

## **POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS**

**Leonardo Augusto Gonçalves\***

### **RESUMO**

Este trabalho apresenta o conceito dos direitos fundamentais de segunda geração. Explicita que os de segunda geração caracterizam-se como direitos a prestações sociais estatais, como saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Analisa a necessidade da concretização dos direitos sociais por meio da elaboração e do cumprimento de políticas públicas. Aborda as formas de intervenção dos Poderes Executivo e Legislativo, dos Conselhos de Gestão e da sociedade civil organizada no âmbito da elaboração e do cumprimento das políticas públicas vinculadas aos direitos sociais. Indica que o Poder Executivo, por conta da previsão constitucional dos direitos sociais, está obrigado ao cumprimento das políticas públicas constitucionais vinculativas inerentes a tal modalidade de direitos. Estuda as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário no âmbito da tutela dos direitos sociais, investigando o conceito de ativismo judicial e sua relação com a doutrina da reserva do possível. Aborda, por fim, o papel do Ministério Público como fonte de mobilização dos diversos atores sociais e de fomento das políticas públicas constitucionais vinculativas, fazendo com que estas possam ser classificadas como específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas, tudo para que, em sendo necessário, mostre-se viável a busca da tutela jurisdicional dos direitos sociais.

### **PALAVRAS CHAVES:**

**POLÍTICAS PÚBLICAS; DIREITOS SOCIAIS.**

---

\* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo; Aluno Regular do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro - FUNDINOPI (Jacarezinho-PR); Professor do Curso de Graduação da mesma Faculdade; e-mail: lag@mp.sp.gov.br.

## **ABSTRACT**

This work presents the fundamental rights conception of second generation. It explains that those ones of second generation are characterized like rights to social State-owned services, such as health, education, work, etc., standing out a transition from the formal abstract liberties to the specific material ones. It analyzes the need of the concretion of the social rights through the elaboration and the fulfillment of the public policies. It deals with the ways of intervention of the Executive and Legislative Powers, of the Management Councils and of the civil society organized in the scope of the elaboration and the fulfillment of the public policies linked to the social rights. It indicates that the Executive Power, due to the constitutional forecast of the social rights, is forced to the fulfillment of the constitutional public policies binding inherent to the so-called rights modality. It studies the possibilities of the Judiciary Power in the scope of the guardianship of the social rights, investigating the concept of judicial activism and its relation with the doctrine of the reserve of the possible. It deals with, at last, the role of the Public Ministry as a source of mobilization of the various social actors and the promotion of the constitutional public policies related to it, making that these ones can be classified like specific, socially need and constitutionally claimed, everything done because, if it is necessary, it becomes feasible the search of the jurisdictional guardianship of the social rights.

## **KEYWORDS**

PUBLIC POLICIES; SOCIAL RIGHTS.

## **1. Introdução**

A concretização dos direitos fundamentais caracteriza-se como assunto de grande interesse, mais especificamente no que tange à análise da força normativa das previsões constitucionais relativas ao tema.

Vladimir Brega Filho, após o estudo do histórico dos direitos fundamentais, conclui “que apenas os direitos individuais (Liberdades Públicas) não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criarem condições para o seu exercício. Foram definidos e assegurados os direitos sociais,

econômicos e culturais buscando garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais”.<sup>1</sup> Citando Ingo Wolfgang Sarlet, Brega Filho explica que “esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”.<sup>2</sup>

Na lição de Alexandre de Moraes, os sociais “são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”.<sup>3</sup>

A previsão constitucional, nos termos em que restou consignada na Carta da República de 1988, revela o traço concernente à indisponibilidade dos direitos sociais, bem como a característica da auto-aplicabilidade da regra prevista no artigo 6º, segundo a qual “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

Na esteira do entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito”.<sup>4</sup>

Assim, os operadores do direito devem perquirir sobre as alternativas possíveis na busca do efetivo respeito aos direitos sociais, fazendo com que o Estado cumpra o seu dever de garantir ao cidadão o direito de viver em uma sociedade que busque, por meio da atuação dos poderes constituídos e das organizações civis não governamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e

---

<sup>1</sup> BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. p. 22 seq.

<sup>2</sup> *Ibidem*. p. 23.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. p. 202.

<sup>4</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. p. 49 seq.

regionais e promovendo o bem de todos, nos exatos termos do que estabelece o art. 3º, III e IV, da Constituição Federal.

Partindo da consagrada divisão apresentada por Montesquieu relativa aos Poderes do Estado, ao Executivo compete a prática dos atos de chefia, de governo e de administração.

Para que os direitos sociais possam ter real implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo, enquanto responsável pelos atos de administração do Estado, promova a elaboração das chamadas políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetividade dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, etc.

Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles, à Administração é concedido o chamado poder discricionário “para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.<sup>5</sup>

Entretanto, no âmbito dos direitos sociais, o poder discricionário da Administração deve ser analisado com profunda cautela posto que, conforme anteriormente salientado, a elaboração das políticas públicas e a realização dos atos administrativos tendentes à efetiva implementação de tal modalidade de direitos estão vinculadas ao cumprimento de dispositivo constitucional de ordem pública, arraigado aos critérios da imperatividade e inviolabilidade, possuindo natureza de norma auto-aplicável e, assim, não podendo ser afastada pela discricionariedade do Administrador.

Surge, então, o conceito de **políticas públicas constitucionais vinculativas**, a partir do qual se chega ao entendimento de que, para a garantia dos direitos sociais, a Administração estará compelida à elaboração de estratégias de atuação visando implementá-los.

Desta forma, temos que o Poder Executivo não poderá furtar-se à elaboração das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, bem como à efetiva implementação destes, sob pena de descumprir norma constitucional de ordem pública, imperativa, inviolável e auto-aplicável.

Na hipótese da Administração não cumprir tais deveres, deixando de elaborar (ou elaborando de maneira inadequada) as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, ou, ainda, deixando de cumprir (ou cumprindo de forma ineficaz) as políticas

---

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 103.

públicas elaboradas, abre-se espaço para a análise e discussão acerca dos instrumentos que podem ser utilizados na busca da tutela dos direitos sociais.

Sendo assim, este trabalho pretende promover a abordagem dos mencionados instrumentos de tutela dos direitos sociais, delineando os mecanismos que podem ser utilizados, em princípio, na órbita extrajudicial e, na hipótese destes se mostrarem ineficazes, também mediante a provocação do Poder Judiciário, visando à efetiva implementação das políticas públicas relacionadas aos direitos previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

## 2. Cidadania e políticas públicas

A cidadania, em um de seus aspectos, traz em si a idéia do direito fundamental à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar.

Para que os direitos sociais possam ter efetiva implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo promova a elaboração e cumprimento das correspondentes políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetivação de tais direitos.

Segundo Eduardo Appio, “as políticas públicas podem ser conceituadas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”.<sup>6</sup> Continuando, Appio esclarece que “as políticas públicas no Brasil se desenvolvem em duas frentes, quais sejam, políticas públicas de natureza social e de natureza econômica, ambas com um sentido complementar e uma finalidade comum, qual seja, de impulsionar o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos”.<sup>7</sup>

Posto isto, as inquietações que nos inclinam à análise do tema ora proposto podem ser resumidas a duas indagações fundamentais: **a) está o Poder Executivo vinculado à elaboração e cumprimento das políticas públicas que tenham por objetivo a efetiva implementação dos direitos sociais? b) qual o papel que o**

---

<sup>6</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. p. 136.

<sup>7</sup> *Ibidem*. p. 136.

### **operador do direito deve e pode assumir na busca da elaboração e cumprimento de tais políticas públicas, tutelando, assim, os direitos sociais?**

Na lição de Cláudia Maria da Costa Gonçalves, “analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista”.<sup>8</sup>

Questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação dos direitos sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito.

Como se percebe, mostra-se profundamente relevante a discussão e pesquisa em torno das possibilidades conferidas aos operadores do direito no que diz respeito à elaboração e à exigência do cumprimento das políticas públicas que visam garantir a efetividade dos direitos sociais, assegurando a todos a concretização da cidadania.

### **3. Função política do direito**

Com a lição de Marilena Chaui, aprendemos que:

---

<sup>8</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. p. 216 seq.

A palavra política é grega: *ta politika*, vinda de *pólis*. *Pólis* é a cidade, não como conjunto de edifícios, ruas e praças e sim como espaço cívico, ou seja, entendida como a comunidade organizada, formada pelos cidadãos (*politikós*), isto é, pelos homens livres e iguais nascidos em seu território, portadores de dois direitos inquestionáveis, a *isonomia* (igualdade perante a lei) e a *isegoria* (a igualdade no direito de expor e discutir em público opiniões sobre ações que a cidade deve ou não deve realizar).

*Ta politika* são os negócios públicos dirigidos pelos cidadãos: costumes, leis, erário público, organização da defesa e da guerra, administração dos serviços públicos (abertura de ruas, estradas e portos, construção de templos e fortificações, obras de irrigação, etc.) e das atividades econômicas da cidade (moeda, impostos e tributos, tratados comerciais, etc.).

*Civitas* é o correspondente, em latim, do grego *pólis*, portanto, a cidade como ente público e coletivo ou entidade cívica. *Civis* é o correspondente a *politikós*, isto é, cidadão. *Res publica* é o correspondente latino de *ta politika*, e significa, portanto, os negócios públicos dirigidos pelo *populus romanus*, isto é, os patrícios ou cidadãos livres e iguais, nascidos no solo de Roma.

*Pólis* e *civitas* correspondem (imperfeitamente) ao que, no vocabulário político moderno, chamamos de Estado: o conjunto das instituições públicas (leis, erário público, serviços públicos) e sua administração pelos membros da cidade.

*Ta politika* e *res publica* correspondem (imperfeitamente) ao que designamos modernamente como práticas políticas, em referência ao modo de participação no poder, aos conflitos e acordos na tomada de decisões e na definição das leis e de sua aplicação, no reconhecimento dos direitos e das obrigações dos membros da comunidade política e às decisões concernentes ao erário ou fundo público.<sup>9</sup>

Conforme explica Goffredo Telles Júnior:

---

<sup>9</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. p. 349.

A palavra portuguesa *direito* provém do adjetivo latino *directus* (*directus, directa, directum*), que, por sua vez, deriva do particípio passado do verbo latino *dirigere* (*dirigo, dirigit, DIRECTUM, dirigere*).

Este verbo significa: endireitar, tornar reto, alinhar, traçar, marcar uma divisa, dirigir, dispor, ordenar, conformar, lançar em linha reta, ir em linha reta.

O adjetivo qualificativo *directus* designa a qualidade de ser conforme a linha reta; de se achar disposto de maneira a constituir a linha mais curta entre dois pontos; enfim, de se encontrar alinhado em reta.

Por analogia, o adjetivo *directus* pode designar também a qualidade de ser conforme à linha moral, isto é, à norma ou regra moral.

Tal extensão dada à palavra *direito* é devida ao fato de se ter sempre simbolizado o caminho do bem, o próprio bem, o melhor, pela imagem da linha reta.

Em conseqüência, a palavra *direito* tem dois sentidos etimológicos: um sentido fundamental, referente ao mundo físico, e um sentido analogado, referente ao mundo ético.

Etimologicamente, define-se o adjetivo *direito* nos seguintes termos: qualidade de ser conforme à linha reta ou régua, ou à linha moral ou regra (= norma).

Ora, tudo que é conforme tem a forma de outro; a outro se ajusta. E o que está ajustado é justo.

Partindo, pois, do sentido etimológico da palavra *direito*, chegamos à conclusão de que tal palavra, tomada como adjetivo, designa a qualidade do justo.

Embora a qualidade direita seja a qualidade justa, não se pode sempre usar a palavra justo em lugar da palavra *direito*. Não coincidem, a não ser em parte, as extensões destes dois termos.

Efetivamente, a qualidade de ser conforme à linha mais curta entre dois pontos – a qualidade de ser reto no sentido físico (de ser conforme à régua) – é designada pela palavra *direito*, mas não pela palavra justo no sentido moral (no sentido de ser conforme a regra).

O que, agora, somente nos interessa é a qualidade direita, no sentido de qualidade do que é justo no mundo ético.



Direito, adjetivo, com o mais amplo sentido justo ético, se define: Qualidade do que é conforme à norma.<sup>10</sup>

Mostra-se importante observar, ainda, que muito além do que sugerem seus significados etimológicos (referentes aos mundos físico e ético), Louis Assier-Andrieu nos ensina que “o direito é uma realidade social. É um componente das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é uma realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela, um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos. O direito adere, assim, intimamente ao estado da sociedade por ele representada, mas dela se distingue para exercer sua missão de organização, sua tarefa normativa. Se o direito é uma realidade social, é também uma teoria ativa da sociedade, uma avaliação do que existe cuja meta é determinar o que deverá existir. Portanto, o direito é uma realidade social de feição dupla. Como teoria, como modo de encarar as relações sociais, ele produz grande quantidade de saberes apropriados. Como forma de organização, produz instituições e especializa a seu serviço certo número de membros da sociedade”.<sup>11</sup>

Procurando harmonizar os conceitos até aqui alinhavados, podemos afirmar que a **função política do direito** consiste em analisar o estágio de desenvolvimento da sociedade em determinado momento histórico, tudo para que, na seqüência, procurando ajustar o modo de atuação dos indivíduos quanto ao exercício do poder, solucionando conflitos e promovendo o consenso no que tange à tomada de decisões, seja alcançado o objetivo de que os superiores interesses da comunidade sejam implementados de maneira justa e eficiente, ensejando uma melhor qualidade de vida para os seus membros, fazendo com que estes possam exercer todas as suas potencialidades em busca do pleno desenvolvimento pessoal que leva à dignidade e, conseqüentemente, ao exercício da cidadania.

**Assim, é preciso reconhecer que o Direito e seus operadores possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo**

---

<sup>10</sup> TELLES JUNIOR, Gofredo. *Iniciação na ciência do Direito*. p. 375 seq.

<sup>11</sup> ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O direito nas sociedades humanas*. p. XI.

**respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento.**

#### **4. Elaborar e cumprir políticas públicas**

Na busca da defesa e, mais do que isso, da construção de um legítimo Estado Democrático de Direito, mostra-se necessária uma atuação marcante e eficaz no que tange às discussões em torno das políticas públicas concernentes às áreas que são relevantes para a garantia da cidadania.

Dentro deste panorama, tal atuação deve se mostrar presente tanto no que diz respeito à formulação quanto na busca do efetivo cumprimento das políticas públicas constitucionais vinculativas.

Tal participação passa, em primeiro plano, pelo conhecimento da realidade de cada um dos Municípios, Estados e da União no que concerne ao atendimento aos direitos sociais, buscando, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, Conselhos de Gestão e sociedade civil organizada, definir prioridades a fim de que eventuais falhas nesse atendimento sejam devidamente corrigidas, indicando a melhor forma de fazer com que os orçamentos públicos contemplem recursos suficientes para tanto.

Neste ponto, devemos investigar quais os instrumentos que podem ser colocados à disposição do operador do direito para que, de maneira eficaz, possa atuar no campo dos debates e formulação das políticas públicas, gerando instrumentos capazes de ensejar, na hipótese de descumprimento, a busca da tutela jurisdicional dos direitos sociais.

Mostra-se importante observar que o campo de discricionariedade do Chefe do Poder Executivo no que tange ao cumprimento das políticas públicas é bastante amplo, sobretudo diante do fato de que o orçamento, atualmente, não possui natureza impositiva.

Questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando o cumprimento das políticas públicas.

Revela-se profundamente relevante a discussão e pesquisa em torno das possibilidades conferidas aos operadores do direito no que diz respeito à exigência do cumprimento das políticas públicas que visam garantir a efetividade dos direitos sociais.

Tradicionalmente, o próprio Poder Executivo, por meio do planejamento de suas estratégias de atuação, é quem elabora as políticas públicas.

Atualmente, porém, o Poder Executivo muito tem se auxiliado das atividades dos chamados Conselhos de Gestão no que diz respeito à elaboração das políticas públicas, sobretudo nas áreas da saúde, crianças e adolescentes, educação e assistência social. Tais Conselhos, que contam com a participação de diversos segmentos da sociedade (poder público, entidades de classe, associações, clubes de serviço, etc.), contribuem para o diagnóstico das prioridades do ente público nas áreas correspondentes aos direitos sociais, formulando projetos, encaminhando sugestões e requerimentos ao Poder Executivo no sentido de que sejam implementados.

Também o Poder Legislativo, por meio das atividades de seus membros, sobretudo na elaboração e votação de projetos de leis (mormente de natureza orçamentária), possui papel fundamental na elaboração das políticas públicas.

A sociedade civil organizada, em especial as instituições que atuam no chamado “terceiro setor”, também colaboram no encaminhamento de diversas questões inerentes aos direitos sociais, promovendo gestões a respeito do tema junto aos órgãos do Poder Executivo e demonstrando quais as prioridades a serem implementadas em suas respectivas áreas de atuação.

É importante notar que no campo das políticas públicas a questão orçamentária revela-se como de especial relevância posto que todo e qualquer projeto a ser desenvolvido pela Administração demanda investimento.

Neste ponto, vale acentuar a necessidade de que todos os envolvidos na elaboração e cumprimento das políticas públicas tenham como ponto de partida o conhecimento da forma pela qual o orçamento é elaborado e executado.

É de extrema importância compreender o papel da Lei do Orçamento Anual (LOA), do Plano Plurianual (PPA) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) posto que desempenham função relevante na definição e priorização das ações governamentais.

Sem a correta compreensão do funcionamento do ciclo orçamentário toda e qualquer discussão em torno da elaboração e cumprimento das políticas públicas tende a

se revelar absolutamente inócua, posto que dificilmente serão implementadas sem recursos para tanto.

## **5. Tutela jurisdicional das políticas públicas**

**Até que ponto o operador do direito, depois de esgotadas outras instâncias, pode buscar a tutela jurisdicional visando o cumprimento das políticas públicas? Quais as possibilidades quanto à exigência do cumprimento das políticas públicas constitucionais vinculativas?**

Por óbvio que o operador do direito não deve se sujeitar a discussões intermináveis sobre determinada política pública a ser implementada e cumprida. Para que tais discussões estéreis não se verifiquem sobre o assunto, é preciso que o Administrador tenha sempre presente a possibilidade de que, caso não cumpra o dever constitucional a que está obrigado, o Poder Judiciário poderá ser acionado a fim de que sejam tutelados os direitos sociais de forma efetiva.

Somente contando com um Poder Judiciário aberto à discussão do tema concernente ao cumprimento das políticas públicas estas ganharão a possibilidade de serem efetivamente implementadas.

Caso o Poder Judiciário se feche para as grandes questões envolvendo o assunto em pauta, o Administrador ineficiente ver-se-á em situação bastante tranqüila, deitando-se sobre o confortável argumento de que o cumprimento dos direitos sociais encontra-se sujeito à discricionariedade de seu poder, cabendo a ele (Administrador) decidir sobre a conveniência e oportunidade da implementação da correspondente política pública.

Ao Poder Judiciário cabe, assim, demonstrar até que ponto a sociedade poderá vê-lo como autêntico sustentáculo do Estado Democrático de Direito, jamais deixando de se debruçar sobre os temas mais relevantes do País, garantindo ao cidadão o acesso aos direitos que lhe são assegurados pelo ordenamento jurídico, sobretudo aqueles que possuem lastro constitucional.

Ocorre que, tomando como ponto de partida o fato de que a efetiva implementação dos direitos sociais demanda a elaboração e o cumprimento de políticas públicas e, além disso, a circunstância de que a previsão orçamentária de recursos para tanto se revela absolutamente imprescindível, mostra-se necessária a discussão em torno

da possibilidade do Chefe do Poder Executivo ser compelido, por força de decisão judicial, a dar cumprimento às políticas públicas constitucionais vinculativas.

Sobre o assunto, colho a lição de Marcos Felipe Holmes Autran:

Questão de grande debate em âmbito doutrinário e jurisprudencial é o que toca à possibilidade do Poder Judiciário controlar esses atos administrativos, frutos da atividade discricionária, que a própria lei deixou a critérios de conveniência e oportunidade para o agente público. Para uma corrente tradicional da doutrina, de acordo com a nossa Carta Política (art. 5º, XXXV), a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim sendo, caso levado ao Poder Judiciário o ato discricionário, o juiz deverá identificar o âmbito do mérito – de acordo com o espaço deixado pela lei – onde está alojado o desempenho do poder discricionário. Não se vislumbrando infração, ou verificando que o administrador praticou o ato dentro do círculo que se encontra delineado pela lei, não há possibilidade de modificação – ato compatível com a lei e a ordem jurídica – não podendo o juiz sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar daquele administrador. E como fundamento do acima exposto está a separação dos poderes, cabendo ao Judiciário examinar os atos administrativos sob o ângulo da legalidade. É impossível ao Judiciário o controle extralegal do mérito dos atos administrativos, pois o juiz não é o destinatário dos juízos de conveniência e oportunidade, sendo destinatário exclusivo e final o administrador. Mesmo quando uma norma é discricionária não pode haver dúvidas quanto à necessidade de persecução de sua finalidade pública. Todavia, uma corrente mais moderna, a qual nos inserimos, entende que a atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade. Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também a observar substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade / proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, chamada legalidade substancial. Em outros termos, através do princípio da

proporcionalidade / razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se mantiverem, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não tiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão ‘proibição do excesso’ que para muitos é sinônima desses princípios. Desta forma, em determinadas situações é possível um controle da discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Neste caso, o Ministério Público possui legitimidade para zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover medidas necessárias para a sua garantia. Assim, é possível uma ação civil pública para que o Estado venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que fique demonstrado especificamente que se trata de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva visa implementar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente (art. 129, III, c.c. art. 5º LACP).<sup>12</sup>

Tal linha de argumentação traz à baila o conceito de **ativismo judicial**, segundo o qual ao Poder Judiciário mostra-se possível uma postura mais presente e eficaz no que diz respeito à garantia dos direitos sociais.

---

<sup>12</sup> AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. Disponível em <http://www.escriorioonline.com.br>.

Ainda trilhando a possibilidade da busca da tutela jurisdicional no campo dos direitos sociais, vale destacar o conceito de “direitos prestacionais” posto que intimamente relacionado ao assunto sob foco.

De acordo com Marcos Maselli Gouvêa, “a expressão ‘direitos prestacionais’ comporta críticas e perplexidades”.<sup>13</sup> Caminhando na seara deste tema e utilizando um conceito bastante genérico, referido autor aponta que os direitos prestacionais “servem para rotular qualquer dos direitos a prestações materiais (excluídas portanto as prestações normativas) do Estado”.<sup>14</sup>

Analisando a possibilidade da tutela jurisdicional dos direitos sociais à luz do conceito de direitos prestacionais e da doutrina da reserva do possível, Flávio Dino desenvolve o seguinte raciocínio, bastante esclarecedor:

A reserva do possível (uma leitura em países periféricos):

Suponhamos que um juiz aquiesça aos convites para adotar uma postura de “ativismo judicial”, construa uma identidade mais livre dos padrões normativistas e se convença, em determinado caso, de que a discricionariedade pode ser afastada de modo consistente. [...] Caso se trate de impor uma abstenção à autoridade administrativa normalmente não se apresentam outras dificuldades. Contudo, quando se cuida de determinar o cumprimento de um direito prestacional ergue-se a limitação à “reserva do possível”.

Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

Não discordo dessas teses se, por exemplo, cogitarmos de uma decisão judicial, proferida em uma ação civil pública, que – em nome do direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição – determina ao Governo Federal a construção de dois milhões de casas no espaço

---

<sup>13</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. p. 07.

<sup>14</sup> *Ibidem*. p. 11.

de um ano. A mobilização de recursos financeiros para tanto implicaria um impacto orçamentário não previsto nem previsível, de grande monta, resultando provavelmente no cancelamento de outras políticas referentes à concretização de outros direitos igualmente fundamentais.

Todavia, na trilha do que defende Andreas J. Krell, entendo que “a discussão europeia sobre os limites do Estado Social, a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado”. Assim, a reserva do possível é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisdicionais) mais efetivos. Em conseqüência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta). Dois parâmetros devem ser observados na atividade judicial nesse âmbito, quais sejam, a garantia de um “padrão mínimo social” aos cidadãos e o razoável impacto da decisão sobre os orçamentos públicos. Em nome do citado “padrão mínimo social”, os juízes não devem hesitar em inclusive determinar a realização de obras públicas, quando isso se revelar imprescindível e factível. Quanto ao impacto no orçamento público, a razoabilidade deve ser demonstrada à luz do caso concretamente analisado, podendo ser adotadas saídas criativas, como a fixação de prazos flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária. O que é fundamental é não ignorar este aspecto, sob pena de a decisão ser frágil e condenada à cassação ou à inexecução. Por outro lado, os aspectos orçamentários relativos aos direitos prestacionais não devem ser mitificados, transformados em uma “esfera sagrada”, pois não é assim quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de tributos e frustra parcelas expressivas das receitas públicas, em favor – do ponto de vista imediato – de setores socialmente mais fortes. Com efeito, em tais casos nunca se cogitou de o Judiciário decidir de outro modo em nome da reserva do possível. [...] Verificamos então que aquilo que é possível ao Judiciário fazer, em



sociedades com nível mais alto de implementação de direitos, é menos do que em países em situação oposta, como o Brasil – em que a meta de um “padrão social mínimo” exige que os juízes façam mais.<sup>15</sup>

Assim, diante dos argumentos até aqui expendidos, sempre que junto ao Poder Judiciário for deduzida pretensão relacionada à efetiva implementação de políticas públicas “específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas” (nos dizeres de Holmes Autran), o Poder Judiciário deverá marcar o seu papel de efetivo garantidor dos direitos sociais, não deixando ao desamparo o cidadão.

Citando, mais uma vez, Flávio Dino, “os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos”.<sup>16</sup>

Sobre a possibilidade do Poder Judiciário decidir sobre a obrigatoriedade da implementação de políticas públicas, decisão do E. Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/169619-5), cuja ementa segue adiante transcrita, merece destaque:

Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/0169619-5)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Recorrido: Município de Santos

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio

---

<sup>15</sup> DINO, Flávio. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas: sugestões para uma reforma cultural no Judiciário*. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br>.

<sup>16</sup> *Ibidem*. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br>.

de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.

3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

4. Recurso Especial provido.

Esta decisão explicita os argumentos que ora apresentamos, caracterizando-se como verdadeiro alicerce para a construção de um novo modelo no qual o Poder Judiciário deverá exercer papel de vital importância no campo da tutela dos direitos sociais.

## **6. Considerações Finais**

Caminhando para os últimos apontamentos deste singelo escrito, acredito que indispensável se faz destacar o papel significativo do Ministério Público no campo da concretização dos direitos sociais.

O artigo 127 da Carta da República define o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Tal definição traz ao Ministério Público especial relevância no rol das instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito, colocando-o como base de sustentação de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania (artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal).

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constitucional, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos direitos sociais.

Assim, vale observar o fato de que a sociedade brasileira somente poderá dizer que está inserida em um Estado Democrático de Direito a partir do momento em que os direitos sociais sejam efetivamente respeitados e cumpridos. Caso contrário, continuaremos a viver em uma democracia míope.

O Ministério Público, em especial, a quem o legislador constitucional conferiu poderes para adequadamente buscar a tutela dos interesses sociais indisponíveis, deve marcar sua atuação, sem perder o foco, na busca da implementação dos direitos consagrados no artigo 6º da Carta da República.

Para tanto, os membros do Ministério Público, em um primeiro momento, deverão atuar como fonte de mobilização dos diversos atores sociais e de fomento das políticas públicas constitucionais vinculativas, fazendo com que estas possam ser classificadas como específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Com isso e diante de tais características, ao Poder Executivo poderá ser reivindicado o cumprimento de tais políticas, sendo que, na hipótese do referido Poder deixar de dar atendimento a tal pleito, o Ministério Público ganhará, de forma adequada, a possibilidade de deduzir a correspondente pretensão perante o Judiciário.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, caberá não se afastar dos superiores interesses sociais, mostrando-se aberto às decisões que repercutirão de maneira relevante no cotidiano do cidadão, deixando no passado concepções doutrinárias e jurisprudenciais que hoje se mostram despidas da realidade a que o Juiz deve estar atento quando julga e, assim, decide os caminhos que serão trilhados pela sociedade.

## **REFERÊNCIAS:**

APPIO, Eduardo. *A ação civil pública no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2005;

\_\_\_\_\_. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2006;

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá Editora, 2006;

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas sociedades humanas*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000;

AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. “Jus Navigandi”. Disponível em <http://www.escriptorioonline.com>. Acesso em: 17.09.2007;

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002;

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Editora Ática, 2003;

*De olho no orçamento criança: atuando para priorizar a criança e o adolescente no orçamento público*. Publicação da Fundação Abrinq em parceria com o Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC) e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). São Paulo, 2005;

DINO, Flávio. *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas – sugestões para uma reforma cultural no Judiciário*. Disponível em <http://www.premioinnovare.com.br>. Acesso em 24.06.2006;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo. Editora Saraiva, 2006;

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá Editora, 2006;

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003;

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998;

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2002;

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007;

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Pulo: Editora Saraiva, 2006;

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.