitos – como a (tensão) entre autonomia pública e privada. Com a ideia do Estado de direito, amplia-se a perspectiva. A partir dos direitos, nós passamos para uma dominação organizada juridicamente, cujo exercício deve ficar ligado a um direito legítimo. Com a aplicação reflexiva do direito ao poder político, pressuposto por ele, a tensão entre facticidade e validade desloca-se para uma outra dimensão, reaparecendo no próprio poder político constituído conforme o Estado de direito. A dominação política apoia-se num potencial de ameaça, garantido pelos meios coercitivos da caserna: simultaneamente, porém ela pode ser *autorizada* através de um direito legítimo. (HABERMAS, 2003, p. 174).

Habermas discute o processo de legitimação do direito:

A ideia do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade. (HABERMAS, 2003a, p. 172).

Com a passagem para a modernidade, “a cosmovisão religiosa obrigatória decompôs-se em forças de fé subjetivas, fazendo com que o direito perdesse sua indisponibilidade e a dignidade metafísica” (HABERMAS, 2003a, p. 185). Neste contexto o “direito convencionalizado” separou-se da moral “pós-convencional”, e passou o direito a depender das decisões de um legislador político dependente de uma “razão natural”. Tal mudança “no círculo que envolvia o poder entendido instrumentalmente e o direito instrumentalizado, abriu-se uma brecha carente de legitimação, que o direito racional queria fechar, ou melhor, tinha que fechar, lançando mão da razão prática”. (HABERMAS, 2003, p. 185).

Nesse novo quadro que se desenha, faz-se necessário o surgimento de uma nova forma de legitimação ante a erosão do direito racional.

O direito racional, que ficara preso ao encanto dogmático da construção tradicional de um poder de dominação autorizado por um direito superpositivo, não conseguiu sobrepujar a ideia de um antagonismo primordial entre direito e poder. A implosão da abóbada do direito sagrado deixou para trás as ruínas de duas colunas, a saber: a do direito instaurado politicamente e a do poder utilizável instrumentalmente; impunha-se a busca de um substituto racional para o direito sagrado, que se autorizava por si mesmo, capaz de recolocar a verdadeira autoridade nas mãos do legislador político, entendido como um detentor do poder. (HABERMAS, 2003, 185).

Para Habermas, neste quadro de ruínas das colunas de legitimação do direito e do poder político, abre-se uma nova perspectiva de legitimação do direito, qual seja a “mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos”.

É através do “poder comunicativo” que os homens devem buscar construir um direito legítimo e um poder político legítimo.

Como bem observa Habermas, fazendo referência a Hannah Arendt, “o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim, o potencial de uma *vontade comum* formada numa comunicação não coagida”. (HABERMAS, 2003a, p. 187).

Nesta ótica, o poder político não pode ser visto como instrumento de imposição de interesses próprios ou realização de fins coletivos, mas como “uma força *autorizadora* que se manifesta na criação do direito legítimo e na fundação de instituições”. (HABERMAS, 2003a, p. 187).

É através do poder comunicativo que tanto o direito quanto o poder político são construídos num contexto democrático.

O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre *normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder* é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos.

(...) O direito não regula contextos interacionais em geral, como é o caso da moral; mas serve como *medium* para a auto-organização de comunidades jurídicas que se afirmam, num ambiente social sob determinadas condições históricas. E, com isso, imigram para o direito conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos. (HABERMAS, 2003a, p. 191).

Habermas considera “o direito como *médium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo”. (HABERMAS, 2003a, p. 190).

Neste processo comunicativo o direito tem o condão de operar a transformação do poder político em poder legal legítimo, e em contrapartida o poder político proporciona ao direito segurança jurídica, possibilitando-lhe cumprir sua função de “estabilizar

expectativas de comportamento”, o que “permite aos destinatários do direito calcular as consequências do comportamento próprio e alheio”. (HABERMAS, 2003, p. 182).

Ao emprestar forma jurídica ao poder político, o direito serve para a constituição de um código de poder binário. Quem dispõe do poder pode dar ordens aos outros. E, neste sentido, o direito funciona como meio de organização do poder do Estado. Inversamente, o poder, na medida em que reforça as decisões judiciais, serve para a constituição de um código jurídico binário. Os tribunais decidem sobre o que é direito e o que não é. Nesta medida, o poder serve para a institucionalização política do direito. (HABERMAS, 2003a, p. 182).

Habermas, ao considerar este processo reflexivo envolvendo direito e política, esta relação funcional e intercambiante, faz observar que somente o aspecto formal do direito não é suficiente para legitimar o poder político, tendo em vista que “o direito só mantém força legitimadora enquanto puder funcionar como uma fonte de justiça” (HABERMAS, 2003, p. 184). E para cumprir este desiderato o direito não poderá recorrer a formas de validação metafísicas como o fazia o direito sagrado, o direito natural ou a moral, mas deve se valer do “poder comunicativo” como meio de validação do direito (HABERMAS, 2003a, p. 188-189).

Neste mesmo sentido considera Diniz (2006, p. 169):

A compreensão procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo democrático de formação da opinião e da vontade. O *constructo* por ele proposto ancora sua formulação do conceito de legitimidade sob a ótica de um paradigma dialógico procedimental, no contrafluxo de tipificações históricas de índole decisionista e monológica. Nesta perspectiva, “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade”. Donde se deflui que nas modernas sociedades pluralistas, após a derrocada do direito natural e a transição da moral convencional para a moral pós-convencional, o direito positivado enquanto mediador privilegiado de integração social extrai sua força legitimatória de sua gênese procedimental democrática.

Assim, para Habermas, a opinião pública se forma segundo os princípios discursivos que asseguram a racionalidade dos argumentos postos, os quais são institucionalmente filtrados pelo direito e traduzidos nos termos da “forma” jurídica, possibilitando decisões político-administrativas, sendo que os temas de interesse público relevantes são selecionados pelo *medium* jurídico, e são definidos no que se refere aos processos deliberativos destituídos de violência e que ocorrem na esfera pública. Destarte, o direito proporciona esta mediação entre poder comunicativo e poder político, que por sua vez, processará e decidirá os impulsos institucionalizados juridicamente.

Esta forma de compreensão da relação direito e política é, para Habermas, fundamental para a consolidação do Estado de Direito.

Nesta perspectiva é que conclui Habermas:

Os princípios do Estado de direito, desenvolvidos de a) até d) se juntam numa arquitetônica construída sobre a seguinte ideia: a organização do Estado de direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constituiu, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. As instituições do Estado de direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos. Ao se organizar o Estado de direito, o sistema de direitos se diferencia numa ordem constitucional, na qual o *medium* do direito pode tornar-se eficiente como transformador e amplificador dos fracos impulsos sociais e integradores da corrente de um mundo da vida estruturado comunicativamente. Neste ponto, gostaria de destacar dois aspectos: de um lado, o Estado de direito institucionaliza o uso público das liberdades comunicativas (2); de outro lado, ele regula a transformação do poder comunicativo em administrativo (3). (HABERMAS, 2003a, p. 220-221).

A democracia postulada por Habermas se estabelece através das interações comunicativas dos cidadãos, por meio de práticas deliberativas decorrentes de um processo discursivo, as quais serão filtradas pela linguagem do direito e decididas pela política.

Neste contexto é que se dá o resgate habermasiano do uso público da razão prática, em que os cidadãos, como sujeitos de direitos, participantes ativos da discussão política, não apenas tematizam mas também decidem através dos canais institucionais os rumos da sociedade histórica.

Assim, direito e poder político estabelecem relações comunicativas e legitimadoras, sendo o direito o *medium* entre o poder político e a esfera pública.

## **2. Direito e políticas públicas sob o viés do poder comunicativo em Habermas**

Tema que tem sido amplamente debatido nos dias atuais diz respeito à relação entre direito e políticas públicas. Tal discussão tem sido protagonizada principalmente em face do fenômeno da judicialização da política, ensejando uma discussão acerca da divisão funcional do poder e dos limites de atuação de cada poder.

Direito e política não se situam como dimensões estanques no âmbito da sociedade, como já considerado acima na análise habermasiana, mas mantêm relações de legitimação e dependência recíprocas.

No que se refere à esfera pública vejamos a concepção de Habermas:

A esfera pública não pode ser entendida como uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competências e papéis, nem regula o modo de pertença a uma organização, etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, mesmo que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas* enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana. (...) A esfera pública constitui principalmente uma *estrutura comunicacional* do agir orientado pelo entendimento, a qual tem a ver com o *espaço social* gerado no agir comunicativo, não com as *funções* nem com os *conteúdos* da comunicação cotidiana. (HABERMAS, 2003b, p. 92).

Esses fluxos comunicacionais que uma vez filtrados e sintetizados se transformam em opiniões públicas, em temas específicos, são mediatizados pelo direito em relação ao poder político.

Rogério Gesta Leal busca estabelecer o nexos entre política pública e o pensamento de Habermas com vistas à construção de um efetivo espaço de interlocução, deliberação e execução compartilhada de políticas públicas no Estado Brasileiro.

Num tal modelo de normatividade jurídica pensado a partir da construção/adesão societal, os temas da soberania popular, do poder político, dos direitos humanos, da Administração Pública, da autonomia dos sujeitos, são remetidos para uma reflexão sobre a importância dos pactos sociais voltados à instituição de uma Sociedade Democrática e de um Estado Democrático. E isto porque os modelos de democracia representativa ou participativa institucional não tem dado respostas satisfatórias ao tema da participação popular na administração das demandas públicas emergentes, em nosso sentir, porque, primeiro, não contam com um adequado diagnóstico do fenômeno político das relações sociais contemporâneas (desconsiderando a complexidade dos múltiplos aspectos de sua configuração, o que perfunctoriamente demonstramos acima); segundo, porque efetivamente não possuem práticas democráticas de ação administrativa, haja vista a relação patrimonialista que os atores políticos tradicionais mantêm com o poder. (LEAL, 2003, p. 844).

As políticas públicas se constituem como um desafio em Estados como o Estado Brasileiro, com um lastro histórico de uma administração patrimonialista, onde o público de longa data foi tratado como privado por parte dos administradores da *res publica*, no

contexto de um Estado autoritário, de lideranças políticas marcadas por tons acentuadamente autoritários, e que transformaram a administração pública em feudos políticos, sendo que o povo sempre foi alijado dos processos decisórios, sempre foi colocado à margem dos processos políticos.

Roberto DaMatta procura realizar a leitura da sociedade brasileira pelo ângulo da casa e pelo ângulo da rua. Na primeira somos “supercidadãos”, podemos fazer o que queremos, somos ouvidos, somos pessoas. Já leituras pelo ângulo da rua são discursos muito mais rígidos e instauradores de novos processos sociais. “É o idioma do decreto, da letra dura da lei, da emoção disciplinada que, por isso mesmo, permite a exclusão, a cassação, o banimento, a condenação”. (Da MATTA, 1992, p.19).

O que Da Matta procura desenvolver é a tese de que no Brasil, ao longo de sua história, desenvolveu-se uma cidadania dentro de casa que é diferente da cidadania na rua. O código da casa se fundamenta na amizade, no compadrio, na pessoa, enquanto que o código da rua se fundamenta em normas universais, abstratas, legais, formais. Dentro de casa somos reconhecidos, fora de casa somos desconhecidos.

Ele considera que, se por um lado no Brasil temos normas gerais, Constituição, Códigos, herança do liberalismo, e que deveriam ser aplicados a todos sem distinção, por outro lado, o exercício da cidadania no Brasil na verdade ocorre de forma relacional-pessoal, ou seja, quando uma pessoa se vê numa situação em que a aplicação da lei pode lhe trazer prejuízos ela então invoca em seu favor o ter relação pessoal com alguém que tem status social, o que em muitas situações a beneficia.

DaMatta procura mostrar que no caso do Brasil a tentativa do governo de impor normais de caráter geral a todas as pessoas encontrou forte resistência por parte dos grandes proprietários e das pessoas livres de uma forma geral. O individualismo brasileiro opera como reação às leis do Estado colonizador, ao contrário do individualismo norte-americano e anglo-saxão que é criador de leis.

DaMatta conclui, portanto, que no caso do Brasil o que conta não é o indivíduo e o cidadão, mas a relação.

Isso permitiria explicar os desvios e as variações da noção de cidadania. Pois se o indivíduo (ou cidadão) não tem nenhuma ligação com pessoa ou instituição de prestígio na sociedade, ele é tratado como um inferior. Dele, conforme diz o velho ditado brasileiro, quem toma conta são as leis. (Da MATTA, 1992, p. 78).

Não obstante a Constituição Federal ter sido aclamada como sendo “Constituição cidadã”, e não obstante as legislações que a seguiram e que ampliaram as possibilidades de exercício da cidadania, muito há que ser feito para a promoção da cidadania no Brasil. Neste sentido as considerações de Roberto da Matta sobre o sentido negativo do termo “cidadania” no Brasil.

Com efeito, a palavra “cidadão” é usada sempre em situações negativas no Brasil, para marcar a posição de alguém que está em desvantagem ou mesmo inferioridade. Quando se diz: ‘o automóvel pertence àquele cidadão’; ou ‘o cidadão não tem todos os documentos em ordem’, sabe-se que o tratamento universalizante e impessoal é utilizado para não resolver e/ou dificultar a resolução de um problema. Neste contexto, nada é mais revelador do que a resposta invocadora da cidadania brasileira, no meio de um comício político tenso e proibido pela polícia. De fato, falar em alto e bom som que se é um cidadão brasileiro é sofrer, em situações como essas, penalidades brutais. Querer ser cidadão para fazer crítica ao governo é às vezes tão negativo quanto ter de ser um cidadão para poder ser preso e maltratado pela autoridade pública. Daí todo brasileiro estar certo de que, quando está numa delegacia de polícia, seus direitos políticos (e civis) ficam lá fora, na sua casa: junto aos amigos e colegas.

No mundo social brasileiro, o que sempre se espera em qualquer situação de conflito ou disputa é o ritual do reconhecimento, que humaniza e personaliza as situações formais, ajudando todos a hierarquizar as pessoas implicadas na situação. Quando isso pode ser feito de modo imediato, tudo se resolve com grande facilidade, não havendo nem mesmo o conflito. Pertence à nossa consciência social a distinção do tratamento por meio da regra geral (e dos seus respectivos papéis sociais) como um modo de negar ou inferiorizar alguma coisa ou alguém. Assim, invocar a lei universal é quase que um eufemismo para a negativa que jamais é dada utilizando-se como foco a justificativa pessoal. Deste modo, é comum ouvir-se o seguinte... “Bem...eu por mim até que poderia aceitar suas explicações, mas a *lei determina* este tipo de procedimento e eu não tenho escolha senão prendê-lo (ou multá-lo)!” O cidadão é a entidade que está sujeita à lei, ao passo que a família e as teias de amizade, as redes de relações, que são altamente formalizadas política, ideológica e socialmente, são entidades rigorosamente fora da lei. (DA MATTA 1988, p. 80-81).

Um Estado Democrático de Direito, entretanto, somente pode se consolidar como tal tendo em conta a participação popular, com o exercício da cidadania, o que exige,

segundo Habermas, um processo comunicativo na esfera pública, uma participação das pessoas, a formação de opiniões públicas que devem ser levadas em conta nos processos decisórios do poder político.

Um Estado Democrático de Direito somente pode alcançar este desiderato levando em conta a esfera pública, e de igual forma o sistema jurídico instituído, de forma que seja de fato um Estado Democrático, ou seja, no qual o processo decisório contempla os interesses da esfera pública, e que tem um fundamento jurídico-constitucional, destacando-se os direitos fundamentais.

A construção do Estado Democrático de Direito exige, portanto, a participação social, através de um processo comunicativo do qual deve o povo participar.

Assim, Leal (2003, p. 849-852) critica os argumentos endógenos que operam com a ideia de que o tema da administração pública possui um grau de complexidade e especificidade que vão desde a sua dimensão gramatical/linguística, até a sua operacionalização, se inserindo num universo categorial tão próprio e pontual que só é alcançado pelos já iniciados em sua ciência, devendo os incautos cidadãos serem mantidos à margem, uma vez que não compreendem seus enunciados, conceitos e discursos, de igual forma critica os argumentos exógenos que versam sobre a ideia de que a participação social na gestão da coisa pública encontra limites cognitivos e institucionais. No primeiro caso constatar-se-ia uma impossibilidade da comunidade política ter discernimento pleno dos temas que estão envolvidos no âmbito da administração pública, e no segundo caso a comunidade política não tem capacidade de articulação e mobilização da sociedade civil.

Tais argumentos justificam o afastamento do povo do processo político-administrativo constitui ranço de um Estado patrimonialista e autoritário que precisa ser superado. Neste sentido é que preconiza Leal (2003, p. 855):

Os pressupostos fundacionais de uma Administração Pública Democrática e Comunicativa tomam como ponto de partida um conceito procedimental de poder político e social, em que há uma relação umbilical e necessária entre processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade, *locus* privilegiado da produção de relações e das possibilidades conceituais e operacionais do poder. Tal ponto de partida implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo, mediado, de um lado, por uma linguagem e comunicação política incluyente e aberta, e de outro lado, pela interação de instituições políticas tradicionais, pelos valores da esfera societária na qual se encontram estas instituições, e pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Em outras palavras, estamos falando de um novo contrato da civilidade, que não é mais contrato civil nem contrato civil com o Estado, mas um contrato de cada

um com todos que fazem parte da comunidade nacional (quijá internacional, em alguns aspectos). Este novo contrato justificaria as novas formas de legitimidade que ressaltam o caráter ainda nacional do Estado, no qual a violência exercida deve ser limitada, controlada e justificada; criaria as novas formas de solidariedade nas quais o Estado seria também o catalisador de inúmeros circuitos de reciprocidade e solidariedade que necessitam definição. Aqui, trata-se de reaproximação entre o social e o político, ou da repolitização dos laços sociais, ligando-os aos direitos sociais e à cidadania.

Uma Administração Pública Democrática, valendo-se de um processo comunicativo, do qual sejam chamados a participar os vários segmentos sociais, os atores políticos, mediado pelo direito, pode e deve contribuir para a consecução de uma sociedade mais fraterna e solidária, sendo as instituições do Estado juntamente com a sociedade civil, promovedores dos direitos sociais e da cidadania.

O Ministério da Saúde cunhou a seguinte definição de políticas:

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades. (SCHMIDT, 2008, p. 2.313).

Fernando Aith (2006, p. 232) assim conceitua política pública:

Primeiramente, para o presente estudo, **considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos.**

As políticas públicas dizem respeito, portanto, às ações governamentais realizadas com a utilização dos recursos arrecadados pelo Estado, com o objetivo de promover o bem da população, buscando a realização dos direitos sociais e dos direitos humanos, de forma democrática.

As políticas públicas podem ser de Estado ou de governo. Segundo Aith (2006, p. 235), “quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado”, e “quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo” (AITH, 2006, p.235).

Logo, se configuram políticas de Estado aquelas que são essenciais para a organização, estrutura e desenvolvimento do Estado. Como exemplo podemos mencionar a política de saúde através do Sistema Único de Saúde. Já as políticas de governo são aquelas voltadas à satisfação do interesse público que não representem atividade essencial do Estado, podendo até mesmo ser delegada e terceirizada, e mesmo sofrer solução de continuidade, o que não ocorre com as políticas de Estado.

As políticas públicas, sejam as de Estado ou de Governo somente podem se dar nos termos do direito em vigor, em respeito às normas jurídicas constitucionais e infraconstitucionais.

Não obstante as políticas públicas se realizem a partir da participação efetiva do Estado e dos governos, elas devem, segundo Habermas, se realizar levando em conta o processo comunicativo que envolve a esfera pública. Neste sentido faz-se necessário a participação popular na elaboração das políticas públicas.

Algumas experiências, como a da elaboração do orçamento participativo por parte da administração pública de Porto Alegre-RS, é um exemplo de uma política pública que contempla a comunicação entre o poder político e a esfera pública, possibilitando a construção de um orçamento que contemple os reais interesses da coletividade. Tal escolha contempla o exercício da cidadania que segundo Mantovaneli Junior (2006, p. 49) “tem como fundamento o necessário compartilhar de um patrimônio comum, ancorado no sentimento direto de participação e na *‘lealdade a uma civilização’*”.

Ora, se o patrimônio é comum, deveria para a sua gestão e administração contar com a participação mais efetiva do povo na elaboração do orçamento público e o seu acompanhamento no que tange à sua execução, mormente em face de tantos desvios que tem ocorrido no erário público da administração pública brasileira.

### **3. Políticas públicas e direitos sociais: a comunicação entre o político e o jurídico**

As políticas públicas estão diretamente relacionadas aos direitos sociais na medida em que grande parte das políticas públicas tem como teleologia sua realização.

Como pontua Bucci (2006, p. 2) “os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o

enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”.

O Estado liberal orientou sua ação política no sentido de garantir os direitos individuais. Estes direitos estavam ligados diretamente ao direito de propriedade, logo o Estado liberal é o que garante direitos individualistas, sem se preocupar com o social.

Cristina Queiroz (2006, p. 8), com muita propriedade, expõe a concepção do Estado liberal que antecedeu ao Estado social:

No século XIX, o caráter excepcional dos direitos sociais como direitos a prestações não significou que o poder político não tivesse em consideração ou fosse cego perante a “dimensão prestacional” da relação Estado-cidadão. Diferentemente, o século XIX deve antes ser analisado como uma época de triunfo da ideologia liberal, mas uma época, apesar disso, não alheia às aspirações de cuidado e promoção de bem-estar social. Só que o liberalismo entendia essas aspirações de cuidado e promoção sociais, basicamente, como “obrigações morais” a cargo da sociedade, sem vinculatividade jurídica geral. Essas obrigações ou deveres morais reduzem-se à fórmula consagrada no artigo 2º da Declaração de Direitos de 1789: a “conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. “Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Nesse sentido, o liberalismo recusava o sancionamento jurídico de uma “obrigação positiva” de “fraternidade” ou solidariedade”, numa palavra, a realização dos direitos fundamentais sociais como deveres público-estaduais.

No Estado liberal, portanto, as ações sociais eram relegadas à sociedade, que atuava sob o viés moral-caritativo.

Sobre as condições histórico-sociais que envolveram as transformações que conduziram ao surgimento do Estado social observa Garcia (1994, p. 510-11).

Quebra-se a dicotomia Estado/Sociedade que a concepção liberal do Estado alimentara. O Estado abandona a natureza neutral e torna-se parte empenhada no contexto social. Como um empresário ou produtor de bens, luta por obter fins preestabelecidos, por concretizar um projecto. Adquire definitivamente o papel de actor no gigantesco palco social.

Num outro quadrante, os acontecimentos descritos ilustram a passagem de um Estado fundado em interesses caracterizadamente uniformes – sociedade liberal, de homens iguais, irmanados na razão – para um Estado plural, marcado pela clivagem dos interesses individuais e de grupo, numa emaranhada e complexa teia de convivência difícil.

(...) O clamor contra o individualismo liberal e a favor dos valores sociais, bem como contra valores abstractos e universais veiculados pelo racionalismo e a favor dos concretos e sua eminente historicidade cresce de tom no início do século XX, apesar de ter sido com a revolução industrial, cujos primeiros passos se deram ainda na Inglaterra de setecentos, que as ideologias socialistas começaram a nascer e a divulgar-se.

A situação de pobreza dos trabalhadores, particularmente fabris, que o liberalismo económico, difundido pela escola clássica inglesa – Adam Smith e

Davi Ricardo -, acreditava seria corrigida pelo simples funcionamento das leis do mercado, foi-se acentuando e generalizando, contribuindo para uma crise econômica e social grave. O trabalho infantil, o excessivo número de horas de trabalho, o baixo nível dos salários, a ausência de um serviço social de saúde e de um sistema de reformas, justaram-se às descobertas tecnológicas que puseram no desemprego grande número de trabalhadores, para os quais não existia um serviço de previdência com adequados fundos. Uma onda generalizada de protestos ergue-se então: os trabalhadores exigem a intervenção do Estado e, desde logo, a definição de uma conveniente legislação laboral e a criação de serviços de previdência social. A explosão demográfica, então verificada, agrava ainda mais a situação, conhecida por “questão social”.

O Estado abstencionista passa, doravante, a ser um Estado prestacionista. Das “liberdades *em relação* ao Estado” oriundas do liberalismo, surgem as “liberdade *através* ou *por meio* do Estado” (BOBBIO, 1992, p. 32).

Nesta mesma perspectiva é que também analisa Otero (2009, p. 333).

Se a garantia dos direitos fundamentais do liberalismo assentava na idéia de abstenção do Estado, sendo a propriedade e a liberdade tanto mais garantidas quanto menor fosse a intervenção do Estado, rapidamente se verificou, todavia, que existem direitos fundamentais cuja efectiva garantia exige uma intervenção social ou econômica do Estado. (OTERO, 2009, p. 333).

A positivação dos direitos sociais, fenômeno que ocorre ao longo do século XX, vincula o Estado como prestador de obrigações para com os que vivem em seu território, como p. ex. saúde, educação, segurança etc. Esta mudança do Estado liberal para o Estado social teve implicações também na mudança da concepção processual antes individualista, para uma concepção coletiva.

A juridicização dos direitos sociais vincula diretamente as políticas públicas ao direito, mormente quando os direitos sociais são constitucionalizados e considerados direitos fundamentais.

A partir de então, cabe ao Poder Jurídico cuidar para que estes direitos sejam realizados através de prestações positivas pelo Estado. Neste sentido, o Poder Jurídico, a quem cabe zelar pelo cumprimento da Constituição, mormente através do Supremo Tribunal Federal, passa a ter não somente o direito mas o dever de agir para obrigar o Estado ao cumprimento de suas obrigações sociais constantes do texto constitucional.

É neste contexto que deve ser discutido o controle jurisdicional das políticas públicas.

#### **4. O controle jurisdicional das políticas públicas e promoção dos direitos sociais sob o viés da democracia procedimental habermasiana**

Habermas, através da teoria da ação comunicativa busca conferir legitimidade à ordem jurídica através da busca do consenso, o que acaba por vincular os cidadãos ao direito.

Na esteira do pensamento de Kant, Habermas afirma que no interior do espaço público deve existir um consenso em torno das decisões políticas, as quais são levadas a efeito através de uma ação comunicativa entre os cidadãos. O processo comunicativo desenvolvido entre os cidadãos seria condição fundamental para reduzir os distanciamentos entre estes e o poder público.

Habermas afirma ainda a necessidade de uma ampla comunicação entre os cidadãos, não se utilizando de códigos especiais de sistemas parciais, mas uma linguagem comum.

A integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos. Sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar por si mesmos a linguagem comum necessária para a percepção e a articulação de medidas e aspectos relevantes para a sociedade como um todo. Para conseguir isso, encontra-se à disposição uma linguagem comum, situada abaixo do limiar de diferenciação dos códigos especializados, a qual circula em toda a sociedade, sendo utilizada nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo parlamentar para o tratamento de problemas que atingem a sociedade como um todo. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistema autopoieticos fechados. O sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida. Pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isso tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida. (HABERMAS, 2003b, p. 84).

A aplicabilidade dos conceitos formulados por Habermas exige uma mudança cultural, mormente em países como o Brasil, onde está arraigada uma visão paternalista do Estado jungida a uma visão patrimonialista e autoritária, onde se instala uma democracia delegada, não uma democracia participativa. Estes são óbices que precisam ser superados a partir de uma prática democrática participativa.

A busca do consenso exige necessariamente a participação popular, uma vez que como afirma Habermas (2003b, p. 84) “a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas

associações e na esfera privada”. Logo o processo discursivo deve ir muito além do âmbito institucional e chegar às ruas, ao povo, às associações, enfim, à sociedade como um todo, nos vários contextos do “mundo da vida”.

A legitimidade do direito somente se dará a partir deste efetivo processo participativo comunicacional por parte dos cidadãos.

Nesta perspectiva a legitimação do direito não pode decorrer de instâncias metafísicas e nem tampouco de procedimentos meramente de natureza formal como o preconizado por Kelsen na sua formulação da teoria pura do direito (2000, p. 215-308), separando completamente o direito dos valores, e que se tornou paradigmático para o positivismo jurídico, mas de uma ação comunicativa realizada entre os cidadãos, entre a esfera pública e as várias instâncias presentes na sociedade, na construção do consenso, após amplo processo comunicativo. Contrariamente, Habermas propõe o conceito de democracia procedimental que consiste na ampla participação discursiva, comunicativa pela esfera pública, pela sociedade civil, pela esfera privada, pelas associações. Assim, a formação institucionalizada da vontade deve contemplar todas estas participações comunicativas.

Conforme analisa Leal (2003, p. 855)

Os pressupostos fundacionais de uma Administração Pública Democrática e Comunicativa tomam como ponto de partida um conceito procedimental de poder político e social, em que há uma relação umbilical e necessária entre processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade, *locus* privilegiado da produção de relações e das possibilidades conceituais e operacionais do poder. Tal ponto de partida implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo, mediado, de um lado, por uma linguagem e comunicação política incluyente e aberta, e de outro lado, pela interação de instituições políticas tradicionais, pelos valores da esfera societária na qual se encontram estas instituições, e pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Neste sentido é que afirma Habermas(2003b, p. 23) sobre o poder político:

O poder disponível administrativamente modifica sua composição durante o tempo em que fica ligado a uma formação democrática do poder político. Independentemente disso, somente o sistema político pode “agir”. Ele constitui um sistema parcial, especializado em decisões que obrigam coletivamente, ao passo que as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede ampla de sensores que reagem à pressão de situações problemáticas da sociedade como um todo e estimulam opiniões influentes. A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode “dominar” por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo.

A democracia exige a participação popular ativa, influenciando a administração política.

E quanto à atuação dos tribunais no que concerne à administração pública?

Habermas, apud Streck (2002, p. 138) “propõe, pois, que o Tribunal Constitucional deve ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, isto é, limitado a proteger um processo de criação democrática do Direito”.

Habermas (2003a, p. 343) afirma que no republicanismo “perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”. Em seguida afirma que o republicanismo não se transforma no advogado do autocontrole judicial, mas ao mesmo tempo “ele é a favor de um ativismo constitucional, porque a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional” (HABERMAS, 2003a, p. 343). E, segundo Habermas, tal se dá devido ao fato de que nas democracias de massa do Estado social ocorre “uma política instrumentalisticamente desvirtuada, ‘decaída’”. (HABERMAS, 2003a, p. 343).

No que se refere à atuação do tribunal constitucional afirma Habermas (2003a, p. 346-347).

A discussão sobre o tribunal constitucional – sobre seu atavismo ou automodéstica – não pode ser conduzida *in abstracto*. Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva (*offensiv*) em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas que colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição” -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Habermas, portanto, não vê com bons olhos o ativismo judicial, em substituição à participação cidadã. No seu entender a democracia se constrói através de procedimentos comunicativos com ampla participação da esfera pública e da sociedade civil.

Para Habermas, necessário se faz que sejam garantidas as condições do processo democrático, tendo em vista que ele não aceita a Constituição como uma ordem axiológica prévia, cujos valores devem ser descortinados pelos juízes, mas como um cenário para se

promover um amplo debate, valendo-se de processos comunicativos, por meio dos quais os próprios cidadãos irão estabelecer o destino da comunidade.

Sob esta ótica Habermas concebe a sociedade hodierna como sendo uma sociedade pluralista.

É certo que a teoria da ação comunicativa de Habermas é idealisticamente correta no que se refere à construção da democracia discursiva. Esta deveria ser construída através da participação comunicativa da esfera pública e da sociedade civil.

O ativismo judicial seria, portanto, uma ação paternalista por parte dos tribunais, substituindo o cidadão, ainda que com o intuito de proteger seus direitos, pois como observa Habermas (2003b, p. 84) “a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos”.

Nesse sentido, os juízes deveriam evitar a todo custo ceder à tentação de um ativismo judicial sem que antes tenham recorrido a argumentos democráticos justificadores de sua intervenção em sede de políticas públicas.

Entretanto, ao se considerar o contexto sócio-político brasileiro, as situações de exclusão social, de miséria, deficiência da formação educacional, falta de consciência e participação cívica, reduzida capacidade de mobilização política dos eleitores, nos parece que necessário se faz que os tribunais realizem, ainda que por um momento, o papel de um tutor da cidadania, nos termos da proposta republicana pontuada por Habermas. Nesse caso “a jurisprudência constitucional deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano e a realidade constitucional”, sob o risco de o desnível se manter intacto ou até mesmo aumentar.

Neste sentido considera Appio (2004, p. 166);

A concepção de Habermas sobre a Constituição é válida no contexto brasileiro, desde que se considerem as limitações naturais de sua adoção no país. O caráter procedimental da jurisdição no Brasil impõe limitações à atividade judicial, caso se considere a democracia representativa – através da lei votada pelos representantes da nação – como a única e exclusiva alternativa. Contudo, uma interpretação aberta da Constituição brasileira de 1988 permite vislumbrar uma série de possibilidades distintas de superação dos modelos tradicionais de democracia representativa, de molde a incluir no debate constitucional atores sociais até então confinados aos guetos criados pela ciência do Direito e seus mitos dogmáticos.

As críticas a um modelo procedimentalista são, efetivamente, procedentes no que tange à tutela dos direitos e garantias individuais fundamentais, em relação aos

quais o intérprete deve buscar diretamente na Constituição – e não na própria sociedade – a melhor proteção para um direito individual a partir de uma jurisprudência principiológica. Devolver à sociedade uma função já outorgada aos juízes significaria romper com a democracia, quando se considera o caráter normativo da Constituição e o papel destinado ao Poder Judiciário pela Assembléia Constituinte.

Neste diapasão, os tribunais brasileiros, ao julgar de forma a exercer controle judicial sobre as políticas públicas, e o fazem fundamentados na Constituição Federal, Carta Política do Estado Democrático Brasileiro, atuam no sentido de respeitar e fazer cumprir a vontade geral, mormente no que se refere aos direitos fundamentais.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 constitucionalizou as políticas públicas, inserindo no texto constitucional diversas responsabilidades do administrador público para com a sociedade, as quais devem ser cumpridas, como por exemplo, políticas voltadas para a educação, saúde, segurança etc., na medida em que a Administração Pública se escusa de realizar políticas que cumpram o disposto no texto constitucional, cabe ao poder judiciário atuar no sentido de fazer com que tais políticas sejam realizadas.

Há que se considerar, entretanto, critérios para a atuação judicial em face da administração pública no que se refere à intervenção nas políticas públicas.

De um lado tem se considerado, do lado da administração pública, o princípio da *reserva do possível*, e de outro lado, o princípio do *mínimo existencial*.

Cabe mencionar, por oportuno, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, procedente do Distrito Federal, tendo como arguente o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e como arguido o Presidente da República, decidida em 29/04/2004, pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

A questão atacada diz respeito ao veto do Presidente da República ao §2º, do art.55, (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias da União), que tem como objetivo fixar as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária para 2004. O § 2º do art. 55 determinava o que se entendia por ações e serviços públicos de saúde, ou seja, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza.

O autor alega que o veto desrespeita preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada com o fito de garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Ainda que a questão tenha restado prejudicada em razão de Projeto de Lei enviado pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, e que se converteu na Lei Federal nº 10.777/2003, da mesma natureza da anterior e incluindo o dispositivo anteriormente vetado, cabe considerar a sustentação do relator em face da ação impetrada.

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. (<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 30 de agosto de 2.012).

Em sede de direitos sociais constitucionais, inscritos na Constituição, entende o ministro Celso Bandeira de Mello que a Suprema Corte, no exercício da dimensão política da jurisdição constitucional deve agir no sentido de tornar efetivos “os direitos econômicos, sociais e culturais” constantes da Carta política.

O ministro relator argumenta a seguir que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada com o fito de exonerar a administração pública do cumprimento de suas obrigações.

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. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar). (<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 30.08.2012).

Destarte, ainda que a administração pública tem o seu poder discricionário de fixar previamente as políticas públicas a serem implementadas, não pode fazê-lo descumprindo obrigações constitucionais, principalmente quando se trata de direitos de "essencial fundamentalidade". Neste caso, caberia ao administrador público priorizar na elaboração do orçamento público verbas destinadas ao cumprimento das obrigações constantes do texto constitucional.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 30.08.2012).

Ao princípio da *reserva do possível* deve ser contraposto o princípio do *mínimo existencial*, ou seja, faz-se necessário que o Estado, através da administração pública

propicie a garantia de direitos básicos, que se traduzem em condições mínimas necessárias à existência, sob a condição de se atentar contra a “dignidade da pessoa humana”, contra os direitos mais essenciais elencados no texto constitucional. Fazê-lo seria cometer injustiça e tornar a constituição em “folha de papel”.

Como afirma Barcellos (2006, p. 26).

(...) tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. Isto é, ainda que não se quisesse reconhecer um valor autônomo a tais direitos e à sua proteção, ao menos será preciso assumir dois axiomas para que as pessoas possam participar do procedimento de deliberação: reconhecer que todos os indivíduos são livres e iguais. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

Habermas é incisivo quanto à relevância dos direitos fundamentais num Estado democrático:

O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos. Estes têm que ser instaurados com o auxílio do poder politicamente organizado. Além disso, a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. Isso atinge o aspecto central, sob o qual o Estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal. O poder do Estado só adquire uma figura institucional fixa na organização das funções das administrações públicas. Peso e abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. Tal dinâmica de auto-influência é acelerada através dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento de pressupostos sociais, culturais e ecológicos para um aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação política. (HABERMAS, 2003a, p. 171).

Os direitos fundamentais proporcionam as condições à participação democrática, desde que sejam efetivos, e só podem ser instaurados com o apoio do poder político, tendo como necessidade um poder executivo com capacidade para fazê-lo, e que tem o direito como *medium* orientador e influenciador de seus processos de reprodução.

Como já foi mostrado acima, o sistema político e social brasileiros ainda não oferecem as condições para a realização de uma democracia realmente participativa. E é em

face do cenário sócio-político que perfila a sociedade brasileira, marcada pelo abuso dos administradores públicos para com a *res publica*, administrando-a como se tratasse de patrimônio privado, de um contingente populacional alijado do acesso à saúde, à educação, às condições mínimas de existência que torna-se imperativa a atuação do Poder Judiciário em matéria de controle jurisdicional de políticas públicas, sem que tal atuação traga prejuízo para a democracia, antes, está o Poder Judiciário atuando em face da menoridade da cidadania, na qualidade de tutor, e, espera-se, por breve tempo, com o fito de fazer com que seja cumprida a Constituição. É nesta perspectiva que pondera o desembargador Rogério Gesta Leal:

Em meio a tantas incertezas e problemas, algumas diretrizes, as quais passo a chamar de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, estão postos e não podem ser desconsiderados em quaisquer ações – públicas ou privadas – que se destinem ao atendimento das situações anteriormente desenhadas. Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (205, p. 170).

Em que pesem as restrições de Habermas no que se refere ao ativismo judicial, e no caso, em face das políticas públicas, temos a considerar que em se tratando do caso brasileiro, em que temos pouco mais de 20 anos de democracia, e ainda estamos a construir uma consciência e prática de cidadania, importa sim que o poder judiciário atue exercendo controle sobre as políticas públicas levadas a efeito pelos administradores públicos no Brasil, de forma que a Constituição seja cumprida, mormente no que se refere aos direitos fundamentais essenciais à dignidade da pessoa humana, às condições mínimas de uma existência digna.

### **Considerações finais.**

O controle jurisdicional de políticas públicas, não obstante as críticas que vem recebendo por parte de administradores públicos e mesmo no contexto da academia, torna-se necessário no âmbito do Estado brasileiro, marcado por uma administração pública patrimonialista, abusiva, desrespeitosa para com os cidadãos.

Não obstante o ideal de uma democracia procedimental, marcada por um amplo processo de comunicação entre a esfera pública, sociedade civil e instituições políticas, e

por um Poder Judiciário que deveria atuar no contexto democrático em respeito à vontade geral, não tomando a Constituição como Carta Política com valores previamente definidos, o fato é que as condições presentes na sociedade brasileira e na administração pública brasileira faz com que seja necessário um Poder Judiciário que atue no sentido de obrigar os administradores públicos a realizarem algumas políticas públicas constantes da Constituição Federal, no sentido de tornarem efetivos os direitos fundamentais, e dentre eles, os direitos sociais, tendo em vista sua essencialidade para a promoção de uma vida digna.

Assim, no confronto entre o princípio da *reserva do possível* e o princípio do *mínimo existencial*, cabe aos tribunais *ponderarem* no sentido de, em cada caso, zelar pela satisfação dos direitos fundamentais, na compreensão de que estes têm primazia sobre as demais políticas públicas.

Neste sentido o tribunal não extrapola de sua esfera de poder, adentrando na arena política, tendo em vista que sua decisão deve se ater aos estritos limites da Constituição. Ora, não há como não se falar em repercussão política uma vez que a Constituição é uma Carta Política, e na medida em que os tribunais obrigam o seu cumprimento, principalmente em sede de direitos fundamentais, estão zelando pelos direitos políticos mais fundamentais da pessoa humana, ou melhor, fazendo com que se realizem as condições essenciais para que a pessoa humana possa de fato exercer seus direitos políticos, seus direitos de cidadania.

Ainda que o ativismo judicial nesta ordem destoe da teoria da democracia procedimental de Habermas, ele se faz necessário no sentido de suprir o desnível entre a república idealizada e a república realizada, desnível este que no caso do Brasil é enorme.

Assim, ainda que a teoria da ação comunicativa e da democracia procedimental devam ser buscadas e implementadas, procurando cada dia mais criar as condições para um processo comunicativo entre as várias esferas da sociedade, de forma que haja maior participação popular no processo de construção da democracia, faz-se necessário ao mesmo tempo, que o Poder Judiciário atue no sentido de fazer cumprir a Constituição, fazendo-o através do controle jurisdicional das políticas públicas com vistas à efetivação dos direitos sociais, até um tempo em que sua atuação não seja mais necessária, uma vez que a esfera pública, a sociedade civil e as instituições democráticas já terão conseguido realizar uma

ação comunicativa eficaz, capaz de criar um consenso democrático, com efetiva participação dos cidadãos, como sujeitos ativos do Estado Democrático de Direito.

### **Referências bibliográficas**

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos coletivos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: O controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: jul/set/2006, p. 17-54

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAMATTA, Roberto. **A Casa & a Rua**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: Uma abordagem moderna e pós-moderna**. São Paulo: Landy, 2006.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Dias. **Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Ente facticidade e validade**. Tomo I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Ente facticidade e validade**. Tomo I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Rio de Janeiro: São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 3**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-178.

MANTOVANELI JUNIOR, Oklinger. **Políticas públicas no século XXI: a perspectiva da gestão multicêntrica (à luz da experiência de Porto Alegre)**. Blumenau: Edifurb, 2006).

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais, Vol. I**. Coimbra: Almedina, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SCHMIT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (orgs.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos, tomo 8**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.