

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL:
INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA PARA CONCREÇÃO DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E PROMOÇÃO DA CIDADANIA OU
EXORBITÂNCIA DE PODER? UMA AVALIAÇÃO À LUZ DA TEORIA DOS
SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES AND FUNDAMENTAL SOCIAL
RIGHTS: EFFECTIVE FOR CONSTITUTIONAL GUARANTEES OR EXORBITANT
POWER? AN EVALUATION OF THE LIGHT THEORY OF SYSTEMS NIKLAS
LUHMANN

Juvêncio Borges Silva*

José Querino Tavares Neto**

RESUMO

A judicialização das políticas públicas é fenômeno recente que consiste na atuação do Poder Judiciário decidindo a respeito de questões de competência originária do Poder Legislativo e Poder Executivo, e tem gerado repercussões na esfera da administração pública, suscitando discussão quanto à esfera de competência dos poderes, bem como na legitimidade da atuação do Poder Judiciário, uma vez que o administrador público é eleito pelo voto popular, bem como dificuldades para os administradores públicos, que se veem obrigados a reverem o orçamento previamente aprovado. De um lado têm-se direitos fundamentais sociais garantidos constitucionalmente, de outro os limites econômicos da Administração Pública. Esta relação conflitiva merece ser analisada sob uma perspectiva interdisciplinar: sociológica, política e jurídica, buscando compreender se a judicialização das políticas públicas com vistas a garantir direitos sociais constituiu em uma efetivação de garantias constitucionais ou em uma exorbitância de poder.

Palavras-chave: Judicialização; políticas públicas; direitos fundamentais sociais; acesso à justiça; cidadania; poder.

ABSTRACT

The judicialization of public policy is a recent phenomenon which consists in the performance of the judiciary to decide on matters of original jurisdiction of the Legislature and the Executive, and has generated repercussions in the sphere of public administration ,

* Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutor pela UNESP e mestre pela UNICAMP.

**Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-PR, Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra com bolsa Capes, consultor das Faculdades Atenas de Paracatu.

prompting discussion as to the competence of powers , as well as the legitimacy of the actions of the judiciary , since the public administrator is elected by popular vote as well as difficulties for public administrators, who are forced to revise the previously approved budget. On one side have become constitutionally guaranteed fundamental social rights of another economic limitations of Public Administration . This conflictive relationship deserves to be analyzed from an interdisciplinary perspective : sociological , political and legal , seeking to understand the judicialization of public policy aimed at ensuring social rights was in a realization of constitutional guarantees or an exorbitant power .

Keywords: Judicialization; public policies, social fundamental rights; access to justice; Citizenship; power.

1. Introdução

A judicialização da política se constituiu fenômeno recente no universo jurídico-político brasileiro, o mesmo ocorrendo com as políticas públicas, e seu surgimento tem suscitado inúmeras discussões e análises visando aferir sua procedência e legitimidade, seja pela ótica da política, seja do direito, tendo em vista que sua incidência acaba por gerar uma interferência do poder jurídico junto ao poder político, uma vez que muitas decisões judiciais acabam por obrigar o administrador público a realizar ações não contempladas no planejamento das políticas públicas, nem constantes do orçamento.

Não obstante as decisões judiciais neste caso sejam fundamentas nas normas constitucionais e visam atender ao cumprimento de direitos fundamentais sociais e garantir os direitos de cidadania, acabam por interferir na esfera de atuação do administrador público, eleito pelo voto popular e, portanto, legitimado para exercer as funções políticas, dentre as quais definir as políticas públicas que são necessárias à população, o que faz parte do poder discricionário do administrador público.

Afinal, é legítimo o cidadão recorrer ao Poder Judiciário para pleitear a garantia e efetivação de direitos sociais constantes na Constituição Federal, mesmo que a administração pública não tenha contemplado em seu planejamento das políticas públicas ações com vistas à sua realização?

Seria este um meio legítimo de acesso à justiça ou deveria o cidadão buscá-la pelos meios político-administrativos?

Ao atender o pleito de quem ingressa na justiça requerendo que o Poder Judiciário determine ao administrador público a realização de ações não contempladas no

planejamento e orçamento públicos, estar-se-ia o Poder Judiciário promovendo o acesso à justiça ou exorbitando de suas funções?

Pretende-se, portanto, realizar uma análise interdisciplinar entre direito, sociologia e política com o fito de conceituar o que seja a judicialização das políticas públicas, a relação intercambiante entre direito e política, bem como verificar se a judicialização das políticas públicas pode ser compreendida como instrumento de acesso à justiça e concreção dos direitos fundamentais sociais ou se consiste em um desvio de função e exorbitância de poder por parte do Poder Judiciário.

O desenvolvimento da pesquisa se orientou por uma perspectiva analítico-dedutiva, de caráter interdisciplinar, recorrendo às várias publicações sobre o tema em comento, livros, revistas especializadas, publicações várias em jornais e sites da internet, e tendo como referencial teórico a teoria dos sistemas proposta por Niklas Luhmann.

2. Conceito de políticas públicas

Há várias definições de políticas públicas, dentre as quais destacamos a de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39):

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 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 a 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.

As políticas públicas, segundo esta definição contempla os elementos previsão, programação, planejamento, sistematização, coordenação, definição, objetivação, provisão, ação, realização e execução.

Outra definição, de caráter institucional que merece consideração é a formulada pelo Ministério da Saúde (2006, p. 9).

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atualização 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.

Como observa Reis e Leal (2008, p. 2312), trata-se de uma definição normativa, que indica o que uma política pública deve ser. Além disso, esta concepção aponta para a

ideia de que as políticas públicas orientam a ação estatal, evitando a descontinuidade administrativa decorrente da renovação periódica dos governantes, que é uma dos problemas constitutivos do regime democrático.

Ainda que leis tenham sido criadas com o fito de reduzir a descontinuidade das políticas públicas, como p. ex. a Lei de Responsabilidade Fiscal, tal não é suficiente para se evitar a descontinuidade, exigindo para tanto a participação cidadã em todas as etapas das políticas públicas, desde sua elaboração até sua execução.

Há que se destacar, portanto, que a formulação de políticas públicas é uma prerrogativa governamental, do poder político, ainda que deva ter a participação popular desde o seu planejamento até sua execução e fiscalização.

3. Políticas públicas: corolário da inflexão do direito liberal para o direito social

A mudança do paradigma liberal para o paradigma social do direito ocorreu em meio às transformações sociais operadas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX.

Sobre as condições histórico-sociais que envolveram estas transformações observa Garcia (1994, p. 511):

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 econômico, 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, juntaram-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”.

Este novo quadro social, de profundas mudanças no campo da produção, das relações de trabalho, e que levou a um aumento crescente do proletariado, desprovido de condições econômicas e sociais, sem leis que o protegesse da exploração do capital, largado à sua própria sorte, exigia um novo modelo de Estado. É nesse quadro social que emerge o Estado Social.

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. (GARCIA, 1994, p. 510-511).

Como bem observou Otero (2009, p. 333),

(...) se a garantia dos direitos fundamentais do liberalismo assentava na ideia 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.

Doravante, não bastava uma conduta negativa do Estado, necessário se fazia a realização de uma conduta positiva pelo Estado com vistas a viabilizar a realização de direitos sociais.

A emergência e consolidação dos direitos sociais se deu na esteira das transformações ocorridas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, e que viabilizaram uma inflexão do direito de orientação liberal para o direito preocupado com as questões de natureza social.

Reis Friede (2005, p. 169) considera que

(...) os chamados *Direitos Sociais* podem ser conceituados como aqueles que nitidamente objetivam inserir o indivíduo na vida social, permitindo não só que o mesmo tenha acesso aos inúmeros bens que satisfaçam as suas necessidades elementares, como ainda encontre, na qualidade de pessoa humana, o seu efetivo bem-estar.

Os direitos sociais somente podem ser concebidos na medida em que se perceba o homem não como indivíduo isolado, mas como pessoa humana inserida numa ordem social, e que necessita da integração social para a sua realização como pessoa humana. Por sua vez, esta integração exige que lhe sejam oferecidas condições de trabalho, educação, saúde, etc., com vistas à realização de suas potencialidades.

Bobbio (1992:32) discorre sobre o processo de transformação do direito até se chegar a uma concepção social do direito.

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação*

ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.

Os direitos sociais encontram-se, portanto, consubstanciados na Constituição Federal, tendo o Estado obrigações positivas para com os indivíduos, objetivando inseri-los na vida social.

Cristina Queiroz (2006, p. 8), de forma perspicaz, expõe a concepção do Estado liberal que antecedeu ao Estado social e as aspirações sociais que nele se faziam presentes:

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 reduziam-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.

As políticas públicas surgem, portanto, em razão do advento dos direitos sociais, que pouco a pouco foram ganhando status de direitos constitucionais, obrigando os governantes a desenvolverem políticas públicas com vistas a assegurar direitos aos trabalhadores, direitos de prestação pelo Estado no que concerne à saúde, educação, moradia, alimentação etc.

As políticas públicas, portanto, devem ser compreendidas a partir deste contexto histórico-social, a partir do qual se deu o fenômeno da constitucionalização dos direitos sociais fundamentais, que uma vez positivados na Constituição passaram a exigir por parte da doutrina e dos tribunais uma compreensão hermenêutica que acabou por superar a visão de tais direitos tão somente como normas programáticas, entendendo-se a necessidade de sua aplicação e efetivação imediatas, seja por parte das políticas públicas levadas a efeito pela Administração Pública, seja através do imperativo de uma decisão judicial.

4. A judicialização das políticas públicas: uma resposta às expectativas normativas postas pelos direitos fundamentais sociais? Análise à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

4.1. O direito como definidor de expectativas normativas

Segundo Luhmann o homem vive em um mundo no qual vivencia uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, ao mesmo tempo em que tem um limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. As experiências apresentam um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes.

Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos. (LUHMANN, 1983, p. 45-46).

Os desapontamentos surgem em razão das expectativas que criamos. Criamos expectativas sobre as pessoas, sobre as ações humanas, sobre a própria sociedade e sobre nós mesmos, e quando tais expectativas não se realizam ficamos desapontados.

Para lidar com as frustrações e desapontamentos os homens criam estruturas estabilizadas de expectativas.

Frente à contingência simples erigem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos – colocando as perspectivas de que à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão. (LUHMANN, 1983, p. 47).

Existe também o que Luhmann chama de “expectativa de expectativas”. Ocorre que faz-se necessário que tenhamos expectativas em relação às expectativas dos outros. “Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um *experimente*, mas também que cada um possa *ter uma expectativa* sobre a *expectativa* que o *outro tem dele*”. (LUHMANN, 1983, p. 47-48). Sobre estas expectativas assim explica Luhmann (1983, p. 48).

Quem pode ter expectativas sobre as expectativas de outros – que, por exemplo, pode prever e considerar quando um romance cristalizará expectativas matrimoniais, e de quem serão essas expectativas – pode ter um acesso mais

rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos.

No que se refere aos “sistemas psíquicos”, os desapontamentos e frustrações podem ser conduzidas como “questão interna do próprio sujeito, ou seja, como reação às suas próprias condições” (LUHMANN, 1983, p. 51), todavia, os “sistemas sociais” utilizam um outro estilo de redução das frustrações.

Eles estabilizam expectativas objetivas, vigentes, pelas quais “as” pessoas se orientam. As expectativas podem ser verbalizadas na forma do dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado, etc. O importante é que se consiga uma simplificação através de uma redução generalizante. “Horário de visitas: domingos entre 11 e 12,30 horas” – essa regra é anônima e impessoal, ou seja tem uma validade independente de quem espera ou não espera. Ela é estável no tempo, aplicável de domingo a domingo sem necessitar certificações renovadas, e ela é objetivamente tão abstrata que pode compatibilizar as expectativas recíprocas de visitantes e visitados com uma mais ou menos grande amplitude de modos comportamentais.

Diante dos desapontamentos e frustrações decorrentes das expectativas criadas pode-se ou adequar as expectativas à realidade ou manter as expectativas a despeito dos desapontamentos e frustrações. Neste caso, Luhmann faz uma diferenciação entre “expectativas cognitivas” e “expectativas normativas”.

Para Luhmann a diferenciação neste caso não deve ser definida em termos semânticos ou pragmáticos, mas sim em termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema.

Ela aponta para o tipo de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo assim capaz de fornecer uma contribuição essencial para o esclarecimento dos mecanismos elementares de formação do direito. Ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas as expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade. Nas expectativas normativas ocorre o contrário: elas não são abandonadas se alguém as transgride. (LUHMANN, 1983, p. 56).

O próprio Luhmann exemplifica esta distinção ao fazer menção do caso de alguém esperar uma nova secretária, situação esta que trás consigo componentes cognitivos e normativas. Assim, se se espera que ela seja jovem, bonita, loira, só se pode esperar quando muito, ao nível cognitivo. Em não sendo a secretária loira ou bonita, nesta caso faz-se necessária a adaptação no caso de desapontamentos, não se fazendo questão de cabelos loiros ou de beleza. É preciso, portanto, se adaptar à realidade, à situação. Entretanto, espera-se normativamente que ela apresente determinadas capacidades de trabalho. “Ocorrendo desapontamento nesse ponto, não se tem a sensação de que a expectativa

estava errada. A expectativa é mantida, e a discrepância é atribuída ao ator” (LUHMANN, 1983, p. 56).

Neste sentido, diferentemente do que ocorre com as expectativas cognitivas, as expectativas normativas “caracterizam-se pela determinação em não assimilar os desapontamentos.” (LUHMAN, 1983, p. 56).

O caso de desapontamento é prevista como possível – é sabido que o mundo é complexo e contingente, e que, portanto, os outros podem agir de forma inesperada – mas de antemão isso é considerado irrelevante para a expectativa. Mas essa irrelevância não está fundamentada na experimentação natural – como no caso de se saber que uma casa permanecerá de pé mesmo que outro seja demolida – ela se baseia em processos de neutralização simbólica, pois uma expectativa em si, ou seja, como expectativa propriamente dita, não vê indiferentemente sua satisfação ou seu desapontamento.

Sendo assim, as normas são *expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos*. Seu sentido implica na incondicionabilidade de sua vigência na medida em que a vigência é experimentada, e portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser”. (LUHMANN, 1983, p. 56-57).

Neste sentido, o direito, através das normas jurídicas, estabelece as expectativas que podemos ter em relação às pessoas. Por exemplo, se eu saio de minha casa dirigindo o meu carro, eu tenho a expectativa de que todos os demais motoristas pararão seus veículos quando se virem diante de um semáforo com a luz vermelha, bem como atravessarão quando vierem o semáforo com a luz verde. Que nenhum deles atravessará a via na qual eu estiver quando o semáforo estiver vermelho para eles. É por isso que eu sigo tranquilamente com meu veículo quando o sinal está verde, porque tenho a expectativa de que todos pararão para eu passar. E quando um veículo corta a minha frente mesmo o sinal estando vermelho para ele, isto não levará à alteração da expectativa decorrente da norma. Luhmann chega assim à definição de direito como “*estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*” (LUHMANN, 1983, p. 121).

Campilongo explica de forma satisfatória esta posição de Luhmann:

Para Luhmann, o direito promove a “generalização congruente de expectativas normativas”. A fórmula é enigmática e gera perplexidades, sem dúvida. Vale a pena aclará-la resumidamente. A estratégia, para tanto, será a de apresentar este e outros conceitos da teoria dos sistemas, que aparecerão ao longo deste trabalho, de modo deliberadamente simples e, na medida do possível, “descomplicado” (para parodiar Bobbio). “Generalização” equivale a dizer que o critério para a compreensão do sistema jurídico não pode ser individual ou subjetivo. Há “generalização” quando um ordenamento subsiste independentemente de eventos individuais. Apesar de mudanças no ambiente, o

sistema está imunizado contra outras possibilidades e permite a manutenção de expectativas. Isso envolve indiferença em relação ao ambiente e à totalidade de expectativas nele existentes e alta sensibilidade para as expectativas estruturadas normativamente. “congruente” significa a generalização da segurança do sistema em três dimensões: temporal (segurança contra as desilusões, enfrentada pela positivação); social (segurança contra o dissenso, tratada pela institucionalização de procedimentos); material (segurança contra as incoerências e contradições obtida por meio de papéis, instituições, programas e valores que fixem o sentido da generalização). “Expectativas normativas” são aquelas que resistem aos fatos, não se adaptam às frustrações ou, na linguagem de Luhmann, não estão dispostas à aprendizagem. Nem todas as expectativas normativas são positivadas, institucionalizadas e formuladas em termos de programas decisórios. Em outras palavras, nem todas as expectativas normativas são jurídicas. Somente aquelas generalizadas de modo congruente – vale dizer, compatibilizadas dentro de certos limites estruturais – gozam da segurança e proeminência das expectativas normativas jurídicas. (CAMPILONGO, 2002, p. 19).

O sistema jurídico, portanto, opera a partir de normas que visam imunizar quanto às expectativas não realizadas ou frustradas, de modo a manter a estabilidade funcional.

4.2. A judicialização das políticas públicas no Brasil: Uma resposta à não efetivação pelo Estado das expectativas normativas decorrentes dos Direitos fundamentais sociais?

Os direitos fundamentais sociais podem ser considerados neste sentido como expectativas normativas por parte dos indivíduos em relação ao Estado?

A Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição cidadã”, se ocupou em tutelar os direitos sociais, bem como o legislador ordinário cuidou de criar os instrumentos necessários à sua realização. Tais direitos se encontram insculpidos nos artigos 6º a 11º, sendo que o *caput* dos artigos 6º e 7º da Constituição Federal assim dispõem:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional 64 de 4 de fevereiro de 2.010).

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Observa Chimenti (2004, p. 116) que “na forma como disposto na Constituição Federal, os direitos sociais são muito mais que normas programáticas; são direitos subjetivos do indivíduo, oponíveis ao Estado, que deve fornecer as prestações diretas e indiretas que a Constituição garante”.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 268) também destaca o caráter de aplicação imediata dos dispositivos constitucionais que versam sobre os direitos sociais:

Vislumbrou o legislador constituinte uma possibilidade de tornar efetivos os direitos consagrados na Constituição de 1988. Para tanto dispôs que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Louve-se a intenção dos constituintes, qual seja a de tentar impedir que os direitos não permaneçam como letra morta na Constituição, mas ganhem efetividade.

A menção do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, sobre a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, e considerando que “os direitos sociais” constam do Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, abre espaço para a discussão acerca do caráter programático das normas Constitucionais ou de seu caráter substantivo, vinculativo e autoexecutável. A questão foi discutida por Bobbio (1992, p. 78) nos seguintes termos:

O campo dos direitos do homem -, ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas”. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de “direito”? A diferença entre esses autointitulados direitos e os direitos propriamente ditos não será tão grande que torna impróprio ou, pelo menos, pouco útil o uso da mesma palavra para designar uns e outros? E, além do mais, a esmagadora maioria de normas sobre os direitos do homem, tais como as que emanam de órgãos internacionais, não são sequer normas programáticas, como o são as normas de uma Constituição nacional relativas aos direitos sociais. Ou, pelo menos, não o são enquanto não forem ratificadas por Estados particulares.

A questão posta por Bobbio continua atual, tendo em vista que continua havendo um distanciamento enorme entre o preconizado nas normas constitucionais no tocante aos direitos sociais e sua efetiva aplicação. Isto leva Bobbio (1992, p. 79) a concluir sua análise nos seguintes termos:

Partilho a preocupação dos que pensam que chamar de “direitos” exigências (na melhor das hipóteses) de direitos futuros significa criar expectativas, que podem não ser jamais satisfeitas, em todos os que usam a palavra “direito” segundo a linguagem corrente, ou seja, no significado de expectativas que podem ser satisfeitas porque são protegidas.

Por prudência, sempre usei, no transcorrer desta minha comunicação, a palavra “exigências” em vez de “direitos”, sempre que me referi a direitos não constitucionalizados, ou seja, a meras aspirações, ainda que justificadas com argumentos plausíveis, no sentido de direitos (positivos) futuros.

Bobbio, de forma expressa, prefere chamar os direitos fundamentais não de direitos, mas de exigências, alegando que chamá-los de direitos implicaria em criar “expectativas futuras que podem não ser jamais satisfeitas”.

Entretanto, não foi essa a opção feita pelo legislador constituinte brasileiro, que os elencou no rol dos “direitos sociais” do capítulo II do “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, fazendo ainda constar no art. 5º, § 1º que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Se por um lado é necessário reconhecer o avanço na prática efetiva dos direitos sociais no Brasil, por outro há que se reconhecer que a aplicabilidade efetiva do disposto nas normas constitucionais acima exaradas, mormente no que tange ao disposto nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, ainda está longe de corresponder à realidade social brasileira, tendo em vista a enorme desigualdade social reinante no Brasil e à precariedade da prestação por parte do Estado na esfera da saúde pública, educação, segurança, alimentação, moradia etc.

Assim, a questão acerca da aplicabilidade imediata do disposto na norma constitucional e a obrigação do Estado de torná-la efetiva deve fazer parte da discussão jurídico-constitucional até que tal discrepância seja superada.

A atuação do Estado se realizava ao longo do século XIX sob a ótica de uma promoção social de viés assistencialista, portanto, de caráter moral, e não como a prestação decorrente de um direito do indivíduo. Na verdade, tais ações eram relegadas à ordem civil, como atividades benemerentes, filantrópicas, caritativas.

Cristina Queiroz aponta que um dos problemas com que se defronta o constitucionalismo português diz respeito à dicotomia entre os “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos econômicos, sociais e culturais”, uma vez que os direitos econômicos, sociais e culturais, “ainda que expressamente qualificados de *direitos fundamentais*, beneficiam do regime geral dos direitos fundamentais, mas não do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdades e garantias, basicamente o disposto no artigo 18º da Lei fundamental” (QUEIROZ, 2006, p. 5). E ainda que o artigo 17º da Constituição da República Portuguesa preceitue que “o regime dos direitos, liberdades e

garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”, tal dispositivo gera dificuldades hermenêuticas, pois os “direitos e deveres económicos, sociais e culturais” encontram-se no título III. Assim, “caberá ao operador jurídico, sobretudo aos tribunais, determinar, no caso concreto, o regime e força jurídica desses direitos e pretensões no seu conjunto” (QUEIROZ, 2006, p. 6). Tal acaba gerando dificuldades quanto à sua interpretação e aplicação. Cabe assinalar que tais direitos consistem em obrigações de prestação positiva, exigindo não um *non facere*, mas um *facere* por parte do Estado.

Queiroz (2006, p. 7) estabelece uma diferenciação entre o *non facere* e o *facere* devidos pelo Estado, afirmando que no primeiro caso refletem a natureza de “expectativas negativas” dos direitos de defesa, e no segundo caso refletem a natureza de “expectativas positivas” dos direitos fundamentais sociais. Entretanto, ambos se situam na Constituição como *direitos fundamentais*. Urge nesse caso, seja rompida a diferenciação de natureza entre estas duas modalidades de direitos, o que levaria à queda da “tese da inexigibilidade intrínseca” dos direitos fundamentais sociais.

Observe-se que Cristina Queiroz, diferentemente de Bobbio, não vê dificuldade em conceber que os direitos sociais são de fato direitos, e que os mesmo conduzem à expectativas positivas”.

No caso da Constituição Brasileira, tanto os “direitos individuais e coletivos” quanto os “direitos sociais” se encontram debaixo da rubrica “Direitos e Garantias Fundamentais”, diferentemente do que ocorre na Constituição Portuguesa.

O problema existente, no âmbito constitucional, entretanto, consiste em que, embora os direitos de liberdade e os direitos sociais são tratados como direitos fundamentais, recebem, todavia, tratamento diferenciado quanto à sua garantia e realização, pois enquanto para os direitos de liberdade a própria constituição fixou os instrumentos de sua garantia, como por exemplo, *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, dentre outros disciplinados pela Constituição e pela legislação ordinária, o mesmo não ocorreu com os direitos sociais, para cuja efetivação depende não de instrumentos jurídicos, mas de atuações políticas dos governos, dos administradores públicos, através da implementação de políticas públicas.

Na esfera do direito constitucional, ao tratar da aplicabilidade das regras constitucionais, foram as normas classificadas em: 1) eficácia plena; 2) eficácia contida; 3) eficácia limitada e 4) programáticas. (CHIMENTI, 2004, p. 28-31). Exemplo das primeiras

seriam as que garantem a inviolabilidade de domicílio, previstas no art. 5º, XI da Constituição Federal. As segundas podem ser exemplificadas pelo § 1º do artigo 9º da CF, que autoriza a lei infraconstitucional a definir os serviços essenciais e, quanto a eles, restringir o direito de greve, ou o art. 5º, XIII, que declara ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão mas autoriza que a lei imponha qualificação profissional para algumas atividades. As terceiras consistem nas normas constitucionais acerca das quais a constituição emprega expressões tais como “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “a lei disporá”, “a lei regulará” etc., evidenciando não ter aplicabilidade imediata. A norma de princípio programático “é aquela que estabelece um programa a ser desenvolvido pelo Estado, mediante a regulamentação, pelo legislador ordinário, do direito nela previsto”. (CHIMENTI, 2004, p. 30).

Reis Friede (2005, p. 23) classifica as normas constitucionais como sendo: 1) de eficácia jurídica plena; 2) eficácia extrínseca ou eficácia jurídica (autoaplicáveis ou autoexecutáveis e não-auto-aplicáveis ou não-auto-executáveis).

Em termos simples, as **normas autoaplicáveis** (normas de eficácia plena) são aquelas que, independentemente de qualquer condição, por serem completas e definidas quanto à hipótese e à disposição, são passíveis de imediata aplicação. Já, as normas **não-auto-aplicáveis** são caracterizadas por um tipo específico de regramento constitucional que não pode ser autoexecutável (ou seja, não podem possuir aplicação imediata), considerando a necessidade de posterior **regulamentação** (por serem **incompletas** (eficácia limitada) ou **condicionadas** (eficácia contida) ou por serem essencialmente **programáticas** (eficácia limitada quanto aos princípios programáticos). (FRIEDE, 2005, p. 23).

Um problema quanto a esta forma de compreensão é suscitado pela própria Constituição Federal que dispôs no § 1º do inciso LXXVIII do artigo 5º que – “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, seria correto deduzir que, uma vez que os direitos sociais, elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal, e que estão inseridos no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, têm aplicabilidade imediata?

Cristina Queiroz (2006, p. 27-28) faz a seguinte classificação das normas constitucionais:

Deste modo, no cômputo da sistematização constitucional, teríamos o seguinte “esquema de direitos”:

Direitos “stricto sensu”, correspondendo uma ao chamado “status positivus” e outros ao “status activus”, isto é, direitos inerentes ao *homem* como *indivíduo* ou como participante na vida pública.

Liberdades, que correspondem ao “status negativus”, apontando por isso para a defesa da esfera dos cidadãos perante os poderes públicos.

Garantias, que recobrem, sensivelmente, o chamado “status activus processualis”, traduzindo-se na ordenação dos meios processuais e administrativos adequados para a defesa desses direitos e liberdades no seu conjunto.

Cristina Queiroz (2006, p. 29) reconhece que alguns dos direitos fundamentais sociais se apresentam como direitos diretamente aplicáveis, sem necessidade de interposição do legislador, como por exemplo, o direito de propriedade (artigo 62º da CRP e art. 5º inciso XXII da C.F.) e o direito de iniciativa privada (artigo 61º da CRP), outros, entretanto, apresentam-se como “direitos a prestações”, dependentes de uma atividade mediadora pelos poderes públicos para a sua realização, como por exemplo o “direito à saúde”, o “direito à habitação e urbanismo” ou o “direito à educação”.

É compreensível as classificações acima elencadas, conquanto a ideia de normas programáticas não seja utilizada para protelar o que é urgente, como se percebe em muitos Estados, como é o caso do Estado Brasileiro. O discurso político no Brasil ainda é acentuadamente assistencialista, passando as pessoas a serem tão somente sujeitos passivos que recebem uma benesse do poder público, quando na verdade são sujeitos de direitos, detentores dos direitos sociais constantes da Constituição Federal.

É assim que Cristina Queiroz após estabelecer a sua classificação das normas constitucionais conclui:

Mas isso não significa que os direitos fundamentais sociais possam ser compreendidos como “normas programáticas”, “directivas” ou simples “apelos” ao legislador. De igual modo, o seu âmbito de aplicação não se reporta exclusivamente ao “princípio de igualdade” como critério directivo para a acção público-estadual. Pelo contrário, a realização desses direitos não depende unicamente da institucionalização de uma ordem jurídica nem tão pouco de uma mera decisão política dos órgãos de governo, mas da conquista de uma ordem social em que impere uma justa distribuição dos bens, a qual só poderá ser alcançada de modo progressivo. (QUEIROZ, 2006, p. 26).

A discussão sobre os direitos sociais e as garantias constitucionais, não pode ser realizada tão somente na seara jurídica, necessário se faz que a discussão se realize também na seara política, passando por todo o plexo social, pois em última instância, as mudanças sociais exigem mudanças no direito, e de igual forma a atuação jurídica tem reflexos sociais. Entendemos, portanto, que faz-se necessário uma acção de natureza dialética entre o jurídico e o político-social na construção de uma sociedade mais justa e, portanto, realizadora de justiça social.

A realidade que salta aos olhos é que a presença da norma de carácter social na Constituição não é suficiente para fazer com que os direitos sociais sejam garantidos.

Observando a realidade brasileira constata-se um enorme contingente de brasileiros que vive com ½ salário mínimo, totalmente insuficiente para a satisfação de suas necessidades. Entretanto, o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 7º, *caput* e inciso IV assim normatiza:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Ora, considerando que o salário mínimo nacional atual no Brasil (fevereiro de 2014) é de R\$ 724,00, sendo o do Estado de São Paulo de R\$ 820,00, fica evidente que é simplesmente impossível que este salário mínimo atenda a todas as necessidades elencadas no inciso IV do art. 7º da C.F. Necessário seria que o salário mínimo no Brasil fosse no presente momento pelo menos quatro vezes maior para que pudesse atender, com parcimônia, os direitos acima elencados. Verifica-se, neste caso, uma grande distância entre a norma constitucional e a realidade social brasileira.

Necessário se faz que ocorra uma mudança conceitual no que tange à ideia de indivíduo, rompendo destarte com a concepção individualista, e construindo uma concepção mais plena de indivíduo, de forma a também experimentar uma nova postura por parte dos legisladores, dos juristas, dos operadores do direito, acompanhadas de mudanças no interior da sociedade, numa relação dialética. Necessário se faz que haja uma ruptura com a compreensão dicotômica entre direitos de liberdade e direitos sociais. É o que aponta Queiroz:

Julga-se assim de primordial importância desbravar, no plano metodológico e doutrinal, qual o conceito de “pessoa”, e sua “dignidade preferente”, que se encontra subjacente à ordem constitucional. O indivíduo não é já o sujeito isolado da teoria individualista, portador de direitos, negativos ou defensivos, mas um ser socialmente situado, isto é, inserido numa comunidade, e na qual constrói a sua personalidade. Em consequência, o “individualismo metodológico” encontra os seus limites na relação com o outro.

(...) Este conceito de “dignidade” sofreu igualmente uma evolução. Não se refere já ao indivíduo desenraizado da abstração contratualista setecentista (“teorias do contrato social”), mas o *ser*, na sua dupla dimensão de “cidadão” e “pessoa”, inserido numa determinada comunidade, e na sua relação “vertical” com o Estado e outros entes públicos, e “horizontal” com outros cidadãos. A ideia de “indivíduo” não corresponde hoje ao valor (individualista) da independência, mas ao valor (humanista) da *autonomia* onde se inclui, por definição, a relação com os outros, isto é a “*sociabilidade*”.

(...) De acordo com as modernas “teorias republicanas”, trata-se, essencialmente, de impugnar a ideia dominante na tradição liberal que

identificava a liberdade como um conceito “negativo”, significando aí ausência de interferência ou instrução por parte de terceiros, face a uma concepção “positiva”, que defende que o indivíduo é livre na medida em que dispõe dos recursos e meios instrumentais necessários à determinação dos seus próprios planos de vida, numa palavra, o “autogoverno”, ou, inclusive, a sua própria “autorrealização” pessoal.

(...) Assim, quando se fala na “função social” dos direitos fundamentais, pretende-se, sobretudo, acentuar o abandono dessa “visão unilateral” da liberdade como direito individual. Uma afirmação que conduz a um alargamento da função dos direitos fundamentais, e também da sua “avaliação subjectiva”, no quadro do princípio da “unidade da Constituição” (QUEIROZ, 2006, p. 18; 19; 20; 21).

É imperativo que uma nova consciência relativa ao indivíduo se construa no âmbito do direito, desfazendo-se do indivíduo “in abstracto” e pensando o indivíduo como sujeito social, como pessoa, que somente pode experimentar a realização de uma liberdade mais plena na medida em que também participa dos bens sociais, adquirindo autonomia na tomada de suas decisões, na realização de suas escolhas, enfim, vivendo com dignidade.

Não podem os operadores do direito furtarem-se à sua participação na construção deste novo paradigma jurídico-social, fazendo do direito um instrumento de realização da justiça social.

Assim, ainda que consideremos as dificuldades do cumprimento imediato das normas constitucionais de direitos sociais fundamentais, necessário se faz que se mantenha o disposto no artigo 5º, § 1º, até mesmo como condição de acesso à justiça por parte dos indivíduos, sujeitos de direitos, bem como condição de atuação do Poder Judiciário na medida em que busque a efetivação e garantia destes direitos junto aos que a ele acorrem.

Entendemos, portanto, que os direitos sociais fundamentais elencados na Constituição criam sim expectativas normativas quanto à sua realização, levando as pessoas a esperarem por parte do Estado uma atuação mais consistente no sentido de realizá-los, de efetivá-los, mormente a parcela mais carente da população.

Entendemos, por consequência, que o fenômeno da judicialização das políticas públicas ocorre em razão da frustração por parte da população em não ver as promessas constitucionais sendo cumpridas. Neste caso, na medida em que as pessoas acorrem ao Poder Judiciário, o que este tem feito é determinar que o Estado, através dos governos, da Administração Pública, faça cumprir e realizar as expectativas postas pelos direitos fundamentais sociais consignados na Constituição, mormente quando se está em jogo a vida humana e a dignidade humana.

Conforme se verá no tópico a seguir, neste caso o sistema jurídico atua em face da provocação oriunda do ambiente e dá uma resposta que tem repercussão no sistema político, ocorrendo, destarte, o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

5. Judicialização das políticas públicas no Brasil: Meio de acesso à justiça para concreção de direitos fundamentais sociais, promoção da cidadania e realização das expectativas normativas decorrentes dos direitos sociais fundamentais ou exorbitância de poder?

O fenômeno da judicialização da política decorre de mudanças na sociedade moderna, como o surgimento do *Welfare State*, que contribuiu para a inserção dos direitos sociais nas constituições dos países ocidentais, o caráter programático e indeterminado dos direitos sociais fundamentais, a aproximação do Judiciário com a população através dos juizados especiais, a institucionalização da *class action*, edição de legislação dos direitos do consumidor etc. Enfim, todas estas mudanças tornaram o juiz o protagonista das questões sociais. (VIANA, 1999, p. 41).

A questão que se coloca é: Este protagonismo do Poder Judiciário consiste numa atuação legítima do Poder Judiciário no sentido de fazer com que sejam cumpridas as promessas das expectativas postas pela Constituição Federal no que tange aos direitos sociais fundamentais ou é ma extrapolação de suas funções.

A judicialização da política consiste, portanto, numa expansão da atuação do Poder Judiciário na realização do processo decisório nos países democráticos ocidentais.

Neste sentido, mormente no que se refere às políticas públicas, várias decisões do Poder Judiciário determinando que o Poder Executivo adote medidas para tornar eficazes os direitos constitucionalmente assegurados têm sido recorrentes. Muitas são as ações propostas pelo Ministério Público exigindo do poder público o oferecimento de medicamentos, escolas, creches etc. É o caso do Recurso Extraordinário (RE-393175) de 01/02/2006, do qual foi relator o Min. Celso de Mello.¹, no qual dá provimento ao recurso no qual se requer o fornecimento de medicamentos gratuitos, fazendo-o com fundamento no artigo 5º da CF, *caput* e artigo 196 da C.F.

¹ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 28 de janeiro de 2.014.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional autoriza o acolhimento do pleito recursal ora deduzido na presente causa. Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas. (...) 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 consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Tal se depreende também de decisão do STF, conforme voto do ministro Celso Bandeira de Mello (RE-393175 de 01/02/2006) em que o governo do Estado do Rio Grande do Sul foi condenado a fornecer medicamentos a pacientes portadores de patologias decorrentes de esquizofrenia e quadros maníacodepressivos sob a alegação de que os interesses econômicos não podem prevalecer sobre o direito à saúde e à vida.

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 incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando **justas expectativas (grifo nosso)** 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.²

O que o STF fez foi garantir que a Carta Política fosse cumprida, uma vez que a saúde é um direito fundamental social. Assim, tal norma insculpida na Constituição não pode ser tomada como mera norma programática, sob pena de “fraudar justas expectativas” depositadas pela sociedade no Poder Público. Nesse caso, justo é que se invoque o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Neste sentido o RE em Mandado de Segurança nº 11183/PR, no voto do Relator Ministro José Delgado:

² <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 28 de janeiro de 2014.

Desciendi de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que ‘a saúde é um direito de todos e dever do Estado’ (art. 196).

Ora, nos parece totalmente inequívoco externar que o direito à saúde é um direito fundamental social, visto que, é possuidor de todas as características inerentes a estes direitos, haja vista o art. 5º, § 1º da CF/88, que insere a saúde no rol dos direitos fundamentais explicitamente. E caso surgisse alguma controvérsia a respeito, podíamos nos socorrer a norma do art. 5º, § 2º da nossa Lei Maior de 1988, ao qual, desencadearia o direito à saúde, embora não-escrito, como um direito fundamental implícito. (LEAL, 2006, p. 1528).

A Constituição é uma Carta Política, e cabe ao Poder Judiciário fazer que ela seja efetivamente aplicada. Neste sentido, não é possível separar o jurídico do político. É o que se depreende do magistério de Luís Roberto Barroso (2010, p 115):

A despeito de seu caráter político, a Constituição materializa a tentativa de conversão do poder político em poder jurídico. Seu objeto é um esforço de juridicização do fenômeno político. Mas não se pode pretender objetividade plena ou total distanciamento das paixões em um domínio onde se cuida da partilha do poder em nível horizontal e vertical e onde se distribuem competências de governo, administrativas, tributárias, além da complexa delimitação dos direitos dos cidadãos e suas relações entre si e com o Poder Público. Porque assim é, a jurisdição constitucional, por mais técnica e apegada ao direito que possa e deva ser, jamais se libertará de uma dimensão política, como assinalam os autores mais ilustres.

Rogério Gesta Leal (2006, p. 1529) chega mesmo a defender o reconhecimento de “políticas públicas constitucionais vinculantes”, que devem vincular os governantes quanto à sua efetivação.

Na verdade, esses postulados estão dispersos ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a esses indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isso é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no país.

Isso me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de

responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídico pátrio, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é, diferenciadamente, proativa dos poderes instituídos, merecendo imediata implementação.

Os governos, aos quais cabem o planejamento e execução das políticas públicas resistem a esta possibilidade, invocando em contraposição ao princípio do “mínimo existencial” o princípio da “reserva do possível”, tendo em vista os limites fáticos decorrentes das possibilidades/impossibilidades materiais do Estado, “verdadeiro limite . E é contra a forma de interpretação e aplicação deste princípio que se insurge Gonçalves (2007, p. 65):

Logo, o que deveria ser uma exceção termina por se consolidar como regra, ou seja: o princípio constitucional da reserva do possível, que só deveria justificar a contenção de gastos públicos para além do básico, termina por servir de justificativa para políticas de assistência social pouco comprometidas com a redistribuição de riquezas, alicerçadas em programas minimalistas, residuais e afastados das diversidades culturais e pessoais de cada família.

A existência ou não de recursos públicos gerou o desenvolvimento da teoria da “reserva do possível”, segundo a qual a realização e implementação dos direitos sociais estariam condicionadas à dependência dos recursos econômicos existentes, configurando a carência desses recursos “verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais (KRELL, 2002, p. 51).

Do exposto, podemos até aqui afirmar que a atuação do Poder Judiciário no que se refere ao fenômeno da judicialização, ainda que possa ser considerado criticamente, ainda que decisões sejam eivadas de incorreções e inconvenientes, o fato é que quando se trata de garantir as condições mínimas existências às pessoas, nos parece que o Poder Judiciário atua no âmbito de sua competência, na medida em que se orienta pelos códigos do sistema jurídico, como se verá no tópico seguinte, não configurando uma extrapolação de suas funções, mas sim numa atuação que visa assegurar direitos constitucionais e torná-los efetivados, contribuindo destarte para o acesso à justiça e concreção da cidadania.

6. Judicialização das políticas públicas no Brasil. A relação entre o político e o jurídico à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmaan

Como equacionar a relação entre o jurídico e o político no que tange ao fenômeno da judicialização das políticas públicas segundo a teoria dos sistemas em Luhmann?

Para Luhmann os sistemas funcionam com códigos próprios que lhes confere unidade e fechamento operacional. No caso do direito o código é *lícito/ilícito, direito/não direito*, no caso da política o código é *governo/oposição*. “O fechamento é condição para a abertura do sistema às referências do ambiente e aos programas de mudança no sistema” (CAMPILONGO, 2002, p. 75).

Como também aponta Campilongo (2002, p. 93):

A política fornece ao sistema jurídico as premissas decisórias e os meios coercitivos para a ativação da Justiça. Consequentemente, o sistema jurídico é dependente do sistema político. O monopólio do uso legítimo da força física e da produção da legislação cabem ao sistema político. O direito moderno só pode ser confirmado a partir desses dois elementos. Não lhe resta alternativa que não seja sua derivação do sistema político.

(...) O sistema jurídico, em contrapartida, oferece ao sistema político as premissas para o emprego da força física. Para o sistema jurídico, essa é uma fórmula de controle da força, de adequação da força ao direito e de eliminação da força politicamente utilizada. Para o sistema político, ao contrário, essa é a receita para a legitimação do recurso legítimo à violência e uma forma de delegação da difícil tarefa de impor sanções. Em outras palavras, a política e o direito criam dependências recíprocas. Interrompem-se o circuito da força para o sistema político e o circuito do arbítrio para o sistema jurídico. Nesse contexto, separação de poderes, independência da magistratura e imparcialidade do juiz são condições essenciais de atuação dos dois sistemas.

Não obstante os sistemas jurídico e político tenham códigos próprios de funcionamento que lhes possibilitem pressupor a situação e as mudanças em seu ambiente e coligar esse contexto às suas operações internas, mantém relação de dependência, que é por Luhmann denominada de “acoplamento estrutural” (CAMPILONGO, 2002, p. 95).

É por meio desse acoplamento estrutural que se dá o processo comunicativo às irritações que vem de fora do sistema na forma de input/output. Assim, uma vez recebendo provocação (irritação) externa decorrente do sistema político (input), o sistema jurídico responderá (output), que por sua vez receberá um feedback relativo à sua resposta.

É preciso que fique claro, todavia, que as decisões (respostas) do sistema jurídico às provocações do ambiente somente podem se dar na forma do código próprio do sistema jurídico (lícito/ilícito). Não poderá o magistrado ao decidir valer-se do código político (governo/oposição), pois tal contaminaria todo o processo.

É preciso destacar que o sistema jurídico não atua segundo o princípio da discricionariedade, mas segundo o princípio da não denegação da justiça – *non liquet* -, de sorte que, enquanto o político pode postergar as decisões políticas para momento mais

oportuno, o magistrado não pode fazê-lo, pois uma vez que uma ação judicial é interposta o processo segue o seu curso exigindo necessariamente uma decisão.

É neste contexto do Estado Democrático de Direito, que é caracterizado por Campilongo (2002, p. 42), dentre outros critérios, pelo “controle jurisdicional da atuação do Legislativo e do Executivo”, que reside o caráter eventualmente político da decisão judicial.

A decisão dos tribunais são caracterizadas como políticas não pelo fato de o juiz agir segundo os códigos do sistema político, mas em razão das consequências de sua decisão, tomadas segundo os código do sistema jurídico, e sobre as quais o juiz não tem controle.

Segundo a teoria de Luhmann, a judicialização da política somente pode ser entendida como consequência das decisões judiciais como respostas (outputs) às provocações advindas do ambiente (inputs), decisões estas tomadas não segundos critérios políticos, mas segundo critérios jurídicos, sendo que somente suas consequências é que são políticas.

Como bem observa Campilongo:

Os tribunais precisam de independência em relação ao sistema político. Em especial quando as questões que lhe são submetidas envolvam o direito público. Como proteger quem espera o cumprimento das normas, quando as grandes violações à lei partem do próprio Estado? Só neutralizando a força da política e estabilizando a autonomia dos sistema jurídico. O mundo moderno não comporta uma visão hierárquica das relações entre legislação e jurisdição. O juiz deixou de ser, há muito tempo – se é que algum dia foi – a mecânica boca de lei. Isso gera a ilusão de que, ao afirmar sua autonomia em relação ao sistema político, os tribunais se constituam em novos poderes políticos, livres das limitações que lhe impõem o próprio direito.

Por mais racionais, rigorosos e coerentes que sejam os sistemas normativos – o que se admite apenas para argumentar, em afrontoso descaso para com a realidade – nenhuma limitação jurídica seria tão penetrante ao ponto de suprimir a margem de incerteza inerente à decisão judicial. Reatariam sempre as dúvidas do tipo: como interpretar a norma?; como fixar os fatos?; quais as possíveis relações entre os fatos e as normas? Onde essas dúvidas não existem, não há o que decidir. Quando elas ocorrem, não basta o recurso às normas jurídicas. É preciso se valer também de regras que, reconhecendo a margem de incerteza inerente ao direito, viabilizem a decisão. Mas nada disso faz dos tribunais um poder político e muito menos incondicionado. Ao contrário, quanto maiores as dúvidas, conflitos e discrepâncias sobre as normas, maiores também as exigências de que os tribunais operem desconsiderando variáveis do tipo governo/oposição, rico/pobre, autoridade/cidadão. Estabiliza-se, ao mesmo tempo, um tratamento às desilusões de expectativas restrito à variável legal/ilegal. Foi o que fez o STF na ação dos inativos.

O sistema jurídico – e, no seu interior, os tribunais – procura despolitizar os problemas. Não no sentido de negar as inevitáveis consequências políticas das decisões judiciais. Mas sim agindo como instância que identifica, distingue e corrige as decisões do sistema político que desafiam ou põe em risco a

integridade do sistema jurídico. Caso direito e política desempenhassem a mesma função, como justificar sentenças contrárias ao governo? (CAMPILONGO, 2000, p. 98-99).

Logo, cabe aos magistrados atuarem segundo os códigos jurídicos, pois na medida em que passam a atuar com base no código político, segundo ideologias políticas, ocorre no caso não o fenômeno da judicialização da política, mas da politização da justiça.

A atuação dos tribunais que tem repercussão nas políticas públicas ocorre em razão do acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico promovido pela Constituição.

É claro, a Constituição promove uma espécie de acoplamento estrutural entre os dois sistemas, entre o sistema político e o sistema jurídico. Agora, a política é capaz de olhar para a Constituição com os olhos do sistema político, como quem tem a capacidade, por exemplo, de deter o poder constituinte originário, tem a capacidade de mudar a Constituição, tem a capacidade de tomar as decisões que vinculem a coletividade. Ora, o sistema jurídico, e particularmente os Tribunais, também olham para a Constituição, mas são capazes de olhar para a Constituição, ou pelo menos deveriam ser capazes de olhar para a Constituição, com os olhos do sistema jurídico, como quem tem a obrigação de efetivar os direitos garantidos constitucionalmente. Se, eventualmente, os Tribunais deixam de lado a lógica do Direito, a potencialidade que possui o Direito e passam a interpretar, a condicionar, a alargar ou restringir a Constituição a partir de critérios de natureza política, e não jurídica, balizados pelo critério maioria/minoria, governo/oposição, os riscos de que os Direitos Fundamentais se pervertam e se corrompam são extremamente elevados. (CAMPILONGO, 2000, p. 108).

A Constituição realiza o acoplamento entre direito e política justamente por ser um documento ao mesmo tempo político e jurídico. É a Constituição que define o tipo de Estado, sua organização, seus fundamentos, sua teleologia, a divisão dos Poderes, bem como define os direitos e garantias individuais, direitos individuais e coletivos e direitos sociais.

E uma vez que cabe ao Poder Judiciário realizar funções de controle da administração pública e das políticas públicas, na medida em que é acionado para fazer com que a administração atue no sentido de concretizar direitos sociais fundamentais que não foram contemplados nas políticas públicas do administrador público, o Poder Judiciário estará neste caso fazendo com que seja cumprida a Constituição.

Entendemos que ao analisar uma ação judicial na qual a Constituição é invocada em face da omissão do administrador público, e que se encontra em jogo a vida humana, necessidades vitais que configurem um “mínimo existencial” para uma vida digna e até mesmo sobrevivência da pessoa, age o tribunal nos termos da Constituição ao garantir que

seja cumprida a Constituição e atendido ao pedido do autor, determinando à administração pública que cumpra a decisão judicial, independentemente de ter ou não sido o objeto da referida determinação incluído nas políticas públicas da referida administração pública.

Neste caso, estaria o tribunal proporcionando o acesso à justiça ao autor, carente de ver cumprido seus direitos sociais fundamentais ou exorbitando de seu poder?

Entendemos que neste caso está o tribunal atuando nos limites de sua competência, segundo o código do sistema jurídico.

Entendemos que neste caso não pode o tribunal se quedar inerte, não fazendo nada, não atendendo o pedido do autor, sob a justificativa que no caso trata-se de uma questão de ordem política que não diz respeito ao tribunal, uma vez que a matéria diz respeito a normas programáticas consistentes meramente num ideal de justiça, mas não em normas substantivas que exigem sua aplicação imediata.

A nosso ver, o fenômeno da judicialização da justiça nos termos acima elencados, decorre da vinculação dos tribunais à Constituição, cujas normas e princípios têm caráter normativo e devem ser aplicados para assegurar direitos nela consignados, o que fazendo os tribunais, dão ao respectivo fenômeno (judicialização das políticas públicas) o caráter de instrumento de acesso à justiça e concreção da cidadania.

CONCLUSÕES

O advento dos direitos sociais levaram ao surgimento das políticas públicas como instrumento apto à consecução dos direitos sociais, mormente após sua constitucionalização, o que ocorreu nos vários países democráticos ocidentais.

As políticas públicas assumem no cenário político-jurídico atual papel de grande relevância, pois é através destas que o Estado realiza objetivos teleológicos dispostos na Constituição Federal, bem como dá efetividade aos direitos sociais.

Entretanto, em razão da omissão da Administração Pública no que concerne a desenvolver políticas públicas com o fito de efetivar os direitos sociais constantes da Constituição Federal, inúmeras ações judiciais tem sido interpostas junto aos tribunais brasileiros requerendo a tutela judicial com o fim de verem garantidos e realizados os direitos sociais fundamentais constitucionais.

Na medida em que o Poder Judiciário decide por obrigar a Administração Pública a efetuar a prestação de serviços à população e indivíduos, seja na área da saúde, educação,

alimentação, moradia, etc., e uma vez que tais decisões tem repercussão direta na Administração Pública e nos orçamentos públicos, ocorre o fenômeno da judicialização das políticas públicas.

Este protagonismo do Poder Judiciário tem sido alvo de muitas críticas por parte dos governos, dos administradores públicos, que alegam estar sendo infringido o princípio da “reserva do possível”, e estariam os tribunais exorbitando de suas funções e desrespeitando o poder discricionário do administrador público no que se refere a eleger as políticas públicas que devem ser desenvolvidas junto à comunidade para a qual foi eleito para governar, além de causar graves transtornos à Administração Pública, que não se preparou para fazer frente a tais despesas decorrentes do cumprimento das ordens judiciais.

Como foi observado na teoria de Luhman, o direito cria expectativas normativas congruentes, de forma a simplificar a complexidade social e possibilitar que nos conduzamos em sociedade, na medida em que as normas jurídicas nos possibilitam a criar expectativas sobre as condutas que as demais pessoas deverão ter em sociedade, e ainda que alguma destas expectativas venham a se frustrar, o sistema jurídico já trás consigo as condições para absorver a frustração sem que estas expectativas deixem de existir socialmente.

Neste sentido, ao constitucionalizar os direitos sociais fundamentais, o Estado cria expectativas normativas na população de que os mesmos sejam realizados, principalmente em se tratando de direitos constitucionais fundamentais para os quais o legislador constituinte afirmou ter aplicação imediata.

Uma vez que a Constituição realiza um acoplamento estrutural entre o direito e a política, possibilitando a sua comunicação, na medida em que tais normas não são cumpridas e há interposição de ação junto ao Poder Judiciário e este decide segundo os códigos jurídicos de lícito e ilícito, o que o tribunal está a fazer no nosso entender é determinar o cumprimento da Constituição.

Neste sentido, o fenômeno da judicialização das políticas públicas, nos termos acima elencados, não se constitui a nosso ver em uma exorbitância de poder pelo Judiciário, mas em instrumento de acesso à justiça para concreção de direitos fundamentais sociais e promoção da cidadania, em atendimento ao princípio do “mínimo existencial”, na medida em que o atendimento do pleito se traduz na garantia da própria sobrevivência da pessoa ou de sua dignidade como pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, 10ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Coord.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Direito na Sociedade Complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha *et all*. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1990.
- FRIEDE, Reis. **Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado**. 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GARCIA, Maria da Glória Ferreira Dias. **Da Justiça Administrativa em Portugal. Sua origem e evolução**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Política Pública da Assistência Social na Constituição Federal de 1988: do não direito ao direito negado. **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão: Juris Itinera**. São Luís: PGJ, nº 14: 51-70, 2007.
- Editores, 2011.
- HEIDEMANN, Francisco G. e SALM, José Francisco (org.). **Políticas públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e Modelos de Análise**. Brasília: UnB, 2009.
- KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.
- 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.

LEAL, Rogério Gesta. A Efetivação do Direito à Saúde por Uma Jurisdição-Serafim: Limites e Possibilidades. In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos, Tomo 6.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos. Tomo 8.** Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

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

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Política Nacional de Plantas Medicinais e Fitoterápicos.** Brasília, 2006.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: Aspectos conceituais e metodológicos.** In: REIS, Jorge Renato dos e LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais & Políticas Públicas. Desafios Contemporâneos.** Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008, p. 2307 a 2333.

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

VIANA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47.