

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

MARIANA SOCOLOSKI FERNANDES DE JESUS

**POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

NATAL/RN

2023

MARIANA SOCOLOSKI FERNANDES DE JESUS

**POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte como requisito final para a obtenção do título de especialização em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Me. João Victor Gomes Bezerra Alencar.

NATAL/RN

2023

Catálogo na Publicação – Biblioteca do UNI-RN
Setor de Processos Técnicos

Jesus, Mariana Socoloski Fernandes de.

Políticas públicas enquanto mecanismo de concretização dos direitos sociais / Mariana Socoloski Fernandes de Jesus. – Natal, 2023.

60 f.

Orientador: Prof. M.Sc. João Victor Gomes Bezerra Alencar.

Monografia (Pós Graduação – Especialização em Direito Constitucional) – Centro Universitário do Rio Grande do Norte.

1. Direitos sociais – Monografia. 2. Concretização – Monografia.
3. Políticas públicas – Monografia. I. Alencar, João Victor Gomes Bezerra. II. Título.

RN/UNI-RN/BC

CDU 34

Larissa Inês da Costa (CRB 15/657)

MARIANA SOCOLOSKI FERNANDES DE JESUS

**POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro Universitário do Rio Grande do Norte como requisito final para a obtenção do título de especialização em Direito Constitucional.

Aprovado em: 15/09/2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. João Victor Gomes Bezerra Alencar

Orientador

Prof^a. Dr^a Bruna Agra de Medeiros

Membro

Prof. Dr. Ângelo José Menezes Silvino

Membro

À minha mãe, cujos amor e sacrifício conduzem
minha vida por este mundo, assim como
representa meu maior exemplo de vida e
dedicação.

RESUMO

Os direitos sociais representam uma tentativa do constituinte brasileiro de 1988 em direcionar o país à conquista do desenvolvimento econômico e à diminuição das desigualdades sociais. A discussão sobre a efetividade destes direitos está no centro do debate jurídico, motivo pelo qual se escolheu como tema ao presente trabalho: as políticas públicas enquanto mecanismo de concretização dos direitos sociais. Assim, tem-se como objetivos de pesquisa apresentar as bases do neoconstitucionalismo brasileiro e a constitucionalização das políticas públicas; estudar a doutrina constitucionalista sobre os direitos sociais; e compreender as políticas públicas enquanto mecanismo de concretização dos direitos sociais. Para tanto, optou-se pelo método dedutivo de abordagem científica, com enfoque dogmático do direito, a partir de uma pesquisa exploratória, bibliográfica, documental e qualitativa. Como conclusão, infere-se que, diante da constitucionalização do direito e da supremacia da Constituição, bem como da concretização dos valores democráticos, liberais e sociais, é possível notar que a materialização dos direitos na vida em sociedade, por meio do próprio direito, acaba esbarrando no limite do quanto o direito pode prover. Neste contexto, entende-se que a natureza prestacional dos direitos sociais não lhes retiram a plena e imediata eficácia, motivo pelo qual o texto constitucional, direta ou indiretamente, garante à sociedade o direito de exigir o seu cumprimento, seja administrativamente, seja judicialmente. Desta forma, as políticas públicas encontram sua razão de ser na materialização dos direitos sociais, por meio de um plano de ação estatal e de uma atuação positiva do Estado que, por sua vez, exige meios e recursos para se efetivarem. Quanto aos recursos exigidos, a própria Constituição não apenas estabelece os direitos a serem garantidos, como também estabelece regras para o direcionamento de recursos com vistas à viabilização das políticas sociais. Além disso, a fim de definir um conceito jurídico de políticas públicas, o presente trabalho abarca a ideia de que políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, que possuem elementos e metodologia próprias para sua análise, implementação e avaliação. Por fim, analisou-se os limites para a exigência dos direitos sociais e suas políticas respectivas no Poder Judiciário, cuja conclusão aponta para o fato de que todos os poderes constituídos possuem atribuições e papéis importantes, definidos constitucionalmente e no próprio ciclo das políticas públicas, aptos a serem respeitados e aperfeiçoados.

Palavras-chave: Direitos sociais. Concretização. Políticas Públicas.

ABSTRACT

Social rights represent an attempt by the Brazilian constituent of 1988 to guide the country towards achieving economic development and reducing social inequalities. The discussion about the effectiveness of these rights is at the center of the legal debate, which is why the theme chosen for this work is: public policies as a mechanism for realizing social rights. Thus, the research objectives are to present the bases of Brazilian neoconstitutionalism and the constitutionalization of public policies; study the constitutionalist doctrine on social rights; and understand public policies as a mechanism for realizing social rights. Therefore, the deductive method of scientific approach was chosen, with a dogmatic approach to law, based on an exploratory, bibliographical, documental and qualitative research. In conclusion, it is inferred that, given the constitutionalization of law and the supremacy of the Constitution, as well as the implementation of democratic, liberal and social values, it is possible to note that the materialization of rights in life in society, through the law itself, ends up bumping into the limit of how much the law can provide. In this context, it is understood that the provisional nature of social rights does not deprive them of their full and immediate effectiveness, which is why the constitutional text, directly or indirectly, guarantees society the right to demand compliance, either administratively or judicially. In this way, public policies find their reason in the materialization of social rights, through a state action plan and a positive action by the state which, in turn, requires means and resources to be effective. As for the required resources, the Constitution itself not only establishes the rights to be guaranteed, but also establishes rules for directing resources with a view to making social policies viable. In addition, in order to define a legal concept of public policies, the present work embraces the idea that public policies are government action programs aimed at coordinating the means available to the State and private activities, in order to achieve socially relevant objectives and politically determined, which have their own elements and methodology for their analysis, implementation and evaluation. Finally, the limits to the requirement of social rights and their respective policies in the Judiciary were analyzed, whose conclusion points to the fact that all constituted powers have attributions and important roles, defined constitutionally and in the cycle of public policies, able to be respected and improved.

Keywords: Social rights. Effectiveness. Public policy.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	11
2.1	MARCOS FUNDAMENTAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO	12
2.2	CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	16
3	DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	19
3.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS LIBERAIS E SOCIAIS	20
3.2	REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS	22
3.3	DIREITOS PRESTACIONAIS ORIGINÁRIOS E DERIVADOS	26
3.4	A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	27
4	POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	30
4.1	A IMPORTÂNCIA DE UM ESTADO SOCIAL DE DIREITOS	32
4.2	O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	34
4.3	CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO	35
4.4	PROCESSOS DE ANÁLISE E DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	37
4.5	O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	38
4.6	O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	42
5	CONCLUSÃO	52
	REFERÊNCIAS	58

1 INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais constitucionais possibilita uma ampliação de perspectiva sobre a condição humana e sua relação com o Estado e, a partir disto, passa-se a compreender o tema como indispensável para a defesa de uma existência digna a todos os seres humanos. Neste contexto, a Constituição Brasileira de 1988 representa um marco na história do país quanto ao regramento dos direitos fundamentais, uma vez que apresenta um vasto rol destes direitos, como uma forma de garantir o avanço nacional em direção à conquista progressiva de um país democrático e justo para todas e todos.

O contexto histórico desta nova fase constitucional no país remonta períodos de instabilidades políticas, econômicas e sociais, bem como de autoritarismo político e de violação sistemática de direitos. Por este motivo, o constituinte de 1988 focou seus esforços na construção de um regramento constitucional que possibilitasse uma mudança drástica no cenário apresentado.

Os direitos sociais, por sua vez, enquanto espécie dos direitos fundamentais arrolados na Constituição de 1988, representa uma tentativa do constituinte em possibilitar o alcance da dignidade humana a partir da garantia de direitos prestacionais de segunda geração, a exemplo do direito à alimentação; à moradia; ao transporte; à educação; à saúde. Neste sentido, buscou-se regular constitucionalmente direitos básicos e essenciais a uma população majoritariamente marginalizada no país, cuja vida é marcada pela falta de acesso a serviços básicos, esquecidos a uma realidade em que a própria sobrevivência é inviável. Afinal, não há como se falar em sobrevivência, muito menos em vida digna, sem, por exemplo, alimentação e saúde.

No entanto, em que pese esta inovação significativa e essencial no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 1988, um novo problema surgiu: como concretizar os direitos sociais na prática? É indiscutível a importância da constitucionalização de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, mas de que isto adianta se não houver mecanismos claros e expressos para o alcance dos objetivos estabelecidos por estes direitos?

É neste sentido que o tema políticas públicas surge como importante e fundamental elemento para a discussão da efetividade dos direitos sociais. Porquanto, embora representem direitos fundamentais dotados de plena eficácia jurídica desde o seu nascedouro no ordenamento constitucional pátrio, são direitos denominados, também, de programáticos e prestacionais, de modo que, para sua efetividade prática, é necessária uma atuação positiva e prestacional do Estado, cujos contornos são dados por meio, por exemplo, das políticas públicas.

Por este motivo, diante deste contexto histórico-jurídico, se optou por estabelecer o seguinte tema e problemática do presente trabalho: políticas públicas enquanto mecanismo de concretização dos direitos sociais.

Porquanto, embora inegável, e de amplo conhecimento, o avanço do país em questões políticas, sociais e econômicas a partir da Constituição de 1988 e de governos de caráter progressista, o Brasil, enquanto nação de dimensões continentais, continua tendo como principal desafio a desigualdade social que assola sua população.

Além disso, os avanços mencionados, bem como o atravessamento de crises econômicas, como a de 2008 e a advinda da pandemia do coronavírus (ambas de contornos internacionais), provocaram uma reação negativa de parcela da população cuja escolha política resultou no crescimento de uma ideologia contrária ao progressismo democrático e social, tensionando ainda mais as crises nacionais e institucionais.

Neste sentido, os direitos sociais vêm tomando o centro do debate político nacional, diante da acentuação da vulnerabilidade social da população mais pobre a partir das citadas crises e diante de fenômenos atuais, como a precarização do trabalho, o avanço das tecnologias e das mídias sociais sobre o meio ambiente do trabalho, bem como da necessidade de inclusão das minorias políticas na vida social de modo igualitário, participativo e representativo. Desta forma, torna-se de fundamental importância entender o papel do Estado na efetividade dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas, a fim de que os fenômenos mencionados sejam de fato enfrentados.

Assim, a escolha do tema apresentado encontra motivação na necessidade de se solidificar na doutrina constitucionalista brasileira bases democráticas para a manutenção do sistema de direitos fundamentais sociais constituído em 1988, em busca de conquistas que possibilitem a igualdade social e o avanço de nossa democracia participativa. Para tanto, o estudo das políticas públicas enquanto mecanismo de efetivação dos direitos sociais se coloca como tema central no contexto apresentado.

A partir deste contexto e dos motivos acima arrolados, os objetivos traçados para o estudo em questão, de modo a apresentar respostas satisfatórias à presente problemática, são: 1) apresentar as bases do neoconstitucionalismo brasileiro e a constitucionalização das políticas públicas; 2) estudar a doutrina constitucionalista sobre os direitos sociais; 3) entender as políticas públicas enquanto mecanismo de concretização dos direitos sociais.

Desta forma, se busca particularizar a discussão da efetivação dos direitos sociais no Brasil a partir de um debate mais centralizado nas políticas públicas, enquanto mecanismo de

concretização destes direitos, perpassando pelo sistema de justiça e seu papel na garantia dos direitos sociais.

A fim de atingir tais objetivos, buscando-se estabelecer a melhor forma de percorrer o caminho científico neste trabalho e contribuir, de alguma forma, para a ampliação do conhecimento jurídico, se adotará o método dedutivo de abordagem científica. Já do ponto de vista da linha de pesquisa, propõe-se um enfoque dogmático do direito, buscando-se estudos mais especializados e aprofundados sobre temas jurídicos da atualidade, como forma de identificar melhores práticas jurídicas.

Ainda, a presente pesquisa será exploratória, tendo em vista sua finalidade de buscar novas informações sobre o tema proposto, por levantamento bibliográfico de material científico já publicado. Será, também, documental, por realizar-se estudo das normas jurídicas aplicáveis e de decisões judiciais relevantes, devido ao seu enfoque dogmático. Por fim, será qualitativa, ao se utilizar a interpretação e a atribuição de significados como meios de analisar os dados coletados.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Tratar sobre neoconstitucionalismo significa tratar sobre as diversas alterações da vida contemporânea em sociedade e enxergar os novos meios de produção do direito, que devem atender a soluções na mesma velocidade que as novas problemáticas surgem.

Segundo BARROSO (2005, p. 2) “o Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era”. Nesta perspectiva, o citado autor demonstra a existência deste fenômeno por meio, até mesmo, da linguagem, em que se percebe uma carência de manifestação do real significado do momento atual.

Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus. (BARROSO, 2005, p.2)

Nestes termos, para discutir qualquer questão atinente a realidade jurídica atual no Brasil, principalmente no que toca ao tema do direito constitucional, é indispensável debater as raízes do neoconstitucionalismo, em especial as do Brasil, que toma seus contornos próprios, de acordo com sua realidade histórica, política e social. Antes de adentrar no terreno histórico que permeia o tema, faz-se necessária uma tentativa conceitual do constitucionalismo.

Para SARMENTO (2012, p. 89), constitucionalismo é o movimento político que propugna pelo estabelecimento de uma constituição que limite e organize o exercício do poder político. Tal conceito, no entanto, vai se modificando no decorrer das evoluções doutrinárias e da própria história, tendo como marco inicial o constitucionalismo liberal, construído a partir das revoluções burguesas do século XVII ao XVIII, dada a falência do modelo absolutista de Estado.

Após o avanço da história, chega-se ao momento constitucional presente, baseado em três marcos fundamentais, desenvolvidos a partir do direito constitucional das últimas décadas, na Europa e no Brasil: o histórico, o teórico e o filosófico (BARROSO, 2005, p. 3). A partir destas perspectivas, torna-se, então, viável entender esse novo contexto constitucional, a partir da compreensão do papel da Constituição na interpretação jurídica em geral.

2.1 MARCOS FUNDAMENTAIS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

Inicialmente, o marco histórico do neoconstitucionalismo se deu com o surgimento do constitucionalismo do pós-guerra, que sedimentou uma nova organização política, o Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2005, p. 3). A partir deste referencial, enfatiza-se que o contexto da Segunda Guerra Mundial sediou um período de avanço de regimes políticos autoritários, de viés fascista, à exemplo do nazismo na Alemanha e o franquismo na Espanha.

No entanto, visto a queda de tais regimes, iniciou-se a formação de novas formas de organização estatal no mundo ocidental que abriu possibilidades ao Estado Democrático de Direito e a uma reformulação estrutural geral da Europa. Por outro lado, no Brasil, a tendência autoritária que persegue a evolução política de sua história permaneceu viva até tempos recentes, da ascensão à queda do regime militar que percorreu quase duas décadas de nossa história.

A partir disto, com o fim do regime militar no Brasil, quando finalmente pôs-se início a uma redemocratização do país com abertura política, nasceu a Constituição da República Federativa do Brasil, no ano de 1988, dando início ao Estado Democrático Brasileiro, com defesa e proteção dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Por outro lado, é importante esclarecer que há um movimento em sentido contrário ao aperfeiçoamento da democracia brasileira e de suas instituições. Percebe-se que esse movimento esteve por um bom tempo adormecido e há pouco tem-se agigantado. Movimentos populares e institucionais pró-regime militar não tem mais escrúpulos de virem à tona, principalmente com o avanço das mídias sociais.

A partir deste cenário, é plenamente possível afirmar que existe uma certa fragilidade dos valores democráticos no Brasil, entranhados não apenas no imaginário coletivo, mas em instituições sólidas do Estado. Noutro sentido, não é de se negar a importância da Constituição de 1988 para a difusão dos valores liberais, sociais e democráticos no Brasil, em que pese a observância deste movimento de retomada de ideais autoritários.

O marco filosófico, por sua vez, base do neoconstitucionalismo brasileiro se deu nos terrenos do pós-positivismo, que surgiu como um modelo de superação aos tradicionais paradigmas opostos – o jusnaturalismo e o juspositivismo, correntes de pensamento sobre a teoria do direito, que visam preencher o eterno questionamento sobre o que é o direito.

Sobre essa temática, BARROSO (2005, p. 5) explica que o jusnaturalismo, surgido no século de XVI, visou transformar racionalmente o conceito de direito a partir de uma filosofia natural, baseado na crença em princípios de justiça universalmente válidos. Enfatiza, ainda, que

esta corrente jusfilosófica foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações.

Ainda, REIS FRIEDE (2017, p. 6) explica que o início do declínio da teoria jusnaturalista se dá quando filósofos e juristas do século XVIII começaram a desenvolver concepções juspositivistas do direito, de modo a rejeitar a ideia de existência de um Direito Natural, coincidindo com o momento histórico de formação dos Estados Modernos. “Com efeito, o valor da segurança jurídica, em tal conjuntura, adquire relevante dimensão, que somente poderia ser alcançado pelo primado da lei”.

Porquanto, o juspositivismo, de modo ambivalente ao jusnaturalismo, busca uma objetividade científica aplicada ao direito, equiparando o Direito à Lei e, ainda, afastando-a “da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça que dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX” (BARROSO, 2005, p. 6). Tendo, para tanto, como principal expoente teórico a Escola da Exegese, nascida na França, coincidindo com a unificação do direito civil no referido país, a partir da promulgação do Código Napoleônico (FRIEDE, 2017, p. 7).

Ou seja, resta evidente que juspositivismo diz respeito ao direito posto pelo ser humano, por meio do Estado, de suas instituições e das normas por eles criados. Confundindo-se, portanto, a ideia de direito com a própria figura do Estado, já que aquele é estabelecido por este, restando ao jurista, segundo esta corrente jusfilosófica de pensamento, o papel de tão somente aplicar as normas como elas estão estabelecidas, sem exercer qualquer juízo de valor.

Por fim, é neste contexto de superação destes dois modelos que surge o pós-positivismo, com o retorno da ética e dos valores ao Direito, após a decadência do juspositivismo “emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade” (BARROSO, 2005, p. 6).

Porquanto, tornou-se inviável a manipulação do direito tendo como norte, unicamente, a letra pura e fria da lei posta pelo Estado, surgindo, com isso, a necessidade de novas teorias que impliquem em criar métodos para resolução de problemas complexos da sociedade, “os quais não conseguem respostas adequadas apenas com os paradigmas do positivismo jurídico” (BERNDT E JÚNIOR, 2017, p. 2).

Assim, tem-se que a partir do período pós-segunda guerra mundial, com a derrocada do nazifascismo, bem como com a sociedade internacional, dentre líderes e cidadãos em geral, chegou-se à conclusão de que lei sem valor abre espaços para abusos e autoritarismos, de forma que surge a necessidade de criação de um novo modelo de Estado; o Estado Constitucional de

Direito, por meio do qual não há apenas, pura e simples, uma norma fundamental, mas uma norma fundamental de forte conteúdo axiológico, voltado à proteção dos valores basilares daquela sociedade que se pretende regulamentar.

É neste contexto, portanto, que se estabeleceram novos marcos teóricos para o movimento constitucionalista, inaugurando-se o que se chama de neoconstitucionalismo. Segundo BARROSO (2005, p. 6), tais marcos centram-se, principalmente, em três grandes transformações que revolucionaram o conhecimento acerca da aplicabilidade do direito constitucional: o reconhecimento da força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Quanto ao reconhecimento da força normativa da Constituição, BARROSO (2005, p. 7) explica que esta teoria buscou superar o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, quando a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos.

A força normativa da Constituição consiste na força própria, organizadora e motivadora da vida estatal regulada por meio de um documento jurídico fundamental – a Constituição. Sua base conceitual situa-se na necessária e recíproca relação entre a ordenação jurídica e a realidade social. Ou seja, a norma constitucional não tem existência autônoma da realidade, dependendo sua eficácia da concretização da realidade por ela regulada (SILVA, 2016, p. 1).

Com isso pretende-se enfatizar que há uma Constituição real – baseada na ciência da realidade; do “ser”, como a ciência política, sociologia e economia – e uma Constituição jurídica – a norma jurídica fundamental do Estado propriamente dita. A relação entre ambas não se dá a partir de uma relação de dependência, mas de influência, de forma que a Constituição não pode ser elaborada apenas no plano teórico, mas deve, também, ter como base as condições sociais e históricas que a contextualiza (SILVA, 2016, p. 3).

Em sendo assim, o movimento neoconstitucionalista busca posicionar a Constituição em um novo patamar de importância na sociedade contemporânea e, para tanto, é essencial que possua correspondência com a realidade social e política a qual se destina. Isto é, sua força de vigência se encontra na relação direta e realista que possui com a sociedade e com a política que regulamenta. Não há como se vislumbrar uma norma fundamental que regule um Estado Democrático de Direito de forma eficaz, regulando plena e pacificamente suas relações políticas e sociais, sem haver correspondência histórica com a sociedade a qual se destina.

Por sua vez, a expansão da jurisdição constitucional tem como base o Princípio da Supremacia da Constituição, estrutural da justiça norte-americana, como um contraponto ao

que vigorava na maior parte da Europa – o modelo de supremacia do Poder Legislativo. O que significa dizer que o Poder Judiciário passou a ter um papel mais protagonista na defesa da normatização constitucional, a partir da adoção de modelos de controle de constitucionalidade no mundo ocidental contemporâneo (BARROSO, 2005, p. 9).

No Brasil, embora o controle de constitucionalidade tenha um histórico que remonte a Constituição Republicana de 1891, foi a partir do texto constitucional de 1988 que este novo sistema foi mais profundamente implementado com a criação de novas ferramentas de controle concentrado de constitucionalidade.

Além disso, é importante que se mencione a relevância da jurisdição constitucional para a realização das finalidades do Estado Democrático Social de Direito. Afinal, é com o fortalecimento dos direitos fundamentais a partir do movimento neoconstitucionalista que se dá o alargamento da jurisdição constitucional, visto que sua atuação visa prioritariamente garantir a concretização de tais direitos (AGRA, 2015, p. 1 e 5).

Por fim, uma nova dogmática da interpretação constitucional encerra o debate acerca marco teórico do neoconstitucionalismo, por meio da qual a jurisprudência e a doutrina passaram a desenvolver e sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, como a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, a interpretação conforme a Constituição, dentre outros. (BARROSO, 2005, p. 10).

Esta nova dogmática de interpretação constitucional denota toda uma transformação pela qual passou o Estado Democrática do Direito, em função de fatores de ordem político-jurídica e de ordem teórica, típicos do novo modelo de Estado surgido no pós-guerra (CAMPOS E ALBUQUERQUE, 2015, p. 3).

Isso porque o paradigma do estado democrático de direito surge no contexto de uma ampla transformação na tradição filosófica do Ocidente, também conhecida como a reviravolta linguístico-pragmática. Essa “coincidência” de transformações políticas e filosóficas acaba por impactar, também, a teoria do direito, na medida em que o fenômeno jurídico passa a ser compreendido sob o viés da linguagem, para além de um positivismo estritamente normativista. Essa virada rumo à linguagem, de certa forma, funciona como um reforço de fundamentação do modelo democrático de organização política, que se sustenta no ideal discursivo e comunicativo do consenso (CAMPOS E ALBUQUERQUE, 2015, p. 3).

Assim, passou-se a rechaçar a ideia de que normas jurídicas trazem um sentido único e válido para todas as situações submetidas à apreciação judicial. Na verdade, há um relevante papel do intérprete em revelar um conteúdo já disposto pela norma (CAMPOS E ALBUQUERQUE, 2015, p. 8). Nestes termos, torna-se possível compreender esta nova dogmática sob o prisma de adequar as normas constitucionais aos anseios sociais, de forma a cumprir com o projeto de transformação político-social proposto pela Constituição de 1988.

Em assim sendo, todo esse processo de valorização do direito constitucional, colocando-o num patamar de superioridade em relação às demais normas e atos do poder público, tendo como base em todos os pressupostos filosóficos e teóricos acima debatidos, deu-se cabo a um processo extenso e profundo de constitucionalização de todo o direito, em todos as suas demais ramificações e especializações.

BARROSO (2005, p. 16) expõe que o caráter extremamente prolixo e analítico da Constituição de 1988 estabeleceu um aspecto direto de dependência dos demais ramos do direito com a Constituição, formalizando, portanto, este processo de constitucionalização do direito no Brasil, consistindo no fato de que “toda ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados”.

Ou seja, observa-se uma irradiação expansiva das normas constitucionais por todo ordenamento jurídico à medida que o movimento constitucionalista atual posiciona tais normas em um patamar de centralidade de todo sistema jurídico. Assim, demais normas jurídicas de ramos variados do direito, tais quais o direito civil, administrativo, tributário, orçamentário, empresarial, penal etc., sofrem impacto significativo desta expansão constitucional.

Ademais, é fato que a valorização dos direitos fundamentais e de princípios democráticos pela Constituição de 1988 colaboram com este movimento de constitucionalização de todo sistema jurídico, sendo este um processo natural para a redemocratização brasileira. Afinal, é possível reconhecer a existência de conjuntos normativos com resquícios de autoritarismo advindos das décadas de ditadura que nos assolou, que demandam reformas e incidência dos fundamentos constitucionais vigentes atualmente, a exemplo do Código de Processo Penal.

Outro exemplo de constitucionalização do direito que importa ao presente estudo é a constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. A priori, é preciso compreender que a promoção de políticas públicas para a execução dos direitos previstos nos diversos diplomas legais deve ser empreendida por ato governamental.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando, então, que a Constituição além de estruturar o funcionamento do governo brasileiro, em suas diversas esferas, define, também, os direitos fundamentais a serem garantidos, defendidos e promovidos pelo Estado, é fato que a constitucionalização das políticas públicas se dá neste sentido: a regulação da atuação estatal para a concretização de direitos fundamentais.

BARCELLOS (2005, p. 8), expõe que esta relação entre Constituição e políticas públicas se dá, aprioristicamente, pelas seguintes formas: a definição de direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado; a instituição das políticas públicas enquanto mecanismo de concretização de tais direitos; a escolha de meios orçamentários e prioridades de recursos a serem destinados para a execução de tais políticas e, conseqüentemente, para a execução dos direitos fundamentais.

Por este movimento, portanto, de intensificação da regulação da vida estatal e de todos os ramos do direito brasileiro pela Constituição de 1988, surge um outro fenômeno do neoconstitucionalismo, essencial ao tema tratado no presente trabalho, que é a constitucionalização e judicialização das relações sociais.

Exaustivamente trabalhado na doutrina contemporânea, entende-se tal fenômeno como crescente da justiça brasileira, emanado principalmente devido às novas ferramentas processuais e principiológicas que possibilitaram um amplo acesso à justiça no Brasil, inaugurados pela Constituição de 1988, que ampliou, também, as formas de manifestação da cidadania e da busca pela concretização dos direitos dispostos nos diplomas legais e na Carta Fundamental, ainda no contexto, já tratado, de redemocratização do país.

Este movimento agravou a judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a encontrar no poder judiciário a solução para diversos temas que resvalam na importância de se dar plena efetividade a direitos fundamentais pelo poder político. BARROSO (2005, p. 44), para fundamentar o cenário acima percorrido, listou, no ilustre trabalho utilizado como base para esta pesquisa, alguns temas e casos que foram objeto de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente. Vejamos.

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal; (iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde (BARROSO, 2005, p. 45).

Tratar sobre esse movimento intenso de judicialização de questões inerentes a direitos constitucionalmente estabelecidos, especialmente aqueles de matriz fundamental pelo Título II da Constituição de 1988, tende a nos levar a um lugar comum de compreensão do tema sob a perspectiva da sobrecarga do poder judiciário.

Há, também, uma perspectiva de crítica a este movimento por entender ser uma violação à teoria tripartite dos Poderes da República, ao considerar que os mecanismos de

efetivação das normas no plano concreto da vida em sociedade deve ser tema exclusivo do poder executivo, em respeito à discricionariedade administrativa.

Assim, esta perspectiva objetiva tirar das mãos do judiciário a competência de exercer a jurisdição para se fazer cumprir direitos por meio de políticas públicas ou, sob outra perspectiva, exclui da competência do judiciário também a definição da norma a ser aplicada, por meio dos mecanismos da hermenêutica jurídica, por suposta e indevidamente adentrar na competência do poder legislativo.

BARROSO (2005, p. 48) explica que o papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoria e filosofia constitucional contemporânea, pelo mundo afora. No entanto, entende-se como fundamental a busca por uma visão que dê plena efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como um dever de todos os poderes por meio do sistema de freios e contrapesos.

Embora esta visão de ampla efetividade dos direitos fundamentais, e constitucionais em geral, por meio da atribuição de legitimidade a todos os poderes, nos pareça mais adequada frente constitucionalização do direito e da supremacia da Constituição, bem como da concretização dos valores democráticos, liberais e sociais, é completamente perceptível que a materialização dos direitos na vida em sociedade, por meio do próprio direito, acaba esbarrando no limite do quanto o direito pode prover.

Sob esta perspectiva, o questionamento que funda a inquietação do presente trabalho centra-se onde o direito não consegue chegar: nos mecanismos de concretização de direitos sociais que, embora o direito possa regulamentar, cobrar, punir ou, até mesmo, criar, é o poder político que dá verdadeira execução, através das políticas públicas.

Assim, é fato que, enquanto o neoconstitucionalismo esbarra em aspectos filosóficos e teóricos acerca da efetivação dos direitos, o presente trabalho pretende ir além das barreiras da linguagem e do plano das ideias para compreender de forma aprofundada uma das principais ferramentas para a materialização dos direitos fundamentais à vida em sociedade e à conquista da igualdade social por meio do sucesso do Estado Social de Direito: as políticas públicas.

Para isto, torna-se essencial compreender o arcabouço teórico desta espécie de direitos, a fim de entender como as políticas públicas são fundamentais para a sua concretização, traçando sobre este mecanismo um olhar jurídico.

3 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A relevância que os direitos fundamentais, em geral, têm tomado no seio do debate jurídico, desde a promulgação da CF/88, é inegável. Principalmente no que toca à questão da natureza dos direitos sociais, topograficamente situados no rol de direitos fundamentais, bem como da efetividade desta espécie de direitos.

Atribuir a isso o fato histórico de que, pela primeira vez no Brasil, o constituinte estabeleceu uma prioridade específica à defesa dos direitos fundamentais, é o primeiro passo para a compreensão da questão. No entanto, entender o porquê desta prioridade eleita pelo constituinte é ainda mais essencial.

De acordo com as premissas históricas traçadas alhures sobre as bases do neoconstitucionalismo no Brasil, a Constituição de 1988 foi um marco na história brasileira quanto a defesa dos direitos fundamentais, devido ao seu contexto histórico que nos remete a um período de redemocratização e retomada dos valores liberais e sociais outrora negligenciados e violados.

Em sendo assim, nada mais óbvio que redemocratizar um país a partir da garantia de direitos fundamentais à vida individual e em sociedade. Por outro lado, SARLET (2008, p. 1-5) lembra que a constitucionalização dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais representa um tema de grande embate na academia brasileira.

Posto que, uma das questões centrais dos principais círculos constitucionalistas de debates tem sido como efetivar tais direitos, em especial os direitos sociais que, embora se situem no rol dos direitos fundamentais, possuem uma controvérsia constante sobre sua natureza e forma de aplicabilidade aos casos concretos submetidos ao judiciário.

Afinal, para a persecução de uma sociedade mais justa e livre, não basta a mera previsão constitucional dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais. É necessário trabalhar uma teoria que compreenda a forma de efetividade e concretização de tais direitos, ou caminharemos no terreno do constitucionalismo simbólico (SARLET, 2008, p. 1-5).

Desta forma, é essencial para a compreensão da problemática escolhida por este trabalho, a discussão sobre os aspectos teóricos mais relevantes que permeiam os direitos sociais na doutrina e jurisprudência atual. Vale enfatizar, todavia, como já anteriormente dito, pretende-se ir além das bases teóricas e filosóficas que permeiam a temática, principalmente, quando concentrada na atuação do poder judiciário na garantia de efetividade dos direitos sociais.

Busca-se, com isso, compreender a aplicabilidade destes direitos por meio do estudo das políticas públicas, ou seja, na praxe executiva e administrativa. Nada obstante, a essencialidade de se investigar os aspectos teóricos sobre os direitos em estudo permanece.

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS LIBERAIS E SOCIAIS: UMA DIFERENCIAÇÃO

Pretende-se, portanto, aplicar uma análise dos direitos fundamentais sociais sob o ponto de vista de uma dogmática constitucional emancipatória, à luz da dignidade da pessoa humana, a fim de afirmar que o Direito Constitucional se realiza na concretização dos seus dispositivos normativos a partir da transformação da realidade política, econômica e social brasileira, conforme seus princípios constitucionais; objetivos da república brasileira e direitos fundamentais (CLÈVE, 2011, p. 1).

De antemão, cumpre explicar a diferenciação que a doutrina clássica faz dos direitos fundamentais dispostos na Constituição de 1988¹. Primeiro, há aqueles direitos fundamentais tipicamente liberais, que alguns definem como direitos de primeira geração (outros definem como direitos de primeira dimensão), que exigem uma postura absenteísta do Estado, de forma que a forma ideal de atuação estatal na garantia de tais direitos seria um não atuar. Como exemplos, temos: o direito à vida, direito de ir e vir, direito à privacidade, inviolabilidade de domicílio.

No entanto, é salutar intervir nesta definição a partir das críticas feitas por CLÈVE (2011, p. 2) pelas quais ele afirma que, na verdade, não há como o Poder Público não atuar na defesa de tais direitos, ou seja, não há como esperar apenas uma postura absenteísta do Estado frente estas questões. Afinal, como garantir o direito à vida sem garantir segurança pública e acesso à saúde? Como garantir direito de ir e vir sem garantir transporte público e logradouros públicos seguros e acessíveis?

Continuando a diferenciação dos direitos fundamentais pela doutrina clássica, há, também, os direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão)², que seriam os direitos

¹ É importante mencionar que esta concepção de direitos fundamentais definidos de acordo com a geração a que pertencem faz parte de uma perspectiva histórica da evolução de tais direitos. No entanto, não se pode olvidar que esta perspectiva não visa estabelecer uma regra de substituição de uma geração por outra. Afinal, os “direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes dos novos momentos. Assim, um antigo direito pode ter o seu sentido adaptado às novidades constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2019, p. 198).

² Ainda, além das duas gerações aqui citadas, há uma terceira, havendo, inclusive, autores que defendem a ampliação desta classificação para quatro ou até cinco gerações. A terceira geração diz respeito ao grupo de direitos fundamentais de natureza transindividual (sem um titular individualizado; definido ou definível), de titularidade da comunidade, como o direito ao meio ambiente equilibrado. Por influência de alguns doutrinadores do século XX, em especial do brasileiro constitucionalista Paulo Bonavides, a quarta geração de direitos fundamentais

sociais. Estes, por sua vez, esperam do Estado exatamente o oposto da abstenção: uma atuação forte e proativa na construção de políticas que garantam a concretização de tais direitos. É aqui que se pretende aprofundar o debate proposto por este trabalho.

Assim, quanto aos direitos fundamentais de segunda geração, os sociais, a Constituição Brasileira de 1988 expõe, em seu artigo 6º, situado no Título II, relativo aos direitos fundamentais, que 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, e a assistência aos desamparados.

Desta forma, fazendo uma análise doutrinária sobre uma possível conceituação dos direitos sociais, percebeu-se que, para tanto, utiliza-se como parâmetro a noção de classificação dos direitos fundamentais, não apenas quanto a geração a qual pertenceria, mas quanto a forma de atuação para a garantia de tais direitos, se prestacionais ou não.

Em assim sendo, a melhor forma de se conceituar direitos sociais é de acordo com a sua forma de aplicação na realidade social a que se destina. Direitos sociais, portanto, são aqueles que necessitam de uma atuação positiva do Estado para a formulação de políticas públicas a fim de lhes garantir concretude.

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Há várias formas de classificar os direitos fundamentais. De fato, nesse campo, as variações taxonômicas são múltiplas. Entretanto, os *direitos à organização e ao procedimento* são normalmente considerados como uma espécie dos *direitos de prestação em sentido amplo*. Já os direitos sociais, que também podem ser chamados de *direitos de prestação em sentido estrito*, são uma outra espécie de *direitos de prestação em sentido amplo* (MENDES; BRANCO, 2019, p. 1.062).

Neste contexto, é preciso enfatizar algumas problemáticas encontradas em torno do tema, que dificultam a compreensão dos direitos sociais e sua natureza jurídica. É neste sentido que SARLET (2008, p. 1-5) elenca os principais debates teóricos que permeiam aos direitos sociais sob a perspectiva dada pela Constituição Brasileira de 1988: a constitucionalização destes direitos; refutação à condição de autênticos direitos fundamentais; e a controvérsia em torno do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais.

corresponde àqueles advindos da globalização dos direitos humanos, como os direitos à participação política democrática, direito ao pluralismo político e social, bioética e limites à manipulação genética. Por fim, a quinta geração seria, por influência teórica do doutrinador acima citado, o direito à paz em toda humanidade (RAMOS, 2016, p. 57-59) Ressalte-se, por fim, a existência de controvérsias entre doutrinadores, não só sobre esta classificação dos direitos fundamentais em gerações, mas, também, sobre a qual geração pertenceriam alguns direitos específicos.

3.2 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Sobre a constitucionalização dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, SARLET (2008, p. 6) defende a importância de uma perspectiva dogmática-jurídica, de modo a possibilitar uma leitura que estabeleça os direitos sociais assim como o texto constitucional os impõe.

Para isto, ele desenvolve que a concepção de tais direitos estarem diretamente ligados a noção de justiça social, valor expressamente disposto no texto do art. 170 da CF/88: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”. (SARLET, 2008, p. 6). Explicitando com isto, a necessidade de enxergar a questão conforme a ordem de valores determinada pela Constituição, cuja expressão se encontra nos princípios e nos direitos fundamentais.

Assim, é possível demonstrar que não há como buscar uma concepção constitucional sobre determinado instituto jurídico, tal qual os direitos sociais, senão por meio da própria Constituição e de acordo com os valores e princípios ali expressos. Disto se extrai que, se a simples disposição dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais expressos no Título II da CF/88 não é suficiente para inferir-lhe a fundamentalidade e constitucionalidade aqui defendida, deve-se ir além do texto expresso neste segmento da Constituição e perquirir uma leitura geral e implicitamente imposta nos valores impressos no todo da Carta, como acima discorrido.

Do mesmo modo, CLÈVE (2011, p. 2) introduz a construção da ideia de constitucionalização e fundamentalidade dos direitos sociais a partir de uma necessária base dogmática constitucional “singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”. Ou seja, não há como analisar a natureza e aplicabilidade dos direitos sociais sem enxergá-los sob uma nova ótica, baseada no conjunto de valores dispostos constitucionalmente, que os relacione à sua significação histórica, valorativa e social.

Em seguida, SARLET (2008, p. 7-8) busca contestar a noção defendida por parte da doutrina de que direitos fundamentais seriam apenas aqueles direitos de liberdade; por alguns tidos como de 1ª dimensão/geração; ou de mera abstenção estatal. Para tanto, enfatiza que direitos sociais constituem um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que, de fato, são direitos sociais; se fundamentais ou não.

Em análise ao texto constitucional, referido autor torna evidente que os direitos sociais abrangem tanto direitos de abstenção estatal, quanto de direitos prestacionais (que necessitam de uma prestação positiva por ato do Estado), a exemplo, no primeiro caso, do direito de greve e da liberdade de associação sindical; e, no segundo caso, dos direitos à saúde e à previdência social.

Ou seja, torna-se inócua esta diferenciação, pretendida por parte da doutrina, que busca conceituar direitos fundamentais como exclusivamente os que direitos de liberdade (de abstenção estatal; de 1ª dimensão), afinal, como exposto, há direitos negativos com feições prestacionais e direitos positivos com feições liberais.

SARLET (2008, p. 8-9) vai além. Para ele, todos os direitos, tenham sido eles, expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais), estejam localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais.

Em sendo assim, enfatizando a fundamentalidade dos direitos sociais, resta evidente que são dotados, portanto, de todas as características atribuídas aos direitos fundamentais, tais como a efetividade plena de tais direitos, de acordo com a teoria de cunhada por José Afonso da Silva e com as disposições do art. 5º, § 1º da Constituição Brasileira de 1988: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

No entanto, assim como todos os aspectos já discorridos sobre os direitos sociais, a questão sobre sua aplicabilidade e eficácia também é extremamente controversa, doutrinária e jurisprudencialmente, sendo, portanto, essencial iniciar a discussão a partir do estabelecimento do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais, considerando, segundo SARLET (2008, p. 11), a necessidade de reconhecer (e assegurar) um “regime jurídico privilegiado no contexto da arquitetura constitucional”.

Referido autor destaca o pensamento de Robert Alexy ao utilizar seus conceitos para a definição dos direitos fundamentais:

(...) os direitos fundamentais são posições jurídicas a tal ponto relevantes que o seu reconhecimento não pode ser pura e simplesmente colocado plenamente à disposição das maiorias parlamentares simples. Também por esta razão, os direitos fundamentais – para que tenham assegurada uma posição preferencial e privilegiada – devem estar blindados contra uma supressão ou um esvaziamento arbitrário por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica o reconhecimento de uma dupla fundamentalidade formal e material (ALEXY *apud* SARLET, 2008, p. 11).

Como exemplo desta arquitetura constitucional necessária para a garantia de um regime jurídico específico para os direitos sociais, de modo a assegurar-lhe plena aplicabilidade

e prioridade na atuação estatal, é essencial defender que tais direitos sejam considerados cláusulas pétreas, para impedir ingerências na própria existência desta espécie de direitos.

E, nestes termos, possuindo os direitos fundamentais sociais status de cláusula pétrea, seja por disposição doutrinária, como acima exposto, seja pelo extraído do texto constitucional (artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF³), possuem também aplicação direta e plena, seja pelas lições de José Afonso da Silva, seja, também, pela disposição constitucional contida no parágrafo 1º do seu art. 5º⁴.

No entanto, a discussão acerca da inclusão ou não dos direitos sociais no rol dos direitos fundamentais contido no artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF/88 centra-se no fato de, supostamente, os direitos sociais não serem direitos individuais. É nestes termos que SARLET (2008, p. 15) expõe que “a viabilidade desta concepção esbarra na difícil tarefa de traçar as distinções entre os direitos individuais e os não-individuais”.

Traçando, porém, um aspecto indispensável para a ponderação desta questão, qual seja, a necessidade de se promover uma interpretação sistemática da Constituição sobre a abrangência do dispositivo ora em comento. Afinal, nenhum direito fundamental nasceu necessariamente com esse título. Os direitos desta natureza surgiram em contextos históricos e constitucionais distintos, e é importante que se diga, não lineares.

Em sendo assim, apenas a partir da análise destes aspectos juntos, e da própria condição humana, é que a ciência constitucional pôde compreender e definir direitos enquanto fundamentais à dignidade humana. A questão do multiculturalismo, por exemplo, é uma perspectiva clara sobre o aspecto não linear ou definitivo sobre o conceito dos direitos fundamentais. É uma definição que varia de acordo com a Constituição a que se refere, bem como da nação respectiva e de seu contexto histórico, político e social.

Em consequência, aferir direitos fundamentais individuais unicamente como aqueles tidos como “direitos de liberdade” próprios da primeira geração/dimensão dos direitos fundamentais é de um reducionismo notável acerca da doutrina constitucional. Estariam, então, os direitos políticos e nacionalidade excluídos do rol do artigo 60, § 4º, inc. IV, da CF? Por certo que não.

Em sendo assim, excluir os direitos sociais do supracitado rol seria negar o contexto de fundamentalidade (e também individualidade, já que podem, inclusive, serem cobrados individualmente por meio de diversos remédios constitucionais) atribuída pela própria

³ Art. 60, CF. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 5º, § 1º, CF. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Constituição em todo o seu texto, seja pela localização topográfica de tais direitos, seja pela própria formação valorativa do Estado Brasileiro a partir da Constituição e por meio do Estado Social Democrático de Direito por ela priorizado em diversos dos seus dispositivos⁵⁶⁷⁸.

Além disso, pretendendo se recusar a compor esta parcela da doutrina que sustenta a teoria de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, de modo que constituem, meros programas de ação governamental, CLÈVE (2011, p. 4) questiona: “Quem somos nós para recusar a condição de direitos fundamentais para aqueles que o Constituinte definiu como tais?”.

Afinal, atribuir o caráter programático aos direitos fundamentais sociais como forma de subtrair-lhes o sentido de eficácia plena e imediata não possui cabimento em nosso ordenamento, vez que tais direitos possuem funções e dimensões (objetiva e subjetiva), estabelecidas pela própria doutrina, a serem observadas para garantir-lhe aplicabilidade.

A dimensão subjetiva envolve a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva). A dimensão objetiva, por seu turno, compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação). Neste ponto, independente das posições jusfundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao poder público agir sempre de modo a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais). A dimensão objetiva também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica respeitosa dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com o manejo daquilo que se convencionou chamar de filtragem constitucional, ou seja, a releitura de todo o direito infra-constitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais. (CLÈVE, 2011, p. 4).

Neste sentido, pela dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, atribui-lhes a prerrogativa de serem passíveis de cobranças judiciais, considerando a possibilidade de os sujeitos provocarem a jurisdição brasileira para cobrar o cumprimento de seus direitos

⁵ Preâmbulo da CF: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) (BRASIL, 1988).

constitucional e fundamentalmente estabelecidos. Já na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, atribui-se ao poder público a obrigação de cumpri-los, havendo, para tanto uma série de consequências jurídicas, como obediência a um orçamento público prioritariamente construído para o cumprimento dos objetivos constitucionais, bem como democraticamente participativo.

3.3 DIREITOS PRESTACIONAIS ORIGINÁRIOS E DERIVADOS

É importante fazer a diferenciação entre direitos prestacionais originários e direitos prestacionais derivados abordada por CLÈVE (2011, p.5). Segundo mencionado autor, os primeiros são aqueles que podem ser cobrados diretamente via Poder Judiciário, mesmo sem regulação legal. Já os prestacionais derivados exigem prévia regulamentação para serem exigidos. Como exemplo dos direitos prestacionais originários, há o direito à saúde e à educação.

Assim, resta claro que o papel do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais não se restringe a esta faceta subjetiva, mas repousa sobre ele, também, as consequências advindas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vez que é exigido dele adotar uma interpretação conforme à Constituição, de modo a reclamar uma hermenêutica imprescindivelmente respeitosa às normas fundamentais e constitucionais, por meio do já citado fenômeno da filtragem constitucional (CLÈVE, 2011, p. 4).

Indo mais além no papel do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais sociais, muito se questiona, no debate jurídico atual, sobre as eventuais ingerências do Judiciário na discricionariedade administrativa do Poder Executivo, ou, até mesmo, na definição de prioridades públicas da agenda legislativa pátria, que resvalariam para uma violação direta no princípio da tripartição dos poderes republicanos.

Nesta perspectiva, CLÈVE (2011, p. 6) aborda a importância do Poder Judiciário para a garantia dos direitos das minorias políticas:

É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura).

Assim, surge a necessidade de potencializar os instrumentos processuais para a garantia dos direitos fundamentais, para além dos instrumentos de controle de

constitucionalidade. Como exemplo, tem-se a fundamental importância do Ministério Público para a tutela dos direitos coletivos e defesa da ordem democrática brasileira, bem como dos instrumentos processuais jurídicos já existentes, como a Ação Civil Pública.

São estes instrumentos que garantem formas de acessar o Poder Judiciário, na sua competência de assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, quando verificada a omissão de outras esferas do poder público em cumprir com seu mister constitucional, especialmente na definição de políticas públicas essenciais para a concretização dos direitos sociais pelo Poder Executivo.

Assim, para além desta perspectiva doutrinária, que se limita a estabelecer critérios de definição e diferenciação entre as espécies de direitos fundamentais, pretende-se analisar o tema da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais com ênfase no papel da jurisdição constitucional:

É nesse contexto que se pode tratar da eficácia dos direitos sociais. São direitos exigíveis perante o Poder Judiciário? Pode um particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária para a realização do direito social? Pode o cidadão reclamar, perante o Judiciário, as prestações estatais concernentes ao direito à moradia, à educação, à saúde? Está o Juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão judicial, os recursos da peça orçamentária? Não estaria, em semelhante circunstância, o juiz a administrar, a exercer função assinada ao Executivo pela Constituição? (CLÈVE, 2011, p. 3-4).

Afinal, em que pese a Constituição de 1988 não tenha estabelecido uma diferenciação expressa entre os direitos fundamentais de natureza liberal e os de natureza social, é fato que, doutrinariamente, esta diferenciação é explícita, principalmente no que toca à forma de aplicabilidade, como acima exposto. Se, portanto, os direitos fundamentais sociais exigem uma prestação eminentemente positiva do Estado, é necessário que o ordenamento estabeleça formas de compelir o poder público a concretizar estas exigências.

Ainda, é necessário esclarecer que este regime jurídico privilegiado a ser construído para aplicabilidade plena dos direitos sociais decorre do próprio fato de que o cumprimento de tais direitos implica numa dependência “do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.” CLÈVE (2011, p. 3).

3.4 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Assim, passamos para a análise que mais importa ao presente trabalho, quanto à natureza dos direitos sociais fundamentais: a questão da efetividade destes direitos. Tratar esse aspecto é necessário, pois esta espécie de direitos possui uma particularidade, exaustivamente

trabalhada na doutrina, que representa a pedra de toque na tentativa conceitual sobre sua natureza: a sua dimensão econômica.

A questão que se coloca é a seguinte: a necessidade de alocação de recursos para a efetividade dos direitos sociais, dada a sua dimensão econômica, seria um entrave para o caráter de plena efetividade atribuído aos direitos fundamentais? Em outras palavras, a necessidade de prestação positiva por parte do Estado, tornando-o suscetível às oscilações econômicas e orçamentárias, torna os direitos sociais disponíveis e, portanto, não-fundamentais?

A verdade é que não há como se analisar a efetividade dos direitos sociais com base na exigência orçamentária para tanto, sem discutir o problema da escassez. CLÈVE (2011, p. 6) utiliza a metáfora do cobertor curto para compreender tal problemática, vez que o orçamento público brasileiro se assemelha a um cobertor curto, insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo – se cobre os pés, deixa as mãos descobertas.

Ou seja, é preciso levar em conta que a soma das riquezas produzidas, entre nós, durante um ano (PIB) não é superior a seiscentos bilhões de dólares ou a um trilhão e meio de reais. A economia brasileira é, efetivamente, considerável. Todavia, quando dividido o produto interno bruto pela população, concluímos que a renda per capita brasileira é pequena (pouco mais de três mil dólares ano). Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas CLÈVE (2011, p. 6).

Nada obstante, o problema da escassez e da limitação orçamentária encontrada na realidade brasileira, é preciso que se diga, não se trata de argumento para a ineficiência do Estado em dar aplicabilidade aos direitos sociais. Na verdade, trata-se de um obstáculo a ser superado com base em estratégia política, planejamento e construção de prioridades nacionais.

Em que pese a Constituição de 1988 já estabeleça tais prioridades ao prever os direitos fundamentais sociais com todas as características amplamente discutidas acima, como, por exemplo, a eficácia plena, o legislador infraconstitucional e os administradores públicos devem cumprir com as exigências constitucionais colocando como prioridade máxima nacional o cumprimento dos objetivos da república brasileira a partir da concretização dos direitos sociais.

Nesta toada, CLÈVE (2011, p. 7) conceitua os direitos prestacionais como direitos de eficácia progressiva que, de forma autoexplicativa, não significa normas de eficácia diferida, programática ou limitada. Na verdade, são direitos de eficácia mínima que geram, por conseguinte, o mínimo existencial. Este, por sua vez, possui significação no fato de não há dignidade humana sem um mínimo necessário para a existência. Assim, estabelecendo este mínimo existencial, os direitos fundamentais sociais informam a possibilidade de serem progressivamente incrementados.

A partir disto, é que se torna possível, então, a fixação de prioridades nacionais para a consecução deste mínimo existencial à população. Tarefa que não se apresenta fácil na prática, mas que abre possibilidades para a atuação jurisdicional no cumprimento dos objetivos constitucionais por meio de técnicas hermenêuticas, bem como ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível, mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado Democrático de Direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social. (CLÈVE, 2011, p. 8).

É preciso enfatizar, no entanto, que tal mínimo existencial não significa que o Estado deva oferecer o mínimo à população. Mas que este mínimo existe para que o Estado se organize melhor na fixação de estratégias e programas políticos para a progressiva concretização dos direitos fundamentais sociais.

Para tanto, surge a teoria da reserva do possível, “concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira” CLÈVE (2011, p. 8). No entanto, nos parece que colocar a doutrina da reserva do possível enquanto um limitador à garantia dos direitos fundamentais, em especial, os sociais, seria uma total inversão dos objetivos previstos na Constituição Brasileira.

Porquanto, a reserva do possível, em que pese constituir, de fato, uma espécie de limite jurídico e fático aos direitos fundamentais, também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, a exemplo, dos processos legislativo e executivo em trâmite para a definição das prioridades orçamentárias do Estado e das políticas públicas, a serem executadas com vistas ao melhor cumprimento da Constituição (SARLET, 2008, p. 20).

É neste sentido que busca caminhar o presente trabalho. Embora fundamental para o tema as discussões doutrinárias acima resumidas, nos importa mais a busca por elementos que prezem pela efetividade dos direitos sociais fora dos tribunais e da linguagem excessivamente jurídica, e colocar o sistema político no centro do debate. Sem abandonar, evidentemente, um olhar jurídico sobre as questões aqui discutidas.

Afinal, não é à toa que a Constituição escolhe a tripartição de poderes e todo o sistema orçamentário e o político como pilares da República Federativa Brasileira. Mas para, fundamentalmente, efetivar a justiça social por meio da garantia dos direitos ali expostos. Para isto, torna-se necessário traçar os contornos próprios sobre o recorte escolhido, qual seja, as políticas públicas.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Discorrida a contextualização do movimento constitucional prevalente no Brasil contemporâneo, bem como da natureza específica e controversa dos direitos sociais (enquanto instituto fundamental para a justiça social no Brasil), passa-se ao centro do tema tratado no presente trabalho: as políticas públicas enquanto mecanismo de efetivação dos direitos sociais.

Historicamente, política pública se tornou uma temática essencial à doutrina jurídica no Brasil a partir do processo de redemocratização do país nas últimas décadas, solidificado pela promulgação da Constituição da República de 1988. Porquanto, referida Carta Constitucional, conforme exaustivamente tratado nos capítulos anteriores, tutelou uma gama de direitos fundamentais individuais e sociais objetivando a construção de um país livre e solidário, por meio de um Estado Social e Democrático de Direito.

Neste contexto, é importante ressaltar que para a formação de um Estado Democrático em defesa da justiça social e da igualdade, é necessário o financiamento de diversas estruturas que deem vida a este projeto de sociedade, dinamizando a atividade produtiva e construindo políticas públicas para tanto. No entanto, em que pese referida Constituição tenha sido fundamental para o processo de priorização dos direitos sociais no Brasil, o desenvolvimentismo remonta períodos anteriores a ela.

Segundo BUCCI (2013, posição 382), foi na década de 1950 que, internacionalmente, por meio da Comissão de Economia para a América Latina (CEPAL), se traçou os primeiros caminhos para a fuga de uma realidade de subdesenvolvimento, na qual o Brasil estava inserido, através da industrialização. Assim, a partir deste marco até a década de 1970, diversos governos brasileiros passaram a priorizar experiências planejadoras, sob a luz da teoria keynesiana, a fim de inserir o Brasil na economia mundial.

A partir de então, diversos mecanismos de inserção do Brasil num cenário de competitividade e desenvolvimento foram evoluindo teórica e historicamente, a exemplo do surgimento dos BRICS (Brasil, Rússia, Índia e China) e de um novo desenvolvimentismo (BUCCI, 2013, posição 401), por meio dos quais ampliou-se a participação dos Estados emergentes na economia mundial, como a China que, pela primeira vez, ameaçou, e continua a ameaçar, a supremacia norte-americana no cenário econômico internacional.

No entanto, em que pese a ocorrência desta corrida desenvolvimentista nas décadas passadas, sabe-se que diversas demandas sociais continuam carentes de concretização, sendo necessária uma postura pragmática e, ainda, planejadora para a superação desta realidade, principalmente quanto à questão do direito à saúde. Para BUCCI (2013, posição 402), “o

problema não é apenas saber qual o papel do Estado num país já não tão periférico como no passado, mas apontar os modos de sua atuação para a realização bem-sucedida dos objetivos democraticamente escolhidos”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, por exemplo, é um caso de resposta jurídica eficiente a fatos históricos que nos levaram a períodos de intensos abusos políticos e violações de direitos. Por conseguinte, trouxe soluções, ao menos teóricas, a tais violações e abusos, como a primazia dos direitos fundamentais, nos quais estão inseridos os direitos sociais, enquanto objetivos democraticamente escolhidos, como tratado pela supramencionada autora.

Noutro giro, a essencialidade do debate aqui traçado centra-se na mecanização de estruturas que viabilizem a concretização de tais direitos. Em sendo assim, é possível estabelecer que o Brasil, após um período de reforma estatal e jurídica, encontra-se numa fase intensa de gerenciamento de formas que possibilitem a efetivação desta nova estrutura estatal e jurídica.

Neste contexto, observa-se, a partir da Constituição de 1988, uma face cada vez mais jurídica dos métodos políticos no Brasil. Quer pela descrição exaustiva das formas de Estado traçadas no texto constitucional, quer pela necessidade real de disciplinar, cada vez mais, o governo (em suas diversas vertentes), visto a vivência de um histórico de abusos, corrupção e ineficiência na busca pelo desenvolvimento nacional.

Para BUCCI (2013, posição 494), “essa ‘juridificação’ do poder obriga a rever o sentido da divisão interna do Estado entre uma esfera profissional burocrática, a partir de categorias jurídicas fundamentais, como se forma e se exerce o poder político”. Ou seja, há uma necessidade clara de se estabelecer uma forma de examinar corretamente esta dimensão jurídica do processo político. O que se pretende, portanto, é analisar as políticas públicas enquanto elemento do desenvolvimento do país, juridicamente estabelecido.

Em assim sendo, a intenção depositada no presente trabalho é de examinar o conceito de políticas públicas enquanto uma forma de efetivação dos direitos sociais que, por sua vez, possuem uma dimensão interdisciplinar. Afinal, conforme já explicado, é por meio do direito que se possibilita a compreensão do fenômeno governamental, com base em categorias jurídicas próprias que permitam a sistematização do tema políticas públicas (BUCCI, 2013, posição 496).

4.1 A IMPORTÂNCIA DE UM ESTADO SOCIAL DE DIREITOS

Para um conceito de política pública em direito, BUCCI (2006, p. 1-2) inicia sua abordagem considerando a necessidade de observar o direito sob o ponto de vista de outras ciências, por meio da interdisciplinaridade, à exemplo do estudo proposto no presente trabalho, em que se pretende examinar o conceito de políticas públicas, um saber oriundo da ciência política e da ciência da administração, por meio da perspectiva jurídica.

Para isto, é fundamental assentar os direitos sociais enquanto fenômeno histórico que representa a conquista de direitos por uma sociedade que busca, através do Estado, mais igualdade e solidariedade entre os sujeitos, de forma a modificar a postura abstencionista do Estado.

No entanto, observa-se que para a materialização destes direitos, por meio de um plano de ação estatal; de uma atuação positiva (prestacional) do Estado, encontra-se a razão de ser das políticas públicas que, por sua vez, exige meios e recursos para se efetivarem. Este, portanto, é, talvez, o ponto mais controvertido sobre a efetivação dos direitos sociais: os custos socioeconômicos demandados do Estado. O quanto pode-se (ou deve-se) exigir do Estado.

É fato que as desigualdades históricas (em suas mais variadas formas, como de raça, gênero, social), que sempre assolaram a sociedade brasileira, foram uma das motivações centrais para o pacto constitucional firmado em 1988, principalmente após décadas de ditadura militar elitista, violenta e de desenvolvimentismo excludente.

Nestes termos, o vasto elenco de direitos sociais, que visam cessar as desigualdades e a pobreza extrema, está disposto enquanto resposta a este movimento de cumprimento das necessidades mais básicas da população brasileira. No entanto, há um movimento político influente (e majoritário nas instituições) no Brasil contemporâneo que insiste em contrapor o avanço e o desenvolvimento econômico às demandas sociais prestadas por meio do Estado.

Nada obstante, reconhecendo a importância da inserção competitiva do Brasil na economia mundial, BUCCI (2006, p. 2-4) infere que, na verdade, é a falta do Estado Social, nos países periféricos, um dos responsáveis pela baixa competitividade, principalmente nos tempos atuais em que o avanço tecnológico e a era da informação tem exigido mais acesso à educação.

Referida autora expõe, ainda, ser indubitável que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) baixo está associado à reduzida capacidade de competição e inserção dos Estados periféricos na economia mundial. E, portanto, surge a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, indutor ou regulador do processo econômico.

Afinal, continua a BUCCI (2006, p. 2-4), não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas. Para tanto, contextualiza que foi durante o constitucionalismo de pós-Guerra na Alemanha, estruturando regras e princípios, além da instituição dos seus Tribunais Constitucionais, o marco na introdução do embate de ideias acerca da socialização dos direitos, bem como do desenvolvimento da doutrina da força normativa da Constituição (tendo como expoente Konrad Hesse), expressando a valorização da efetividade das normas constitucionais, não mais como expressões simbólicas do pacto político, mas como prescrições com força vinculante sobre a conduta dos indivíduos e do Estado.

Basicamente, o que se pretende explicar é que não há como forçar um pacto constitucional recheado de direitos, intencionando-se tirar o Brasil do subdesenvolvimento econômico e, por consequência, e da desigualdade social, sem estabelecer meios pragmáticos para a execução de tais direitos.

Além disso, BARCELLOS (2005, p. 11), a partir desta preocupação com a limitação de recursos para a viabilização das políticas sociais, esclarece que o poder regulatório da Constituição Federal não se limita à definição dos direitos, mas, em muitos casos, define, também, a forma de materialização de tais direitos, à exemplo do direito orçamentário, visto que a Constituição interfere de forma imperativa na definição dos gastos públicos.

No entanto, em que pese a Constituição estabeleça as bases gerais para a gastos públicos, é a partir do jogo político cotidiano; da deliberação político-majoritária que se define, de fato, onde serão depositados recursos e investimentos públicos. É por este motivo que BARCELLOS (2005, p. 11) expõe, acertadamente, que há muita preocupação doutrinária em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado, não havendo, por outro lado, nenhuma preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados.

Ou seja, não há um movimento forte, dentro e fora das instituições democráticas, que busque controlar os gastos públicos, não apenas no sentido de inferir legitimidade e probidade ao caminho percorrido pelos recursos, mas além; que busque, também, exigir que tais recursos sejam direcionados às áreas prioritárias estabelecidas pela própria Constituição, a exemplo dos direitos sociais. É neste sentido que BARCELLOS (2005, p. 11-16) discorre sobre uma série de formas e mecanismos que podem (e devem) ser utilizados para a realização deste controle dos gastos públicos, como forma de materializar os direitos sociais previstos constitucionalmente.

4.2 O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS

Dentre formas e mecanismos voltados ao controle dos gastos públicos para a efetivação dos direitos sociais, BARCELLOS (2005, p. 11) inicia sua abordagem definindo os parâmetros de controle, como responsáveis pela verificação e especificação das metas constitucionais prioritárias imperativas à atuação das autoridades competentes, que se dividem entre objetivos, de resultado e de meios.

Quanto aos parâmetros objetivos, definem-se como as prioridades expressamente dispostas no próprio texto constitucional, a exemplo de seus artigos 212⁹ e 198¹⁰. Para o controle de tais parâmetros, bastaria, portanto, apurar os valores arrecadados e estudar se estão sendo utilizados da forma especificada pela Constituição.

Os parâmetros de resultado, por sua vez, dotados de menos objetividade, são os bens mínimos que devem ser ofertados pelo Estado por meio das políticas públicas. É, basicamente, onde se pretende chegar. Por fim, os parâmetros de meio são, justamente, as políticas públicas. Melhor dizendo, representam o caminho por meio do qual pretende-se percorrer para atingir os resultados desejados.

Assim, BARCELLOS (2005, p. 16) conclui essa análise com a reflexão de que, enquanto o direito, por meio da Constituição, define as metas a serem buscadas para uma sociedade mais justa e solidária, é a política que define os meios (cujas bases também se encontram no texto constitucional) para atingi-las.

Em outros termos, não é que faltam mecanismos de controle das políticas públicas, ou de clareza quanto às prioridades a serem buscadas pelo Estado, conforme disposto no pacto estabelecido com a própria sociedade em 1988. O que falta, na verdade, é a utilização destes meios e a busca efetiva destas metas. O que falta, também, é a inclusão deste tema no debate público, dentro e fora das casas legislativas, dentro e fora das organizações e instituições que visam controlar a atuação dos agentes públicos.

⁹Art. 212 da CF. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (BRASIL, 1988).

¹⁰Art. 198, § 2º da CF. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º (BRASIL, 1988).

O debate deve ser, portanto, menos centrado no “o que o Estado tem ou não tem” e mais no “como utilizar o que o estado já tem para viabilizar os direitos constitucionalmente expressos”. Sugere BARCELLOS (2005, p. 19) que, em caso de violação destes meios e metas, devem os órgãos de controle se utilizar de penalidades, tornando proibido os gastos em áreas não prioritárias e sujeitando os responsáveis a sanções. Para isto, é de extrema importância delimitar os aspectos jurídicos e factuais dos meios na busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais.

4.3 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITO

Assim, adentrando, a partir de agora, no desenvolvimento do conceito das políticas públicas em direito, enquanto meio para concretização dos direitos sociais, ora estudado, BUCCI (2006, p. 6) inicia seus apontamentos diferenciando dois elementos sobre o tema: *politics* (atividade política) de *policy* (programas governamentais; políticas públicas propriamente ditas).

Estabelecida esta diferenciação, deixando claro que atividade política não é o mesmo que política pública, embora toda política pública advinha de uma atividade política, BUCCI (2006, p. 12) explica que é possível traçar duas bases para a conceituação jurídica das políticas públicas: política pública enquanto atividade e política pública enquanto norma. Quanto ao primeiro conceito, explica-se que:

“a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado ‘ato de comércio’) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal na economia”. (BUCCI, 2006, p. 12)

Por outro lado, a política pública enquanto norma estabelece a necessidade de uma tipologia de regras jurídicas distinta, visto que, além das normas de conduta, gerais e abstratas, há as normas-objetivo, cujo conceito, emprestando do direito soviético, BUCCI (2006, p. 16) explica ser aquelas que “estabelecem os direitos e as obrigações dos diversos organismos, organizações e funcionários pela indicação de um resultado determinado”. Em outras palavras, seria o dever-ser da administração pública no gerenciamento dos recursos para o alcance das finalidades constitucionais e legais.

Ou seja, a política pública possui duas faces: a atividade política, ou *politics*, que são uma série de processos seguidos pela administração pública para atingir os fins estabelecidos

pela Constituição e pela legislação em geral; e a norma, ou *policy*, os programas estatais estabelecidos legal ou constitucionalmente para o alcance dos fins desejados.

Assim, compreende-se que, embora a política esteja fundamentada na norma, com ela não se confunde, havendo a incidência, portanto, de um regime jurídico específico e exclusivo para as políticas públicas. É a definição de uma nova categoria jurídica, a partir da noção de atividade.

Por fim, contextualizado todo o fundamento que permeia a problemática de uma conceituação jurídica das políticas públicas, BUCCI (2006, p. 16) conclui sua análise com a seguinte formulação: “políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Devendo ser entendida como arranjo complexo e ordenado de atos, é fato que o direito tem um papel na conformação das instituições que impulsionam, desenham e realizam as políticas públicas. As expressões da atuação governamental correspondem, em regra, as formas definidas e disciplinadas pelo direito. Ou seja, a política molda a vontade por trás do direito, enquanto o direito formaliza esta vontade. Embora complementares, estes conceitos não se confundem. Quanto aos elementos de estruturação das políticas públicas, BUCCI (2006, p. 19-24) lista os seguintes:

1. Ação-coordenação – nos remete à noção de ação do poder público, sendo ele instrumento de indução da ação por meio da coordenação dos elementos para a obtenção de resultados. Assim, busca-se a coordenação dos atores responsáveis pela política para a formulação e execução das políticas públicas.

2. Processo – ideia de sequência de atos tendentes a um fim. Procedimento com agregação do elemento contraditório que, associado à abordagem jurídica, possui uma dimensão participativa dos interessados.

3. Programa – “*outputs* da atividade política”; visa individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar. Remete ao conteúdo propriamente dito de uma política pública por meio de uma definição prévia da política.

Assim, definidos seu conceito e elementos próprios, é por meio deste saber que surge uma metodologia, também própria desta nova categoria jurídica, por meio da qual busca-se descrever, compreender e analisá-las, de modo a conceber as formas e processos jurídicos correspondentes.

Deste modo, o principal sentido encontrado neste trabalho de sistematização conceitual das políticas públicas é o de fornecer um conjunto de referências aos agentes

responsáveis pela elaboração das políticas públicas e de sua normatização, conferindo uma tipologia normativa e processual ideal, repercutindo sobre os modos de controle judicial das políticas públicas, mantendo-as, portanto, o máximo possível, em conformidade com seus objetivos constitucionais e legais de viabilização das políticas sociais e, por conseguinte, dos direitos sociais e da igualdade formal na sociedade.

4.4 PROCESSOS DE ANÁLISE E DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para melhor compreender os fundamentos conceituais e estruturais das políticas públicas já expostos, faz-se necessário abordar suas diversas tipologias e modelos explicativos que os envolvem. Pela proposta sugerida por FREY (2000, p. 16), é cabível elaborar uma abordagem da *policy analysis* (entendido como um formato para facilitar a análise dos programas estatais) baseada em *policy cycle*, que compreende a formulação e implementação das políticas públicas por um processo dinâmico e cíclico, sustentado pelos atores estatais, de modo a facilitar didaticamente sua análise e avaliação.

As várias fases correspondem a uma seqüência de elementos do processo político-administrativo e podem ser investigadas no que diz respeito às constelações de poder, às redes políticas e sociais e às práticas político-administrativas que se encontram tipicamente em cada fase. (FREY, 2000, p. 16).

Referido autor, mesmo levando em consideração as diferentes divisões do ciclo de acordo com o autor que as definem, distingue as diversas fases do *policy cycle* em:

1. Definição de problemas – a percepção de determinado fato enquanto um problema político, seja por grupos sociais específicos, seja pela própria atuação estatal e seus atores.
2. *Agenda-setting* – a decisão do tema que vem sendo inserido na pauta política, e qual deve ser excluído. “Para poder tomar essa decisão, é preciso pelo menos uma avaliação preliminar sobre custos e benefícios das várias opções disponíveis de ação, assim como uma avaliação das chances do tema ou projeto de se impor na arena política.” (FREY, 2000, p. 17).
3. Elaboração de programas e decisão – escolha apropriada das alternativas de ação. “Em geral, a instância de decisão responsável decide sobre um programa de compromisso negociado já antecipadamente entre os atores políticos mais relevantes.” (FREY, 2000, p. 18).
4. Implementação de políticas - análise da qualidade material e técnica de projetos ou programas, daquelas cuja análises são direcionadas para as estruturas político-administrativas e a atuação dos atores envolvidos, possibilitando investigar os fins estipulados e os resultados alcançados. (FREY, 2000, p. 18).

5. Avaliação de políticas e a eventual correção da ação - Trata-se de indagar os déficits de impacto e os efeitos colaterais indesejados para poder deduzir consequências para ações e programas futuros. É um fenômeno chamado de “aprendizagem política.”. (FREY, 2000, p. 18).

Vale assinalar que o modelo heurístico do *policy cycle* é um tipo puro idealizador do processo político, na prática dificilmente este se dá de pleno acordo com o modelo.

Embora sólidos os aspectos teóricos que fundamentam as políticas públicas enquanto mecanismo legítimo para a concretização de direitos, o problema da efetivação dos direitos sociais se mantém. Sobre isto, BUCCI (2006, p. 24) expõe dois problemas centrais: 1. os limites para a exigência destas medidas em juízo (o controle judicial dos direitos sociais e, por conseguinte, das políticas públicas) e; 2. a efetividade das normas programáticas.

Em sendo assim, resta claro que ambos os problemas de efetividade estão centrados na necessidade de buscar providências institucionais, utilizando como exemplos para tanto, o papel do Ministério Público e do Judiciário na plena efetividade das políticas públicas enquanto mecanismo de concretização de direitos.

O Ministério Público, enquanto função essencial da justiça, órgão que possui a experiência mais consolidada neste campo, detém competência para instrumentalizar diversos mecanismos processuais judiciais e extrajudiciais para investigar a implementação das políticas públicas pelos atores estatais, bem como para compeli-los a cumprir com seu mister constitucional. Dada a importância deste órgão para a concretização de direitos pelas políticas públicas, cabe aprofundarmos o tema.

4.5 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Segundo as disposições constitucionais contidas no artigo 127 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Além disso, está previsto no artigo 129 do mesmo diploma constitucional (BRASIL, 1988) que, dentre as funções institucionais do Ministério Público, está a legitimidade para promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Nestes termos, é possível concluir que o Ministério Público, além das demais atribuições constitucionais, atua na proteção dos direitos sociais e do patrimônio público, por

meio dos instrumentos do inquérito civil e ação civil pública, visando garantir a vigência plena do Estado Democrático de Direito.

Vale salientar, ainda, que pelas disposições legais contidas no Código de Processo Civil, em seu art. 176 (BRASIL, 2015), o Ministério Público, além de deter a prerrogativa para exercer o direito de ação, conforme suas atribuições constitucionais, como acima mencionado, ele poderá intervir, também, como fiscal da ordem jurídica, nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal, e nos processos que envolvam interesse público ou social; interesse de incapaz e litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana, havendo ressalvas, no entanto, quanto ao fato de que a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público (art. 178 do CPC [BRASIL, 2015]).

Sua atuação como fiscal da ordem jurídica, vale salientar, envolve o direito a ter vistas dos autos; ser intimado de todos os atos processuais, bem como de produzir provas e diligências que entender pertinentes (art. 179 do CPC [BRASIL, 2015]). Ou seja, há um verdadeiro mister processual imputado ao Ministério Público que consiste no dever de fiscalizar se o procedimento submetido a sua análise está em conformidade com as regras legais e constitucionais vigentes, principalmente quanto ao direito postulado, se atende aos interesses sociais e, ao mesmo tempo, se garante a proteção do patrimônio público.

Sedimentado o fundamento da atuação ministerial no que concerne a proteção dos direitos e interesses sociais, bem como do patrimônio público em geral, cabe iniciar o debate que se trava quanto ao papel do Ministério Público na implementação e formulação de políticas públicas no Brasil. Teria referido órgão referida incumbência? Ou seria ele um mero articulador dos interesses envolvidos em cada causa a que é chamado para atuar? Segundo COELHO e KOZICKI (2013, p. 12), esta concepção de Ministério Pública inaugurada pela Constituição de 1988 permitiu que a doutrina estabelecesse dois modelos de atuação neste mesmo órgão: o demandista e o resolutivo.

O demandista trata daquele modelo de Ministério Público mais tradicional, que atua perante o Poder Judiciário auxiliando na resolução dos conflitos ou mesmo no plano extrajudicial, por meio de diversos instrumentos previstos em lei para o apaziguamento social, como o termo de ajustamento de conduta e as recomendações ministeriais.

Por sua vez, o resolutivo, se trata de um Ministério Público que atua lado a lado da sociedade civil, como uma espécie de atuação preventiva, evitando o conflito judiciário. Nas palavras de COELHO e KOZICKI (2013, p. 14): “Essa atuação resolutiva tem ganhado cada vez mais legitimação social, imprimindo ao Ministério Público um alto grau de respeitabilidade

na comunidade em que atua, pois a instituição ministerial é uma parceira da sociedade na resolução de seus problemas”.

Nestes termos, para compreender o papel do Ministério Público na concretização dos direitos sociais por meio das políticas públicas, é necessário ir além da sua atuação judicial e extrajudicial para buscar analisar a relação estabelecida deste órgão com a sociedade civil, no seu modelo resolutivo. Para tanto, LUCIANO DA ROS *apud* COELHO e KOZICKI (2013, p. 16) formula uma tipologia, buscando estabelecer 3 tipos ideias de Ministério Público resolutivo.

O primeiro seria o órgão tutelar – aquele que atua enquanto legitimado para defender os interesses sociais, em prol da coletividade. Para o autor mencionado, a crítica a ser feita centra-se no fato de que, para este tipo, a sociedade é vista como incapaz de defender seus direitos, colocando o Ministério Público como protagonista numa realidade da qual não faz parte.

Já o segundo tipo trata-se do Ministério Público protetor de minorias e de diversos grupos formadores da sociedade civil, “em que a atuação ministerial surge com um perfil transformador, de mudança social, figurando como uma instância que possibilita o diálogo entre os movimentos sociais e o Estado, e com isso empreende câmbios significativos na realidade social” (LUCIANO DA ROS *apud* COELHO e KOZICKI, 2013, p. 17).

Por fim, o terceiro tipo ideal de Ministério Público é aquele que atua como mediador dos conflitos sociais e o Estado, de forma que não ocupe um espaço de protagonismo, mas de articulador entre os diversos segmentos sociais.

É importante mencionar que, respaldada a importância que um estudo como o acima discorrido representa para a compreensão de um órgão tão fundamental para a concretização de direitos e aperfeiçoamento democrático do Estado, é fato que estes tipos ideias podem se mesclar, bem como prevalecer, dependendo do perfil do membro em atuação, bem como dependendo do contexto do conflito que se pretenda intervir. Com isso, pretende-se esclarecer que esta sistematização do conhecimento possui sua relevância, mas não deve ser encarado como um engessamento das compreensões sobre o tema.

Afinal, a beleza das funções do órgão ministerial se encontra, justamente, na diversidade de frentes de atuação, permitindo maior proximidade da população com o Estado, a partir de um órgão que se pretenda mediador/interventor e, não, necessariamente, sancionador, a partir dos diversos instrumentos postos à disposição de seus membros para a pacificação social, fora dos tribunais.

No entanto, COELHO e KOZICKI (2013, p. 17) apresentam sua crítica sobre a atuação ministerial, no que toca ao papel do Ministério Público centrado na formulação ou

implementação de políticas públicas, pois, na sua concepção, referido órgão deve concentrar seus esforços enquanto instituição mediadora; formadora de pautas, facilitando aproximar ao debate público as diversas questões submetidas ao seu crivo.

Desta forma, segundo referidos autores, a atuação ministerial deveria preocupar-se com a fase de percepção e definição de problemas e de *agenda setting*, dentro do ciclo das políticas públicas, momentos mais propícios à mediação de conflitos e à visibilidade dos problemas sociais. Nas suas palavras:

Várias são as campanhas que, por todo o Brasil, o Ministério Público vem realizando tanto de maneira isolada quanto em parceria com instituições da sociedade civil, no intuito de tornar visíveis determinados problemas, iniciando ou intensificando o seu debate. Assim, por exemplo, no Estado de Santa Catarina, em 2010, a campanha “Bem-Me-Quer” foi desenvolvida pelo Fórum Catarinense pelo Fim da Violência e da Exploração Sexual Infanto-Juvenil, com apoio do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), por intermédio do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude (CAIJ), visando a sensibilizar a sociedade sobre a prevenção da violência sexual infanto-juvenil. Recentemente, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) lançou Campanha Nacional de Combate às Drogas, com a preocupação de “alertar a sociedade sobre o efeito devastador que a droga causa na vida de crianças e jovens, levando, muitas vezes, à prostituição e criminalidade, afetando toda a estrutura familiar”, bem como mostrar a atuação do Ministério Público. (COELHO e KOZICKI, 2013, p. 19).

Diante de tais informações, é salutar lembrar a imprescindibilidade de tal diversidade de atuação estatal para a consecução dos objetivos da República Brasileira, tal qual a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Afinal, o Estado não deve se ater a mecanismos de coerção e sanção para garantir a implementação de políticas públicas essenciais à concretização dos direitos fundamentais sociais.

É mais do que evidente a capacidade dos atores estatais, à exemplo do Ministério Público, em buscar outros meios de resolução de conflitos que, junto à população e demais interessados, possibilitem não apenas a imputação de responsabilidade por omissão da formulação de políticas essenciais, mas, também, de estímulo e mediação à construção de novas políticas públicas com participação ativa da sociedade, enquanto formas preventivas e deliberativas de concretizar os direitos sociais.

Nada obstante, idealismos à parte, os mecanismos de coerção devem subsistir enquanto *ultima ratio*, considerando que casos mais individualizados e complexos exigem uma análise mais especializada e ponderada, devendo o Ministério Público buscar exaurir todas as possibilidades colocadas à sua disposição para resolver tais conflitos extra ou judicialmente, de acordo com os interesses envolvidos.

Dada a essencialidade do tema para o debate da concretização dos direitos sociais por meio das políticas públicas, e superado a exposição sobre a atuação ministerial na área, cumpre discutirmos mais especificamente a problemática sob a ótica da judicialização de tais políticas,

enquanto o gargalo mais evidente (e exaustivamente discutido na academia contemporânea) para a efetividade das normas programáticas.

4.6 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A problemática do papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação dos direitos sociais e, conseqüentemente, no controle judicial das políticas públicas, se encontra no fato de que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do poder público – e, portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder.

Em sendo assim, quando o Judiciário invade a esfera da discricionariedade do Poder Executivo quanto à prestação dos direitos sociais, estaria ferindo, segundo alguns defendem, o Princípio da Tripartição dos Poderes, basilar da República Brasileira. Neste debate, portanto, o tema em questão centra-se na relação da judicialização com o processo de formação das políticas públicas, de forma a buscar responder qual o real papel do Judiciário neste processo.

Segundo BARREIRO E FURTADO (2015, p. 5), “judicialização pode ser compreendida então como um fenômeno político, social, jurídico em que se observa a crescente expansão da atuação do Poder Judiciário sobre esferas antes adstritas apenas ao espaço político-partidário ou ao cenário individual.”. Ou seja, trata-se de um fenômeno criado pela insatisfação da população com os serviços prestados pelos governantes, ou pela falta deles, que a levou a buscar, no Poder Judiciário, a concretização dos seus direitos, dispostos nos diversos diplomas legais e na própria Constituição Federal.

Com isso, o Poder Judiciário se encontra no centro do debate sobre a concretização das políticas públicas e diversos estudiosos têm dedicado seus esforços para delimitar essa atuação, porquanto, resta saber até onde pode o Judiciário ir à intervenção dos outros poderes da República. Para tanto, é salutar mencionar que, dentre as diversas problemáticas que envolve a questão da judicialização das políticas públicas, em especial, da saúde pública, está a falta de parâmetros para a definição de uma atuação judicial mais coerente nos tribunais brasileiros, e dos demais gestores em toda administração pública.

Afinal, o que se observa é o envolvimento de todos os entes federativos na prestação do direito à saúde, bem como a mobilização de diversos atores públicos processuais, quando da judicialização destas questões, como o Ministério Público, Defensoria Pública e Procuradorias, podendo-se facilmente concluir que o dispêndio orçamentário estatal não se limita à prestação do direito à saúde em si, nas suas mais diversas formas (abertura de leitos; autorização para

procedimentos, exames e cirurgias; fornecimento de medicamentos etc), mas a todos os custos processuais advindos da judicialização e da construção de meios para o processamento administrativo destas questões.

Assim, a falta de parâmetros para atuação destes atores, em todas as frentes da administração públicas e dos mecanismos de justiça, gera uma precariedade no fornecimento dos serviços de saúde e uma disfuncionalidade do sistema como um todo, gerando injustiças entre a população, visto que não são todos que possuem acesso ao sistema de justiça, e a desorganização da atividade administrativa.

Além disso, é importante pontuar os escritos de BARROSO (2009) sobre o tema, especialmente sobre a relação feita por ele entre constitucionalismo, democracia e o poder do judiciário brasileiro, de modo a ilustrar o grau de controvérsia encontrada na discussão sobre a judicialização da saúde. Porquanto, o conceito essencial e resumido de constitucionalismo é a limitação do poder público, enquanto democracia tem como significado a soberania popular; o povo governando a si mesmo, seja por meio de representantes eleitos, ou não.

Neste sentido, quando há o choque entre a vontade soberana do povo (por meio da maioria) e o que se pretende, ou como se deve, limitar, há uma crise constitucional sobre o que deve imperar normativamente. A partir deste choque, surge a atuação jurisdicional, quando provocado, para interpretar a norma conforme o direito posto e decidir a melhor solução diante do problema colocado pelo caso concreto.

É por isso que surge a ideia de que enquanto o poder legislativo e o poder executivo representam a vontade da maioria, o poder judiciário surge como uma via para a garantia dos direitos da minoria.

É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. (BARROSO, 2009, p. 11)

Afinal, em que pese haver uma dificuldade extra na atuação judicial diante de casos complexos de ponderação de direitos, é inegável que o direito fornece todas as respostas, embora exigindo um esforço interpretativo mais específico do agente competente. Para tanto, há um arcabouço grandioso de princípios e doutrinas que permitem a compreensão do melhor direito a ser aplicado, especialmente quando se leva em consideração a necessidade de melhor garantia dos direitos fundamentais no caso apreciado.

Ademais, a plena efetividade dos direitos constitucionais, especialmente dos elencados como fundamentais, como o é o direito à saúde, torna essas normas aplicáveis diretamente e,

portanto, plenamente exigíveis judicialmente. Em sendo assim, não há como defender o descabimento da atuação do poder judiciário na concretização de direitos por meio do controle de políticas públicas, caso contrário, estaríamos indo contra todo um sistema doutrinário, constitucional e jurisprudencial já formado sobre a plena exigibilidade das normas constitucionais.

No entanto, o grande problema discutido nesse momento não é sobre o indiscutível papel do judiciário em fazer cumprir a lei ao, por exemplo, impor obrigação ao poder público em regulamentar, por atos normativos, ou implementar, por meio de políticas públicas (a serem definidas com margem de discricionariedade pela administração pública), determinada norma constitucional. A problemática se encontra nos casos em que há ato normativo regulamentando, bem como, há política pública implementando a Constituição, e o poder judiciário é instado a ser manifestar sobre o juízo de cabimento ou não destas medidas adotadas pela administração pública.

Porquanto, como já mencionado, incide um juízo de discricionariedade sobre os melhores meios dispostos à administração para implementar determinada política, fugindo, a priori, da competência afeita à função jurisdicional.

Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção. (BARROSO, 2009, p. 22)

Isto posto, é necessário acrescentar ao debate o fato de que falar sobre concretização do direito à saúde, sob o ponto de vista de qualquer via, exige muito mais do que apenas um mero exercício interpretativo da norma posta pela Constituição. Como já discorrido no presente trabalho, a efetivação dos direitos sociais, como um todo, se dá por meio de uma interdisciplinaridade complexa, envolvendo questões políticas, orçamentárias, administrativas jurídicas.

Neste sentido, ao se judicializar excessivamente o direito à saúde, de modo a exigir do poder judiciário um mecanismo constante de implementação desta norma, incorre-se no risco de deslegitimar os atores democraticamente atribuídos a essa função, colocando-o nas mãos da atividade judicante, bem como, provoca-se uma desorganização do sistema. Além disso, o poder judiciário não possui conhecimento técnico suficiente para instituir políticas de saúde.

Nada obstante, superada a apresentação necessária da problemática sobre o controle judicial das políticas públicas, cumpre analisar como, de modo geral, o poder judiciário tem atuado na área, de acordo com a teoria do ciclo das políticas públicas.

Para tanto, BARREIRO E FURTADO (2015, p. 10) traça um paralelo entre o modelo processual em ciclos das políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário, de acordo com as fases deste ciclo. Nestes termos, afirma que, na primeira fase, o Judiciário identifica o problema, que exige solução a partir das políticas públicas, com o ajuizamento da ação. Em seguida, a partir desta judicialização, ele passa a intervir diretamente da formação da agenda para a construção das políticas públicas, onde centra-se a maior parte das críticas, visto que o Judiciário acaba substituindo a representação política, baluarte da democracia brasileira.

No entanto, é possível uma contra crítica ao refletirmos que, na verdade, a atuação do Poder Judiciário não precisaria, necessariamente, substituir a representação política no momento de definição da agenda para políticas públicas durante a judicialização, mas, apenas, contribuir enquanto mais um autor na exigência da concretização de direitos. Vale lembrar que a atuação judicial não se limita ao poder coercitivo, mas, também, deve estimular outras formas de resolução de conflitos, como disposto no próprio Código de Processo Civil¹¹.

Sobre isto, BARREIRO E FURTADO (2015, p. 11) infere que “há aqueles que entendem que essa influência do Poder Judiciário aumenta, na verdade, as garantias democráticas, pois abre mais uma via ao cidadão para proteção de seus direitos e para se fazer ouvir.”

Essas observações se comunicam perfeitamente com as abordagens políticas de Romano (2009). Se adotada a perspectiva do pluralismo e da disputa aberta de interesses, percebe-se que ou essa disputa desaparece ou o mais lógico desloca-se para o Poder Judiciário. Um exemplo claro dessa transferência é a realização de audiências públicas pelo STF, como a referente à judicialização da saúde, envolvendo 50 oradores dos mais diversos segmentos da sociedade (Machado e Dain, 2012). (BARREIRO E FURTADO, 2015, p. 13)

Ato contínuo, a terceira fase do ciclo de construção da política pública, centrada na interferência do Judiciário neste processo, refere-se à tomada de decisão, em que a intervenção judicial substitui o ato do Poder Executivo na implementação da política postulada. (BARREIRO E FURTADO, 2015, p. 13).

Aqui, cabe enfatizar, novamente, que não se vislumbra maiores problemas na interferência do Poder Judiciário no processo de implementação das políticas públicas, visto que eventuais falhas no processo de prestação dos direitos programáticos pelo Poder Executivo tornam-se demandas legítimas a serem submetidas ao crivo do Judiciário. Sobre tal questão, o Ministro Celso de Mello elaborou algumas reflexões, por ocasião do julgamento da ADPF 45 no Superior Tribunal Federal. Vejamos:

¹¹ Art. 3º, §3º do CPC. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

“é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do poder judiciário – e nas desta suprema corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, como adverte a doutrina, o encargo reside, primariamente, nos poderes legislativo e executivo.

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao poder judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídico que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados na estatuta constitucional, como sucede na espécie ora em exame” (Min. Celso de Mello, ADPF 45).

Nada obstante, é fato que a problemática de tal interferência concentra-se na escassez de recursos. Afinal, são os gestores públicos dos recursos estatais os responsáveis e competentes para definir as possibilidades de investimentos em políticas públicas, abrindo-se o debate sobre o tema da reserva do possível.

Nesta questão, portanto, compreende-se que, de fato, o Poder Judiciário é legitimado para realizar o controle das políticas, desde que se submeta aos princípios orçamentários e financeiros que regem o processo de alocação de recursos para a formulação de políticas públicas, caso contrário, estaria equivocadamente assumindo uma competência que não é sua, na definição de prioridades e da discricionariedade administrativa.

Sobre a questão, BARREIROS E FURTADO (2015, p. 14) salienta a importância da diferenciação entre reserva do possível fática e reserva do possível jurídica, por meio do conceito trabalhado pelo notável jurista Daniel Sarmiento, segundo a qual a reserva do possível fática trata sobre a necessidade de se analisar a questão da universalização da prestação exigida com os recursos a ela destinados, compreendendo, dessa forma, que direcionar recursos de modo desarrazoado a uma demanda individual, em detrimento à prestação do mesmo direito a toda a coletividade, fere o princípio da isonomia.

“Se a judicialização demanda certos conhecimentos dessa via, desse instrumento, e o acesso a esses conhecimentos é desigual, chega-se à conclusão de que o acesso ao Poder Judiciário não é igualitário, aprofundando ainda mais a desigualdade social das políticas públicas”. (BARREIRO, 2015, p. 15).

Desta forma, privilegiar os poucos que possuem capacidade e discernimento para acessar o Poder Judiciário em busca de suas demandas, mesmo que legítimas, é negar o mesmo direito a toda a população. Por isso alerta-se para a importância do Poder Judiciário em formar seus membros para a compreensão desta realidade para evitar situações de injustiça.

No entanto, o caráter fundamental dos direitos sociais aliado aos vícios do processo decisório legislativo-governamental que resultam, cotidianamente, na omissão do cumprimento da disposição constitucional, são elementos suficientes para entender que o papel do judiciário neste conflito não é, ou não deveria ser, de “invadir” a competência constitucional dos poderes legislativo e executivo, mas de se fazer cumprir os mandamentos constitucionais expressamente dispostos, cuja missão de efetividade também recai sob a responsabilidade do Poder Judiciário.

Assim, tem-se que ao invés de formulador e implementador de políticas públicas, melhor seria que o Poder Judiciário assumisse uma função avaliadora das políticas já implementadas, evitando a cooptação de todo ciclo de produção das políticas para si. Ou seja, ao invés de criar, o Judiciário reavaliaria a política, retornando-a ao Poder Executivo para que adeque às necessidades do caso.

Vale salientar, por fim, que as fases do ciclo das políticas públicas já trabalhadas alhures podem facilmente se mesclar e confundir-se entre si durante todo o seu processo de formulação. Afinal, é possível que se avalie uma política aplicada, ao mesmo tempo em que se formula uma nova para substituí-la. Sendo necessário, dessa forma, a insistência neste processo de investigação e desenvolvimento de trabalhos que busquem compreender esta complexa realidade, sempre focando nas possibilidades de evitar ingerências de um poder sobre o outro e prezando pela igualdade de acesso às políticas públicas que busquem concretizar direitos sociais.

A partir de uma visão mais geral sobre o quadro de judicialização das políticas públicas, pretende-se, neste ponto, especializar melhor essa questão por meio da análise sobre o controle judicial das políticas públicas, especificamente, de saúde, no Brasil, amplamente discutido pela comunidade jurídica há algum tempo, diante de um crescimento exponencial das demandas judiciais por acesso a essas políticas e de um vácuo jurídico de parâmetros bem estabelecidos para a regulamentação deste acesso.

Neste sentido, PAIXÃO (2019, p. 1) tece fundamentada crítica sobre a negligência de muitos operadores do direito quanto à questão dos custos envolvidos para a garantia do pleno e universal acesso às políticas de saúde. Afinal, levando-se em conta que o princípio basilar da economia e, portanto, do orçamento público, é a escassez de recursos, torna-se essencial a construção de políticas que resguardam o interesse público, a economicidade e a responsabilidade fiscal.

No entanto, a solução muitas vezes adotada pelos operadores para garantir o acesso à saúde ao jurisdicionado, no caso concreto, é a retirada de recurso de alguma outra rubrica orçamentária para custear a execução da decisão judicial (PAIXÃO, 2019, p. 2).

Ou seja, resta evidente que o problema não se centra, exatamente, na violação dos princípios da economicidade e responsabilidade fiscal para a garantia do direito à saúde. O que ocorre é a geração de injustiças na retirada de recursos de uma rubrica para a execução de uma decisão judicial já que, na prática, isso significa deslocar recursos de políticas destinadas à toda coletividade para dar solução a um problema individual. É neste sentido que a questão discutida se torna ainda mais complexa: o direito à saúde de um contra o direito à saúde de todos.

As decisões judiciais, muitas vezes, introduzem injustiças no sistema de saúde, pois o gasto e o esforço para salvar o autor de uma ação judicial, muitas vezes, pode impactar na saúde de dezenas, centenas, milhares de outros pacientes anônimos. Para agravar o cenário, é preciso considerar que a instrução dos processos judiciais envolvendo o direito à saúde, em regra, é precária. (PAIXÃO, 2019, p. 3)

Para ilustrar a problemática, FREITAS, FONSECA E QUELUZ (2020, p. 1) apresentam uma série de características e dados atualizados, concluindo, resumidamente, que a judicialização da saúde não traz, apenas, problemas de legitimidade democrática para atuação na definição e priorização de políticas, mas, também, apontam falhas na própria gestão e identificam disfunções nos sistemas de saúde gerenciados pela administração pública.

A pesquisa coordenada pelos autores mencionados permitiu identificar estudos direcionados à análise de processos judiciais da saúde, de modo a propor uma comparação da judicialização da saúde e seus possíveis impactos nos sistemas de saúde, por meio de uma revisão sistemática para sintetizar a melhor informação disponível na literatura sobre o tema.

Seguem algumas conclusões relevantes ao presente trabalho, aferidas pela pesquisa em menção:

A judicialização da saúde pode apontar falhas na gestão e disfunções nos sistemas de saúde; os motivos são, em sua maioria, demandas para acesso a medicamentos; as ações são predominantemente individuais, não resultando em benefícios coletivos; não há consenso sobre as características de renda dos demandantes, assim como não se pode afirmar, nem negar, que os valores dos bens ou serviços de saúde demandados possam comprometer o orçamento do SUS; há um destaque nos estudos sobre o comportamento do Poder Judiciário, a conformidade com a legislação e a necessidade de observância das políticas e diretrizes de saúde do SUS. (FREITAS, FONSECA E QUELUZ, 2020, p. 13)

Por fim, os autores concluem que analisar as ações judiciais de saúde pode garantir uma apuração mais detida sobre as falhas do sistema de saúde, de modo que os gestores possam traçar “os perfis e problemas de saúde mais judicializados, gerando informações que podem auxiliar gestores locais na compreensão dos problemas relacionados à gestão, ao gerenciamento do cuidado, e às possíveis reorientações das práticas de saúde” (FREITAS, FONSECA E QUELUZ, 2020, p. 14).

Retomando o tema dos direitos sociais e sua aplicabilidade jurídica, é importante lembrar que, embora amplamente discutido na doutrina, é pacificado nos tribunais brasileiros que o direito à saúde, disposto no artigo 196 da Constituição, tem aplicação imediata e, portanto, não se trata de norma programática. Neste sentido, as políticas públicas assumem um lugar de protagonismo no cenário de aplicabilidade e efetivação do direito à saúde (MARQUES, 2016, p. 2).

Tal posicionamento se coaduna com o que já foi discutido no presente trabalho, a partir das ideias desenvolvidas por CLÈVE (2011, p. 7) quando, ao conceituar os direitos

prestacionais (sociais) como direitos de eficácia progressiva, nega a ideia de que seriam normas de eficácia diferida, programática ou limitada, a exemplo do direito à saúde.

Afinal, tratam-se de direitos de eficácia mínima que necessitam de implementação por meio de atuação positiva do Estado, preferencialmente por políticas públicas bem planejadas e desenvolvidas para a garantia do mínimo existencial. No entanto, a inexistência ou ineficácia de determinada política pública na área da saúde não significa que tal direito não possa ser plenamente exigido judicialmente. Pelo contrário, surge a necessidade de exigência, por atos judiciais, da implementação destas políticas públicas a fim de que o jurisdicionado possa ter seu direito garantido.

Com isso compreende-se que independentemente de programas implementados, o direito à saúde deve ser garantido, seja pela via judicial, seja pela via política. Porquanto, como mencionado, estabelecendo a garantia do mínimo existencial, postulado essencial para a fundamentação dos direitos sociais, tal qual o direito à saúde, que envolve a prestação de políticas na área da saúde pública, os direitos fundamentais sociais informam a possibilidade de serem progressivamente incrementados, afastando-se da ideia de norma de eficácia diferida.

Além disso, é evidente o caráter interdisciplinar do tema, tornando indiscutível o seu alto grau de complexidade. Não é por menos que, em 2009, o Supremo Tribunal Federal convocou uma audiência pública para abordar as questões afeitas à garantia do direito à saúde e o SUS, com a participação de especialistas atuantes nas várias áreas envolvidas na prestação do direito à saúde¹².

Foram 6 dias de audiência ouvindo especialistas sobre os seguintes grandes temas: o acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário; responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS; gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do sistema; registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS; políticas públicas de saúde – integralidade do sistema e assistência farmacêutica do SUS.

Além disso, em 11 de dezembro de 2017, o STF promoveu outra audiência pública direcionada ao aperfeiçoamento das ferramentas do Poder Judiciário, visando a construção de uma jurisdição mais adequada ao cidadão. O evento foi conduzido pelo supervisor do Fórum

¹² STF (Brasil). Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade. **Notícias Supremo Tribunal Federal**, [S. l.], 19 abr. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>. Acesso em: 24 ago. 2023; STF (Brasil). Supremo debate regras do SUS em audiência pública. **ConJur**, [S. l.], 6 mar. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-06/stf-debate-audiencia-publica-regras-sus-fornecer-remedios>. Acesso em: 24 ago. 2023.

Nacional do Poder Judiciário para a Saúde, contando com a presença de 32 entidades especializadas no tema da judicialização da saúde¹³.

A ministra afirmou que o número considerável de ações nessa área coloca em campos opostos o cidadão que pede acesso a um medicamento ou tratamento, por exemplo, e o Poder Público, responsável pelo atendimento dessas demandas. “De um lado, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que é o núcleo do direito contemporâneo e dos cuidados do Estado e, de outro, a questão de recursos econômicos financeiro”, disse. Por esta razão, a presidente do CNJ frisou a relevância de ouvir o maior número de atores envolvidos nesse cenário e destacou as ações desenvolvidas pelo Conselho para auxiliar os juízes na tomada de decisões relativas à saúde. Entre as iniciativas, Cármen Lúcia destacou a implantação dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (e-NatJus) nos tribunais e o acordo de cooperação com o Hospital Sírio Libanês para a criação de um banco de pareceres, notas e informações técnicas, que oferecerá base científica para as decisões dos juízes quando precisarem julgar demandas de saúde. A decisão de realizar a audiência pública surgiu justamente depois que associações de pacientes com doenças raras pediram à presidente do CNJ para serem ouvidas no processo de elaboração desse sistema.

Nada obstante, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação n. 31/2010 e a Resolução n. 107/2010 do CNJ. A Recomendação n. 31/2010 indica uma série de medidas que devem ser tomadas pelos magistrados para a melhoria das decisões judiciais na área da saúde, dentre as quais a inserção do Direito Sanitário como matéria obrigatória nos concursos de ingresso à magistratura e a capacitação dos magistrados em exercício nessa disciplina. A Resolução n. 107/2010 do CNJ, por sua vez, institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de saúde, tanto públicas quanto privadas.

Isso evidencia que os limites e contornos do direito social à saúde não são claros. Evidencia que a complexidade das questões que envolvem a garantia do direito à saúde extrapola o próprio contorno do sistema jurídico, levando o órgão central desse sistema, o Poder Judiciário, a reconhecer que o mero exame do arcabouço legal, através das técnicas de interpretação e aplicação do direito posto, não se revela capaz de solucionar as demandas sanitárias que lhes são submetidas. (MARQUES, 2016).

O Direito Sanitário consolida-se no Brasil como uma disciplina autônoma dentro da ciência jurídica. Todavia, até o presente momento, não foi incorporada aos cursos de graduação na área jurídica, sendo objeto apenas de disciplinas de pós-graduação *lato sensu* e em linhas de pesquisa dentro de cursos de mestrado e doutorado na área de saúde pública (e não na área jurídica). O crescimento das reivindicações e dos questionamentos judiciais relacionados à saúde acabou por evidenciar a importância de seu estudo pelos profissionais do Direito, e de sua inserção na grade curricular dos cursos de formação jurídica.

¹³ CNJ (Brasil). Audiência pública. Ministra Cármen Lúcia: acesso do cidadão à saúde precisa de melhores critérios e ferramentas: Na abertura de audiência pública realizada no CNJ, a ministra defendeu o aperfeiçoamento das ferramentas do Judiciário para uma jurisdição mais adequada ao cidadão. **Notícias Supremo Tribunal Federal**, [S. l.], 11 dez. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364338>. Acesso em: 25 ago. 2023; ANADEP (DF). CNJ debate judicialização da saúde em audiência pública. **Imprensa ANADEP**, [S. l.], 12 dez. 2017. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=36129>. Acesso em: 25 ago. 2023.

Neste sentido, é preciso reforçar, com fundamento na própria natureza dos direitos sociais imposta pela Constituição Brasileira de 1988, e nas discussões promovidas no âmbito da judicialização do direito à saúde, que a complexidade do tema ou mesmo sua dificuldade de implementação na prática não significa que o poder público possa usar como justificativa para a mora administrativa.

São, de fato, diversas áreas de atuação, como a gestão pública, as ciências biológicas, o direito, contabilidade e economia que impõe ao tema a necessidade de concentrar diversos especialistas para a formulação de meios de execução mais próximos da realidade nacional, expondo o alto grau de interdisciplinaridade à questão da prestação do direito à saúde.

A Constituição impôs como postulado obrigatório a universalidade e descentralização da prestação do direito à saúde, o que significa que a política brasileira tem o dever de organizar seus meios para a garantia desse direito. Por óbvio que essa realização não se dá de forma rápida. É uma construção que deve ser promovida pelos órgãos imbuídos deste dever, bem como fiscalizadas e controladas pelo sistema de justiça como um todo.

Ou seja, não há aqui dúvidas sobre o dever do judiciário em se autoconter em suas decisões, de modo a estabelecer parâmetros de justiça para a concessão de pedidos na seara do direito à saúde, mas também não pairam dúvidas sobre sua competência para exigir, por meio dos casos concretos submetidos à sua apreciação, do poder público a implementação, organização e planejamento de políticas para a prestação dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde.

É reconhecendo este dever que o STF tem se mobilizado para ouvir e propor políticas conjuntamente a entidades e especialistas na área do direito à saúde, sendo fundamental que os demais poderes também se mobilizem nesse sentido.

5 CONCLUSÃO

Os direitos sociais surgiram no atual ordenamento jurídico pátrio, a partir da Constituição de 1988, dentre diversos outros direitos fundamentais, como parte relevante do pacto constituinte voltado ao direcionamento do país à conquista do desenvolvimento econômico, e como tentativa de diminuição das desigualdades sociais que abalam a história brasileira até os dias atuais. Nada obstante, a discussão sobre a efetividade dos direitos sociais está no centro do debate jurídico, tendo em vista as peculiaridades que acompanham a natureza desta espécie de direitos.

Neste sentido, o estudo das políticas públicas enquanto mecanismo de efetivação dos direitos sociais encontra espaço nesse debate com o fim especial de trazer mais concretude à análise dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Por este motivo escolheu-se o seguinte tema como problemática do presente trabalho: políticas públicas enquanto mecanismo de concretização dos direitos sociais.

Para iniciar a abordagem da problemática escolhida, apresentou-se o fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo e da constitucionalização das políticas públicas. Considerando o constitucionalismo enquanto um fenômeno jurídico que estabelece formas de organização do Estado e de exercício do poder estatal a partir da promulgação de uma Constituição Nacional própria, o neoconstitucionalismo, por sua vez, representa a última faceta histórica no desenvolvimento do referido fenômeno, trazendo novos formatos de organização e de limitação do poder, no decorrer do desenvolvimento incessante e veloz da sociedade atual.

Assim, os valores da democracia e da dignidade da pessoa humana foram eleitos como o centro da Constituição atual a partir do constituinte de 1988, considerando todos os marcos históricos, teóricos e filosóficos já tratados no capítulo respectivo. É neste contexto, então, que os direitos sociais são arrolados no texto constitucional, bem como as políticas públicas são constitucionalizadas a fim de regulamentar a atuação estatal para a concretização de direitos fundamentais, robustecendo seu caráter protetor da dignidade humana.

A constitucionalização do direito e das relações sociais, a exemplo da doutrina das políticas públicas em função da efetividade dos direitos sociais, traz ao meio jurídico tensões a serem debatidas, como a judicialização das políticas e o papel do judiciário na exigibilidade das políticas públicas para a concretização de direitos. Além disso, enfatiza a necessidade de se ir além do debate jurídico da questão, sob um enfoque mais interdisciplinar, para entender as necessidades gerenciais da coisa pública, próprias da administração pública, como questões orçamentárias e prioridades estatais na definição de suas políticas.

Por conseguinte, para a compreensão do tema, além de se estudar o fenômeno do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, passou-se a estudar também as peculiaridades próprias da natureza jurídica atribuída aos direitos sociais. Isto porque, em que pese haja discussão doutrinária sobre essas denominações mais fechadas, ao contrário do que ocorre com os direitos denominado de primeira geração, ou seja, os direitos individuais de liberdade, que atribuem ao Estado uma função meramente absenteísta; um dever de “não fazer”, os direitos de segunda geração – os direitos sociais – são direitos que necessitam “um fazer” do Estado, exigindo-lhe o cumprimento de deveres e de políticas que lhes atribuam efetividade plena.

Assim, a doutrina constitucionalista, no passar das décadas, vem travando debates interessantes sobre a natureza desta espécie de direitos, especialmente quanto a possibilidade de atribuir-lhe plena e imediata eficácia. Assim, considerando a fundamentalidade desta espécie de direitos, por decisão do próprio poder constituinte, bem como por consistir em cláusulas pétreas expressas, não restam dúvidas ao presente trabalho que a natureza prestacional dos direitos sociais (que ensejam uma atuação positiva do Estado para o seu cumprimento), não lhe retiram a plena e imediata eficácia, motivo pelo qual o texto constitucional, direta ou indiretamente, garante à sociedade brasileira e aos seus indivíduos o direito de exigir o seu cumprimento, seja administrativamente, seja judicialmente.

Desta forma, os direitos prestacionais conceituados como direitos de eficácia progressiva não significam normas de eficácia diferida, programática ou limitada, mas de eficácia mínima lastreada na ideia de mínimo existencial à dignidade humana, informando a possibilidade de serem progressivamente incrementados, por meio de estratégia política, planejamento e construção de prioridades nacionais. Afinal, o próprio constituinte estabeleceu como objetivo fundamental da República Brasileira a erradicação da pobreza e a diminuição da desigualdade social, cabendo aos poderes estatais constituídos atuarem para o seu cumprimento.

Encerrada a etapa mais contextualizadora do presente trabalho, passou-se a analisar nos capítulos seguintes o centro do tema escolhido, a doutrina das políticas públicas sob o enfoque jurídico da concretização dos direitos sociais.

Afinal, a construção de uma doutrina própria sobre políticas públicas se dá no contexto de desenvolvimento de um Estado preocupado com a justiça social, cujas necessidades perpassam pelo financiamento de diversas estruturas que deem vida a este projeto de sociedade, dinamizando a atividade produtiva e construindo políticas públicas para tanto. No entanto, em que pese referida Constituição tenha sido fundamental para o processo de priorização dos direitos sociais no Brasil, o desenvolvimentismo nacional remonta períodos anteriores a ela. De

modo que resta evidente um caminho de reforma econômica e social pelo qual vem percorrendo o Brasil.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, por exemplo, é um caso de resposta jurídica eficiente a fatos históricos que nos levaram a períodos de intensos abusos políticos e violações de direitos, mas também ao ideal de desenvolvimento econômico e social. Em sendo assim, é possível estabelecer que o Brasil, após um período de reforma estatal e jurídica, encontra-se numa fase intensa de gerenciamento de formas que possibilitem a efetivação desta nova estrutura estatal e jurídica.

Neste contexto, na materialização dos direitos sociais, por meio de um plano de ação estatal e de uma atuação positiva do Estado, encontra-se a razão de ser das políticas públicas que, por sua vez, exige meios e recursos para se efetivarem. Este, portanto, é, talvez, o ponto mais controvertido sobre a efetivação dos direitos sociais: os custos socioeconômicos demandados do Estado. O quanto, e como, é possível se exigir do Estado.

Nada obstante a existência de um movimento político influente no Brasil durante toda sua história política que insiste em contrapor o avanço e o desenvolvimento econômico às demandas sociais prestadas por meio do Estado, resta evidenciado que, na verdade, é a falta do Estado Social, nos países periféricos, um dos responsáveis pela baixa competitividade e pela estagnação econômica, principalmente nos tempos atuais em que o avanço tecnológico e a era da informação tem exigido mais acesso à educação.

Posto isto, avançando sobre a doutrina das políticas públicas, passa-se a compreender o direito público orçamentário como uma das balizas para a concretização dos direitos sociais, de modo a entender que não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas. Assim, da mesma forma que a Constituição de 1988 estabelece os direitos a serem garantidos, também estabelece regras para o direcionamento de recursos com vistas à viabilização das políticas sociais.

No entanto, em que pese a Constituição estabeleça as bases gerais para a gastos públicos, é a partir do jogo político cotidiano; da deliberação político-majoritária que se define, de fato, onde serão depositados recursos e investimentos públicos. A crítica abarca a ideia de que há muita preocupação doutrinária em limitar juridicamente o ímpeto arrecadador do Estado, não havendo, por outro lado, nenhuma preocupação equivalente com o que o Estado fará, afinal, com os recursos arrecadados.

Desta forma, para entender as formas e mecanismos voltados ao controle dos gastos públicos para a efetivação dos direitos sociais, esclareceu-se os parâmetros de controle

responsáveis pela verificação e especificação das metas constitucionais prioritárias imperativas à atuação das autoridades competentes, que se dividem entre objetivos, de resultado e de meios.

Os parâmetros objetivos são definidos como as prioridades expressamente dispostas no próprio texto constitucional, basicamente estabelecendo a quantidade de recursos a serem destinados para determinada área social; os parâmetros de resultado, por sua vez, dotados de menos objetividade, são os bens mínimos que devem ser ofertados pelo Estado por meio das políticas públicas; por fim, os parâmetros de meio são, justamente, as políticas públicas. Melhor dizendo, representam o caminho por meio do qual pretende-se percorrer para atingir os resultados desejados. Assim, a Constituição define as metas a serem atingidas e as formas para atingi-las.

Além disso, a fim de definir um conceito jurídico de políticas públicas, a autora mencionada no presente trabalho distingue as ideias *politics* (atividade política) de *policy* (programas governamentais; políticas públicas propriamente ditas), bem como a diferenciação entre política pública enquanto atividade e política pública enquanto norma. Assim, compreende-se que, embora a política esteja fundamentada na norma, com ela não se confunde, havendo a incidência, portanto, de um regime jurídico específico e exclusivo para as políticas públicas. É a definição de uma nova categoria jurídica, a partir da noção de atividade.

Partindo deste conceito, o presente trabalho abarca a ideia de que políticas públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Para tanto, há elementos que descrevem essa ação, quais sejam: ação-coordenação; processo e programa.

Quanto à metodologia própria para análise e implementação das políticas públicas, alguns autores utilizam a ideia de *policy cycle*, que compreende a formulação e implementação das políticas públicas por um processo dinâmico e cíclico, sustentado pelos atores estatais, de modo a facilitar didaticamente sua análise e avaliação, cujas fases são as seguintes: definição de problemas; *agenda-setting*; elaboração de programas e decisão; implementação; avaliação e correção.

Embora sólidos os aspectos teóricos que fundamentam as políticas públicas enquanto mecanismo legítimo para a concretização de direitos, o problema da efetivação dos direitos sociais se mantém, centrando-se especialmente nos limites para a exigência destas medidas em juízo e na efetividade das normas programáticas, cujos contornos já foram tratados no capítulo específico sobre os direitos sociais.

É neste contexto, então, que o Ministério Público, enquanto função essencial da justiça, órgão que possui a experiência mais consolidada neste campo, detém competência para instrumentalizar diversos mecanismos processuais judiciais e extrajudiciais para investigar a implementação das políticas públicas pelos atores estatais, bem como para compeli-los a cumprir com seu mister constitucional.

Restando, assim, mais do que evidente a capacidade dos atores estatais, à exemplo do Ministério Público, em buscar outros meios de resolução de conflitos que, junto à população e demais interessados, possibilitem não apenas a imputação de responsabilidade por omissão da formulação de políticas essenciais, mas, também, de estímulo e mediação à construção de novas políticas públicas com participação ativa da sociedade, enquanto formas preventivas e deliberativas de concretizar os direitos sociais.

Em assim sendo, de acordo com o estudo já mencionado sobre *policy cycle*, a participação do Ministério Público se dá, especialmente, nas etapas de percepção e definição de problemas e de *agenda setting*, momentos mais propícios à mediação de conflitos e à visibilidade dos problemas sociais.

Por sua vez, a problemática do papel do Poder Judiciário brasileiro na efetivação dos direitos sociais e, conseqüentemente, no controle judicial das políticas públicas, se encontra no fato de que a política pública é expressão de um programa de ação governamental, que dispõe sobre os meios de atuação do poder público – e, portanto, com grande relevo para a discricionariedade administrativa, amparada pela legitimidade da investidura do governante no poder.

De acordo com a teoria do ciclo das políticas públicas, a partir da judicialização de determinada política pública demandada pelo indivíduo ou por grupamentos sociais, o Judiciário identifica o problema, que exige solução a partir das políticas públicas, com o ajuizamento da ação. Em seguida, a partir desta judicialização, ele passa a intervir diretamente da formação da agenda para a construção das políticas públicas, onde centra-se a maior parte das críticas, visto que o Judiciário acaba substituindo a representação política, baluarte da democracia brasileira.

Ato contínuo, a terceira fase do ciclo de construção da política pública, centrada na interferência do Judiciário neste processo, refere-se à tomada de decisão, em que a intervenção judicial, também, substitui o ato do Poder Executivo na implementação da política postulada.

Nada obstante, é possível uma contra crítica ao refletirmos que, na verdade, a atuação do Poder Judiciário não precisaria, necessariamente, substituir a representação política no

momento de definição da agenda para políticas públicas durante a judicialização, mas, apenas, contribuir enquanto mais um autor na exigência da concretização de direitos.

Vale lembrar que a atuação judicial não se limita ao poder coercitivo, mas, também, deve estimular outras formas de resolução de conflitos, como disposto no próprio Código de Processo Civil. Assim, tem-se que ao invés de formulador e implementador de políticas públicas, melhor seria que o Poder Judiciário assumisse uma função avaliadora das políticas já implementadas, evitando a cooptação de todo ciclo de produção das políticas para si. Ou seja, ao invés de criar, o Judiciário reavaliaria a política, retornando-a ao Poder Executivo para que adeque às necessidades do caso.

Vale salientar, por fim, que as fases do ciclo das políticas públicas já trabalhadas alhures podem facilmente se mesclar e confundir-se entre si durante todo o seu processo de formulação. Afinal, é possível que se avalie uma política aplicada, ao mesmo tempo em que se formula uma nova para substituí-la. Sendo necessário, dessa forma, a insistência neste processo de investigação e desenvolvimento de trabalhos que busquem compreender esta complexa realidade, sempre focando nas possibilidades de evitar ingerências de um poder sobre o outro e prezando pela igualdade de acesso às políticas públicas que busquem concretizar direitos sociais.

Por fim, para ilustrar melhor o tema discorrido no presente trabalho, tratou-se brevemente sobre a o controle judicial do direito a saúde, cujas conclusões apontam para o fato de que analisar as ações judiciais de saúde pode garantir uma apuração mais detida sobre as falhas do sistema de saúde, em apoio ao próprio gestor.

Neste sentido, é preciso reforçar, com fundamento na própria natureza dos direitos sociais imposta pela Constituição Brasileira de 1988, e nas discussões promovidas no âmbito da judicialização do direito à saúde, que a complexidade do tema ou mesmo sua dificuldade de implementação na prática, dado o alto grau de dispêndios orçamentários e de interdisciplinaridade envolvida na temática, não significa que o poder público possa usar como justificativa para a mora administrativa.

Assim como não restam dúvidas sobre o dever do Poder Judiciário em se autoconter na tomada de decisões, de modo a estabelecer parâmetros de justiça para a concessão de pedidos na seara do direito à saúde, nada obstante impere sua competência para exigir, por meio dos casos concretos submetidos à sua apreciação, do poder público a implementação, organização e planejamento de políticas para a prestação dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. **FIDES**, Natal, v. 6, ed. 1, 2015.

ANADEP (DF). CNJ debate judicialização da saúde em audiência pública. **Imprensa ANADEP**, [S. l.], 12 dez. 2017. Disponível em: <https://anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=36129>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. **R. Dir. Adm**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, março/abril 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista De Direito Administrativo**, 240, 1–42, 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/url/view.php?id=3112175>>. Acesso em: 23 ago. 2023.

BERNDT, R. E.; SANTIN JÚNIOR, W. Do positivismo jurídico ao pós-positivismo. **REVISTA DA ESMESC**, v. 24, n. 30, p. 39-59, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45 MC/DF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível". RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO.** Brasília, 26 a 30 de abril de 2004- N° 345. Disponível em: <
[https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)>](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20%22Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es)>)
 Acesso em: 23 ago. 2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico (Maria Paula Dallari Bucci, org.)** São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19020-7. *E-book*.

CAMPOS, Juliana Cristine Diniz; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E (IN)SEGURANÇA JURÍDICA: CARACTERÍSTICAS E CRÍTICA DA VIRADA LINGUÍSTICA NO INTERPRETAR DA CONSTITUIÇÃO. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 8, ed. 2, p. 774-792, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, [s. l.], v. vol. 3, p. 239, 2011.

CNJ (Brasil). Audiência pública. Ministra Cármen Lúcia: acesso do cidadão à saúde precisa de melhores critérios e ferramentas: Na abertura de audiência pública realizada no CNJ, a ministra defendeu o aperfeiçoamento das ferramentas do Judiciário para uma jurisdição mais adequada ao cidadão. **Notícias Supremo Tribunal Federal**, [s. l.], 11 dez. 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364338>. Acesso em: 25 ago. 2023.

COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: DEFININDO A AGENDA OU IMPLEMENTANDO AS SOLUÇÕES?. **Revista da AJURIS**, [s. l.], v. 40, n. 130, junho 2013.

FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado da; QUELUZ, Dagmar de Paula. A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. **Interface (Botucatu)**, [s. l.], 2020.

FREY, Klaus. POLÍTICAS PÚBLICAS: UM DEBATE CONCEITUAL E REFLEXÕES REFERENTES À PRÁTICA DA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL. **Planejamento e políticas públicas**, [s. l.], n. 21, junho 2000.

FRIEDE, Reis. Lições esquematizadas de ciência política e teoria geral do Estado. 4. ed. Rio de Janeiro: [s. n.], 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a. ed. [S. l.]: Saraiva Jur, 2019. 1576 p. ISBN ISBN-10 8553602877; ISBN-13 978-8553602872.

PAIXÃO, André Luís Soares da. Reflexões sobre a judicialização do direito à saúde e suas implicações no SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, [s. l.], 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre-Belo Horizonte, p. 163- 206, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 1. ed. Belo horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Lucas do Monte. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO Hesse, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. (Tradução de: Die Normative Kraft der Verfassung). **Direito em debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUÍ**, [s. l.], ed. 45, 2016.

STF (Brasil). Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade. **Notícias Supremo Tribunal Federal**, [S. l.], 19 abr. 2010. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>. Acesso em: 24 ago. 2023.

STF (Brasil). Supremo debate regras do SUS em audiência pública. **ConJur**, [S. l.], 6 mar. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mar-06/stf-debate-audiencia-publica-regras-sus-fornecer-remedios>. Acesso em: 24 ago. 2023.