



MESTRADO CIENTÍFICO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
DIREITOS FUNDAMENTAIS

A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS –
LIMITES E POSSIBILIDADES

MESTRANDO: Vinícius Miranda Gomes

ORIENTADOR: Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes

LISBOA

2017



**A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS –
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada como requisito
para aprovação no Curso de Mestrado
Científico – Ciência Jurídico-Políticas -
Direitos Fundamentais

MESTRANDO: Vinícius Miranda Gomes

ORIENTADOR: Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes

Lisboa

2017

RESUMO

Tem o presente estudo o escopo de investigar os limites e as possibilidades de atuação da justiça constitucional em sede de controle de políticas públicas de direitos sociais. Utiliza-se como parâmetro normativo as Constituições Portuguesa e Brasileira. A título de argumentação dos limites de controle judicial, o autor investiga e critica os fundamentos jurídicos que justificam a existência do nominado princípio de proibição do retrocesso social na doutrina e jurisprudência dos dois países em referência. Em uma análise dogmática da estrutura dos direitos sociais, pretende-se apontar as objeções ao controle judicial das políticas públicas desses direitos, a saber: a indeterminabilidade da norma; o princípio democrático; a reserva do possível, nas três vertentes, financeira, política e jurídica; a gradualidade da norma; e, por fim, uma análise contemporânea do princípio da separação de poderes. Postas as dificuldades de controle judicial das políticas públicas de direitos sociais, abrem-se algumas possibilidades, a partir de princípios constitucionais, a saber, proporcionalidade, segurança jurídica e proteção da confiança. Na segunda parte, o autor sistematiza a legitimidade da atuação da justiça constitucional em sede de políticas públicas de direitos sociais, bem como os seus limites jurídicos e fáticos no contexto do Estado de Direito Democrático. Com severas críticas, trata do ativismo judicial, reconhecendo nele um desbordamento da função jurisdicional. As tutelas individuais e coletivas são problematizadas a luz do princípio da igualdade. Já em tom de finalização do trabalho, propõe alguns parâmetros de controle judicial de políticas públicas de direitos sociais a partir de uma leitura dos princípios estruturantes e da própria Constituição como um todo. A abordagem final passa pela análise desse controle em tempos de crise financeira, para reafirmar a necessidade de um maior diálogo entre os Poderes da República, da justificação e transparência no diagnóstico da crise e a importância de se respeitar o princípio democrático.

PALAVRAS CHAVES

Controle judicial. Políticas públicas. Direitos sociais. Princípio democrático. Retrocesso social. Justiça Constitucional. Limites. Possibilidades. Crise financeira.

ABSTRACT

The present study has the scope to investigate the limits and possibilities of action of constitutional justice in the control of social rights' public policies. The normative parameters are the Portuguese and the Brazilian Constitutions. As an argument for the limits of judicial control, the author investigates and criticizes the legal grounds that justify the existence of the so-called principle of prohibition of social decline in the doctrine and jurisprudence of the aforementioned countries. In a dogmatic analysis of the structure of social rights, the author points out the objections to the judicial control of social rights' public policies, namely: the indeterminable nature of the norm; the democratic principle; the principle of reserve for contingencies in its three aspects (financial, political and legal); the gradualness of the norm; and, finally, a contemporary analysis of the principle of separation of powers. Given the difficulties of judicial control of social rights public policies, the author argues about some of the possibilities to underpin such judicial control based on based on constitutional principles, to be specific, the principle of proportionality, the principle of legal certainty and the principle of mutual reliance and trust. In the second part, the author systematizes the legitimacy of the performance of constitutional justice in social rights' public policies, as well as their legal and factual limits in the context of the Democratic Rule of Law. With severe criticism, the author writes about the judicial activism, interpreting it as a breakdown of the jurisdictional function. Individual and collective tutelages are problematized under the light of the principle of equality. Heading to conclusion, the author proposes some parameters of judicial control of social rights public policies based on the structuring constitutional principles and on the Constitution itself, as a whole. The final approach analyzes the exercise of such control in times of financial crisis, and reaffirms the need for greater dialogue among the Powers, encompassing reasoning and transparency in the diagnosis of the crisis and the importance of the democratic principle.

KEY WORDS

Judicial control. Public policy. Social rights. Democratic principle. Social decline. Constitutional Justice. Limits. Possibilities. Financial crisis.

AGRADECIMENTOS

Registro o meu verdadeiro sentimento de gratidão por pessoas que fizeram desta caminhada algo não só menos árduo, como possível.

Aos meus amados pais, Valdecir e Marilda, pelo carinho, afeto e proteção. Vocês inspiram todos os meus sonhos.

À Letícia, pela absurda dedicação e confiança. Alicerce da família, permitiu-me a ausência para a construção desse trabalho. Te amo sem contornos.

Aos meus filhos, Carolina e Leonardo, feitos de mel, são presentes que vieram do céu. Adoçaram minha vida, ensinaram-me o amor genuíno, renovam a cada dia o sentido da minha existência.

Aos meus irmãos, Fabrício e Gisele, por tudo que nos une, em especial, a conspiração em querer sempre o melhor para o outro.

Aos amigos de Lisboa, André, Daniela, Maria Rita e Gonçalo, presente dessa terra maravilhosa. Foram acolhedores quando mais precisávamos.

Aos amigos de jornada europeia, Cláudio e Lauro, por divisarem angústias e alegrias. Ao Rogério Greco, pelo incentivo de primeira hora.

Ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, instituição que tenho a honra de representar, nas pessoas dos Desembargadores Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, Luiz Carlos de Azevedo Correa Júnior e Vicente de Oliveira Silva, por compreenderem a seriedade do nosso propósito.

Aos Professores de Lisboa, Jorge Miranda e José de Melo Alexandrino, que me revelaram o sentido da academia e proporcionaram um ambiente singular de debate e reflexão; o primeiro, de todos os brasileiros; o segundo, por instigar a investigação científica e proporcionar os maiores desafios.

Ao meu orientador, Professor Carlos Blanco de Moraes, a plena admiração pela arguta inteligência, por todas as luzes, precisas, que favoreceram o desenvolvimento desse trabalho e a minha consciência do Direito.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, pela vida, valores, dedicação e ensinamentos.

À querida esposa, Letícia, pela cumplicidade e indivisibilidade de nosso amor.

Aos meus filhos, Carolina e Leonardo, pela infinitude do amor.

Ao meu avô Manoel, pelo legado da cidadania portuguesa, que muito me honra.

À Leonilda, que faz falta em todos os momentos.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
Parte I - A Constituição e os direitos sociais	
2. O direito social na Constituição	23
3. Políticas públicas de direitos sociais	32
4. O controle das políticas públicas por meio do nominado princípio de proibição do retrocesso social – aproximação teórica e prática jurisprudencial.....	43
4.1. A doutrina portuguesa e brasileira	45
Conteúdo essencial ou mínimo dos direitos sociais – uma nota.....	59
4.2. A aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na jurisprudência portuguesa e brasileira	65
5. A posição jurídica da norma de direito social.....	76
5.1. A posição jurídica do Estado frente aos indivíduos – deveres de respeito, proteção e promoção.....	76
5.2. A posição jurídica dos indivíduos frente ao Estado – pretensões jurídicas ou direito subjetivo.....	80
6. Objeções e limitações ao controle judicial de políticas públicas de direitos sociais.....	84
6.1. Indeterminabilidade e justiciabilidade.....	84
6.2. Princípio democrático. Mandamento e liberdade de conformação do legislador.....	86
6.3. A reserva do possível	95

6.4. A gradualidade da norma - a questão da progressividade ao infinito.....	103
6.5. O princípio da separação de poderes	108
7. O controle judicial por meio de princípios estruturantes.....	118
7.1. Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança..	119
7.2. Princípio da proporcionalidade.....	126
PARTE II - O controle de políticas públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário – limites e possibilidades	
8. Justiça constitucional e seus limites	131
9. A ilegitimidade do ativismo judicial	143
10. Potencialidades de controle judicial de Políticas Públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário	157
10.1. O Poder Judiciário e os direitos sociais de defesa.....	157
10.2. O Poder Judiciário e os direitos sociais a prestação	160
11. A tutela individual e coletiva dos direitos sociais.....	170
12. Parâmetros de controle e fiscalização das políticas públicas	180
12.1. Alto potencial de intervenção judicial nas políticas públicas de direitos sociais.....	182
12.2. Baixo potencial de intervenção judicial nas políticas públicas de direitos sociais.....	190
12.3. Os casos difíceis. Potencial intermédio de intervenção judicial. Um percurso a descobrir	206
13. O controle judicial em tempos de crise econômico-financeira.....	217
Conclusões.....	230
Referências bibliográficas.....	237

Introdução

O Estado Social, cunhado a partir da Revolução Industrial, cuja transição do liberalismo, no início do Século XX, mostra-se evidente a partir das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), mas com maior ênfase, após o trauma do segundo conflito mundial, no final da primeira metade do Século XX, com a Constituição de Bonn (1949), que catalisa, entre muitas e outras discussões teóricas, a importância em se dar eficácia e efetividade aos direitos sociais.

Se é grande o desafio teórico, independente da concepção que se faça acerca do direito social, em razão da sua estrutura normativa, não menos desafiadoras são as questões práticas enfrentadas pelos Estados Constitucionais.

Estejam ou não os direitos sociais previstos na Constituição, os seus destinatários estão sempre a demandar mais que o Estado é capaz de prover. Em países afortunados, menos, em países em desenvolvimento, mais, em países subdesenvolvidos, de forma caótica, a grande verdade é que a equação demanda/oferta não fecha.

A realização do direito social impõe a implementação de políticas públicas. Essa aproximação do direito a política pública não raro provoca grandes tensões, uma vez que exige a conciliação de uma ciência que trabalha na lógica da rigidez e previsão legal, ao qual chamamos de normatividade, o direito em si, com outra que exige adequações, juízos de prognose, um olhar para o futuro.

Quando é sabido que a política pública atua a partir de uma multiplicidade de fatores, questões econômicas, técnicas sociais, disputa de variados interesses da sociedade, percebe-se, com alguma clareza, que a ciência do direito, por si só, não é capaz de alcançar melhores resultados com sua intervenção, ou quiçá identificar os problemas.

O resultado pode ou tende a não ser satisfatório, porquanto o direito, muitas vezes se utiliza de ferramentas inadequadas, discursiva de forma retórica, como se fosse possível o controle do déficit estatal na área de política pública com base somente em jargões jurídicos, decisões judiciais, sem potencial resolutivo, como garantia do mínimo existencial.

Como se não bastasse, há que se considerar ainda os problemas metajurídicos: escolhas politicamente inadequadas, corrupção, crise financeira, guerras, imigração, refugiados, globalização, problemas que afetam os direitos sociais não somente em uma nação, mas em todos os países do ocidente. Cada um com sua carência específica a ser enfrentada, a verdade é que os direitos sociais estão sempre a demandar mais que o Estado pode prover.

Não é por acaso que se passou a descrever tal fenômeno como de *Crise do Estado Social*^{1 2}.

Um dos grandes catalisadores dos problemas a serem enfrentados pela crise é, pela sua própria função no Estado Constitucional, e vocação, o Poder Judiciário.

¹ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas de Direitos Sociais*, Coimbra, 2014, pp. 155 e ss. Abordagem do autor acerca da Crise do Estado Social, com referência bibliográfica importante, entre outros, de João Carlos Loureiro, "Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não ter", in *BFDUC*, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2008., entre outros.

² Sobre o caráter compromissário do Estado Social, Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, 2002, p. 106 e ss.. Ressalve-se, entretanto, que não aderimos a posição do autor, entre outros temas, no que tange a legitimidade do Poder Judiciário para viabilizar políticas públicas em situações de omissão legislativa, em clara alusão ao ativismo judicial.

Articulamos vocação, porquanto, paradoxalmente, embora seja conhecido pelo déficit democrático na escolha de seus órgãos, juízes, ministros e conselheiros³, é nele que o povo deposita a *ultima ratio* de salvaguarda de direitos.

A relevância da competência em dizer a última palavra sobre determinado fato jurídico e, em tese, ter como função preponderante, a guarda incondicional da Constituição, somados a imparcialidade, como dogma, faz com que este Poder, e aqui uma referência especial aos Tribunais Constitucionais, tenha alcançado especial relevo em matéria de direitos sociais.

Agrega-se questões ligadas aos problemas enfrentados pelos parlamentos, mormente em países subdesenvolvidos. No alto da competência de criar leis e também controlar o Poder Executivo, o Parlamento ou Poder Legislativo deveria fazer muito mais do que hodiernamente é feito. Pressionados por questões políticas nem sempre “republicanas”, o parlamento, em regra, omite-se em muitos temas que seriam de sua natural competência, como dar adequado tratamento aos enunciados constitucionais de direitos sociais; densificar a norma, inicialmente indeterminada, como veremos; aprovar os orçamentos anuais e plurianuais, ou seja, planejar uma forma de dar melhor efetividade ao direito social consagrado na Constituição, gradual e progressivamente.

Em outras palavras. Os direitos sociais dependem de políticas públicas, cuja legitimidade para o seu desenho é do Parlamento, sendo o executivo o responsável pela execução. São questões de governo. O Judiciário não tem vocação, e mais, legitimidade, para planejar e fazer juízo de prognose acerca dessas políticas.

³ Com a ressalva dos países onde a escolha é feita pelo voto popular, como juízes do Estados Unidos da América.

Nem sempre é assim. Parlamento e executivo, notadamente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, fincam-se em questões que lhes garantem votos, formam maiorias desprovidas de escopo público, manchadas por interesses corporativos e negligenciam as suas funções.

Empobrecido cultural e intelectualmente, o povo inebria-se de medidas populistas e aplaude o que leva à sua própria indignação futura. Citamos, como exemplo, os festejos que tomaram conta do país, no Brasil, em seguida aos anúncios da realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas, em 2016, que ao final trouxeram consideráveis prejuízos aos cofres públicos.

Fato é que diante de Poderes Legislativo e Executivo, que não espelham as reais necessidades de seu povo, que não identificam os anseios dos cidadãos ou, ainda, não canalizam os sempre parcos recursos financeiros para os efetivos e mais graves problemas, muitas vezes por questões corporativas e até pessoais, a carência aumenta, e o Poder Judiciário passa a ser a esperança de provimento das omissões e ações não justificadas fática e juridicamente.

Na inação do Legislativo e Executivo, cresce a demanda ao Judiciário. Tal fenômeno, conhecido como judicialização das políticas públicas, será alvo de nosso trabalho, à medida que cria uma tensão entre os poderes, pela atuação da justiça constitucional em áreas que seriam ou deveriam ser controladas no ambiente político.

Ocorre que a organização e limitação do poder, agregado a garantia dos direitos fundamentais, são os três grandes pilares funcionais de um Estado Constitucional⁴, comprometido com a dignidade da pessoa humana.

⁴ Sobre as funções da Constituição, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional – Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social, Tomo II, Vol. 2*,

Se o é, todo poder é e deve ser limitado, destacamos. Para limitar esse Poder do Estado é que serve a Constituição⁵. É a razão e o sentido do texto constitucional. Para tanto, as questões constitucionais devem passar pela análise da legalidade e legitimidade dos poderes constituídos.

Dentro desse panorama, nada simples, encontramos nosso objetivo. *Entender os limites e possibilidades de atuação da justiça constitucional no controle das políticas públicas*, prioritariamente, em sede de *direitos sociais*, mais especificamente, no nominado direitos a prestações em sentido estrito⁶, vinculados às funções do Estado Social⁷.

Não que os direitos de liberdade não estejam submetidos, em algumas situações, às limitações que são impostas aos direitos sociais, por natureza. Entretanto, acreditando na sua dimensão principal, e de mais difícil

Coimbra, 2014, pp. 424-433; José de Melo Alexandrino, *Lições de Direito Constitucional, Vol. I*, Lisboa, 2015, pp. 247-253.

⁵ Toda a Parte V, da obra acima citada, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 301 e ss., o autor dedica em responder a pergunta: Para que serve a Constituição?

⁶ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, 2008, p. 499; no mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, pp. 280 e ss., que também faz referência a direitos fundamentais prestacionais ou sociais prestacionais; Gilmar Mendes Ferreira Filho, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2009, p. 293. Utilizaremos a expressão resumida - direitos sociais – já que a dimensão positiva é a principal destes direitos.

⁷ Para que não fique em suspensão a diferença entre direitos a prestações fáticas, em sentido estrito, aqui adotada, e em sentido amplo, cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 187: “[D]...há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), englobando também a categoria dos direitos de proteção, no sentido de direitos a medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e no procedimento. Assim, distingue-se entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos de proteção e participação na organização e procedimento), que, de certa forma, podem ser reportados primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*, e os direitos a prestações, em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social, distinção esta que se revela de importância fundamental não apenas no que concerne ao enquadramento sistemático dos direitos a prestações no contexto global dos direitos fundamentais, mas também na diversidade de sequelas que se manifestam no que diz com a sua força jurídica e que ainda serão objeto de nossa análise.”.

implementação, a dimensão positiva, é que o corte será necessário e salutar para os limites do trabalho.

Para não desviar do objetivo do trabalho, o controle de políticas públicas de direitos sociais, não nos ocuparemos da divergência doutrinária acerca de uma dogmática unitária ou não dos direitos fundamentais e se ela é adequada tanto para o regime jurídico dos direitos de liberdade quanto para os direitos sociais, nas dimensões negativa e positiva⁸.

Nossa posição, mirando as Constituições Portuguesa e Brasileira, é de uma insuperável distinção de tratamento dos regimes jurídicos acima referidos, entre alguns argumentos citados na doutrina, destacamos na estrutura da norma de direitos sociais – que na essência ou dimensão principal representa um dever de promoção do Estado⁹ -, sua baixa vinculatividade jurídica, causada por três razões: (i) pela indeterminabilidade constitucional do conteúdo; (ii) pela liberdade de conformação do legislador, onde carrega suas opções políticas (reserva política); (iii) por sua realização progressiva ou gradual.

Vale registro que um dos autores portugueses que mais tem dado ênfase a dogmática unitária, Reis Novais, em sua obra citada na nota 8, reconhece nos direitos sociais com dimensão positiva a necessidade de uma abordagem jurídica diversa, embora, segundo ele, tal diferenciação não

⁸ Em defesa da dogmática unitária, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, 2010, pp. 251-318; para aprofundamento do debate, Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 192-231; em sentido oposto, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 555-601, inclusive abordando a temática na Constituição brasileira, pp. 588 e ss.; em posição que nos pareceu intermédia, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa – Vol. II – a construção dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 212 e ss.; do mesmo autor, A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional, *In Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: vol. III: Direitos e interconstitucionalidade: entre dignidade e cosmopolitismo*, Boletim da Faculdade de Direito: *Studia Iuridica*, 104, pp. 15-37.

⁹ Para compreender cada uma destas características jurídicas, a partir da leitura feita pelo Tribunal Constitucional, ver os arestos citados em Jose de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, pp. 596 e 597.

tivesse grande importância ou não fosse suficiente para a diferenciação de regimes jurídicos.

Ao contrário, entendemos que essas diferenças, para nós estruturais dos direitos, implicam em tratamentos jurídicos diversos. No mais, o caráter reforçado que o constituinte português quis entregar aos direitos, liberdades e garantias, notadamente dos art. 18º e 288º, alínea 'd', ambos da CRP76¹⁰, conduz-nos a concordar com a doutrina majoritária portuguesa no sentido de reconhecer o tratamento diferenciado dos direitos econômicos, sociais e culturais e dos direitos, liberdades e garantias, designadamente, no que tange aos direitos sociais de dimensão positiva.

Não olvidamos que nos direitos sociais, na sua dimensão negativa, a doutrina da dogmática unitária encontra a sua melhor forma de expressão, posição que é defendida na obra também já citada de Melo Alexandrino.

No direito brasileiro, ao menos na dimensão positiva dos direitos sociais, cujas características citadas não modificam, por óbvio - baixa vinculatividade jurídica, liberdade de conformação do legislador e realização gradual -, a distinção de regimes é também marcante¹¹.

Com esses breves apontamentos no que tange a dogmática unitária, para não afastarmos do nosso objetivo, voltamos a temática do trabalho.

As Constituições Portuguesa e Brasileira serão utilizadas como base normativa de referência.

¹⁰ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 565-570.

¹¹ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, pp. 201-202, onde o autor assume esta distinção, estritamente neste contexto citado.

Não se questiona, ao menos para a maioria da doutrina, a relevância dos direitos sociais nos dois países em referência¹². Estabelecidos com *status* constitucional pelo poder constituinte, necessário pontuar sua fundamentalidade e a diferenciação entre direitos sociais e políticas públicas de direitos sociais.

De forma a concretizar nosso pensamento, e ao mesmo tempo a servir de instrumento exemplificativo para o objetivo do trabalho, que é o controle jurisdicional, porquanto tangencia as questões aqui estudadas, analisaremos o tratamento teórico do chamado princípio de proibição do retrocesso social¹³, com os elementos jurídicos que o fundamentam e justificam.

A possibilidade de retrocesso ou reversibilidade¹⁴ das normas de direitos fundamentais é tema de profundo debate acadêmico, político, social e jurídico. Sempre que os tribunais são chamados a analisar determinada lei que modifica o âmbito de proteção de direitos fundamentais, ancorados em políticas públicas plasmadas pelo legislador constitucional e ordinário, uma das defesas da manutenção da lei anterior, quando há restrição a direitos, é o chamado princípio de proibição do retrocesso social.

¹² Cfr. Maria Teresa Sadek, *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013, “O reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais significam uma revolução de magnitude semelhante àquela contida na concepção de indivíduo abstrato. Exigem que seja somada à noção de liberdades negativas a noção de liberdades positivas. Não se trata apenas de liberdades “de” – para as quais é importante que o poder público não atrapalhe ou que as grandes forças privadas não exerçam nenhum tipo de constrangimento – mas igualmente de liberdades vistas como positivas, ou seja, as liberdades “para”, cuja efetivação depende de ações afirmativas, deliberadas.”.

¹³ A merecer a leitura o posicionamento jurisprudencial de outros países acerca do princípio de proibição do retrocesso social, Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição de retrocesso social*, in *Separata de Estudos em homenagem ao Professor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006, pp. 783-850, especial para este fim, pp. 796-810.

¹⁴ Expressão utilizada por Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais – Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, 2006.

Não se duvida da legitimidade e mesmo a angústia de todos com relação ao retrocesso de direitos em face de alteração de determinada política pública. Contudo é possível imaginar um Estado Social que somente progride no âmbito de proteção de todos os direitos, diante de tantas implicações fáticas e jurídicas? A doutrina que faz a defesa do mencionado princípio tem verdadeiro apoio em normas constitucionais? Há outros princípios capazes de salvaguardar os excessos ilegais do legislador ordinário, os abusos do poder político? Pretendemos responder essas questões.

É nosso objetivo principal uma reflexão crítica acerca das funções constitucionais do Poder Judiciário em matéria de controle de política pública de direito social. Essa reflexão não visa tão somente afastar o poder judiciário de tão importante questão constitucional, mas estabelecer possibilidades de exercício do controle de políticas públicas, sem afetar o princípio da separação de poderes, com legitimidade e principalmente, utilidade das decisões.

A legitimidade visa atender a um padrão do Estado Constitucional – limitação do poder; a utilidade, contribuir para a efetividade dos direitos sociais, uma vez que a decisão judicial, muitas vezes, cai no vazio fático da absoluta inoperância. Transforma-se em discurso jurídico, muitas vezes enfadonho e de difícil aplicação prática.

Pretendemos, ao final, estabelecer alguns parâmetros constitucionais de controle das políticas públicas – limites de atuação do poder jurisdicional, mormente em sede de fiscalização pelos Tribunais Constitucionais, a partir de uma leitura constitucional de princípios estruturantes.

Não nos furtaremos a enfrentar os problemas e as objeções ao controle jurisdicional das políticas públicas. A partir da estrutura da norma de direitos sociais na sua dimensão positiva (dever de promoção do Estado), a

abordagem do nosso estudo avança sobre a indeterminabilidade da norma de direito social, o princípio democrático, a prevalência do poder/dever de legislar do parlamento, a liberdade de conformação do legislador e a reserva do possível.

Não deixemos de lado o ponto crucial desta tormentosa questão jurídica do controle: o princípio da separação de poderes. Ao mesmo tempo em que buscaremos nele a limitação das funções dos poderes, esse mesmo princípio tem o condão de justificar a atuação da justiça constitucional, a partir dos conhecidos mecanismos de controle recíproco, *checks and balances*¹⁵.

A temática do princípio de separação de poderes convocar-nos-á ao tema do ativismo judicial. Não é plausível enfrentar a problemática do controle judicial de políticas públicas, sem tocar nesse tema que, de certa forma, divide a doutrina. Percebe-se claramente que a comunidade jurídica não aprecia o rótulo, mesmo aqueles que defendem uma atuação mais ampla dos Tribunais Constitucionais.

Enfim, quais os critérios de controle? Quais os limites do controle judicial em sede de políticas públicas e, nesse trabalho, com corte metodológico dos direitos sociais? Seria a proibição do retrocesso social um princípio ou apenas um desejo de todos? Pode ser utilizado como parâmetro jurídico de controle de políticas públicas, quando utilizadas as Constituições de Portugal e do Brasil¹⁶ como parâmetro? Em que sentido?

Bem entendida a relação entre direito social e política pública, como a norma de direito social se estrutura nas constituições estudadas e as dificuldades para o seu aproveitamento efetivo antes de ser conformada pelo

¹⁵ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, p. 251, “[D]...Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks and balances*) e uma organização jurídica de limites dos órgãos do poder.”.

¹⁶ Doravante utilizaremos as siglas CRP76 e CRB88, respectivamente.

legislador, urge pontuar a base dogmática de controle, alguns princípios estruturantes que assumem especial relevo no controle judicial¹⁷.

Finda a primeira parte, já com bases dogmáticas e pressupostos bem-postos, passamos a visualizar condições de enfrentar o problema do controle judicial de políticas públicas nos limites de sua competência e legitimidade constitucional, propondo parâmetros desse controle.

Não se duvida da importância da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual não nos parece pertinente prescindir desse poder como forma de controlar as atividades estatais, ainda que em sede de política pública, desde que respeitados os limites impostos pela legitimidade auferida pelos constituintes.

Se a crise do Estado Social é uma realidade, não menos real é o perigo de um fracasso irremediável desse modelo, que nos é tão caro. Consideramos já suficientemente provado que o discurso utópico do “sempre mais para todos” apenas alimenta aqueles que não acreditam no modelo constitucional vigente e buscam, na própria ineficiência do sistema, elementos para questioná-lo.

A indagação que se faz em meio a tanta crise é: qual o “Estado necessário?”¹⁸. Pode-se exigir cada vez mais, como se os recursos indicassem o infinito, ou é prudente um agir responsável, que reconhece as carências e elege prioridades, para esta e as futuras gerações, sem submetê-las a opções imutáveis, petrificadas¹⁹, que longe de subsistir à ação

¹⁷ Como norte e premissa de tudo, o inafastável princípio do Estado Social, retirado do art. 2º da CRP76 e dos art. 1º a 3º da CRB88. Estamos a falar de um Estado Social que compreende a importância dos deveres de proteção e prestação sociais alocados na Constituição, antes de tudo, voltado para as necessidades do seu povo, a partir de políticas econômicas e sociais que resguardem direitos, com foco na dignidade da pessoa humana e na liberdade.

¹⁸ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed., Porto Alegre, 2012, p. 467.

¹⁹ Cfr. John Elster, in *Ulysses and the Sirens, Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, 1984, p. 93, nestes termos: “Cada geração quer ser livre para vincular as

do tempo, deterioram o sistema como um todo, gerando mais desigualdades?

As opções políticas, os juízos de prognose de um governo, leia-se, planejamento, estão sim, submetidos a legalidade constitucional. Ninguém duvida. O que não nos parece adequado, sob o ponto de vista jurídico, é prescindir da legitimidade das escolhas.

A democracia é concebida para, enfim, espelhar o desejo da maioria, respeitando as minorias. Essas mesmas minorias de hoje, poderão ser maioria amanhã, e as opções políticas irão modificar, devem modificar. Melhor seria que feitas de forma responsável. Melhor que as opções legislativas, boas ou más, sejam reverentes à democracia²⁰.

No mundo hodierno não nos faltam exemplos de mudança de trajetória política ou mesmo rumos na política. O maior, a eleição no país mais poderoso do mundo. De Obama a Trump²¹, haveremos de experimentar grandes mudanças, inclusive na seara social, e nem por isso espera-se uma ruptura com a democracia ou com a própria constituição.

Ao final, dedicaremos um capítulo à análise do controle de políticas públicas de direitos sociais em tempos de crise financeira e os critérios para o enfrentamento do problema, sempre que possível, com referências a julgados e o vacilante posicionamento dos Tribunais Constitucionais acerca do tema, ora sinalizando uma maior intervenção – ao

*gerações seguintes, mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores” apud J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 74 e 1449. O autor aborda o tema, nominando-o “paradoxo intergeracional”. Por todos e com profundidade, Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte – ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, Coimbra, 2000, pp. 141 e ss.*

²⁰ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O Controlo Jurisdicional...*, p. 164. O autor aborda a interdependência da democracia e Estado Social, com a qual concordamos.

²¹ Quando escrevi este parágrafo, especificamente, era 19.1.2017, um dia antes da posse do 45º. Presidente dos Estados Unidos da América. Fiz questão de mantê-lo assim, sem modificações, para dar sentido ao que pretendia demonstrar.

ponto de legislar - ora praticando uma maior autocontenção, que muitos criticaram como sendo um favor *legislatoris*.

A abordagem do controle judicial de políticas públicas de direitos sociais em tempos de crise financeira tornou-se fundamental nos tempos atuais, seja pelo auspicioso tema do ativismo judicial, como também pelo momento histórico vivido por Portugal de 2010 a 2014, ainda sentida, como também pelo Brasil, desde 2014, agravada com o passar do tempo pela inação estatal e crise política de 2015/2016.

O desafio desse capítulo é identificar como os governos, legislador e executivo, devem tratar as políticas públicas em tempos de crise e os reflexos na atuação do Judiciário.

Para que o leitor não crie expectativas, delimitamos nosso trabalho, de forma que não se verá abordagem histórica, sociológica e filosófica sobre o tema, o controle de constitucionalidade por omissão, em que pese a referência, a jurisprudência de outros países, senão Brasil e Portugal, o poder de revisão constitucional e o controle de políticas públicas relacionadas aos direitos de liberdade.

Finalizamos nossa introdução com uma nota. Qualquer que seja a abordagem que se faça em matéria de direitos sociais, inevitável a contaminação com a visão política de cada pessoa que abraça o estudo, seja como escritor, seja como leitor. Contornos políticos e ideológicos são inevitáveis em razão do tema ser sensível a qualquer cidadão, mormente em Estados, como o Brasil, de absoluta carência do mínimo para a sobrevivência digna, nomeadamente na saúde, educação, segurança pública e habitação. Estamos falando do básico, do essencial.

Se o Estado não implementou o mínimo, estamos a falar do Brasil, em especial, porque não esperar de vários segmentos da sociedade, inclusive o jurídico, um apelo para a moral e a ética.

Importante ressaltar que o viés ideológico deixamos de lado. A premissa de nosso estudo é o Estado Social, consagrado nas duas constituições em análise, com conotação essencialmente jurídica e dogmática do tema, em posição de neutralidade política e partidária.

PARTE I – A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS SOCIAIS

2. O direito social na Constituição

Direito social é um direito fundamental²²? Muito embora a discussão acerca da jusfundamentalidade dos direitos sociais esteja arrefecida na doutrina, que majoritariamente a agasalha de forma positiva, importante marcar nossa posição, inicialmente, a partir da leitura das Constituições de Portugal e do Brasil.

Não nos sobram dúvidas acerca da fundamentalidade dos direitos sociais²³, perdendo força os argumentos em contrário, seja pela positivação desses direitos, seja pelo significado e conteúdo frente ao princípio do Estado Social^{24 25}.

²² Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais no Século XXI, *In: PEREZ ROYO, Javier. Et al (ed.), Derecho Constitucional para el Siglo XXI: Tomo I*, Navarra, 2006, p. 21, acesso em 1.12.2016, <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/andrade.pdf>, “Em primeiro lugar, pela importância do seu radical subjectivo. O núcleo estrutural da matéria dos direitos fundamentais é constituído por posições jurídicas subjectivas consideradas fundamentais e atribuídas a todos os indivíduos ou a categorias abertas de indivíduos. É certo que, como já se foi dizendo, esse elemento subjectivo não abrange a totalidade dos efeitos jurídicos das normas respectivas, que por vezes se limitam a estabelecer garantias para essas posições jurídicas. Mas o elemento subjectivo é nuclear na estrutura dos preceitos e mostra-se preponderante na sua aplicação prática.

Em segundo lugar, a função de todos os preceitos relativos aos direitos fundamentais há-de ser a protecção e a garantia de determinados bens jurídicos das pessoas ou de certo conteúdo das suas posições ou relações na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários. Os preceitos que não atribuam posições jurídicas subjectivas só pertencem à matéria dos direitos fundamentais se contiverem normas que se destinem directamente e por via principal a garantir essas posições jurídicas.”

²³ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf.

²⁴ Art. 2º da CRP76 e dos art. 1º a 3º da CRB88.

²⁵ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais do Século XXI..., p. 49, “Por nossa parte, julgamos que o sistema dos direitos fundamentais da nossa Constituição retira a sua unidade de sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, entendida como

A doutrina reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais, nas suas diversas posições jurídicas²⁶, de duas formas, em sentido formal e material²⁷. O direito é fundamental, no primeiro aspecto, quando inserto no texto constitucional, garantindo a sua supremacia no ordenamento jurídico, a força vinculante da posição hierárquica da norma fundamental e uma proteção especial decorrente da rigidez das normas constitucionais²⁸. Ao alçar tal *status* na ordem jurídica, o direito torna-se, sobre o aspecto formal, fundamental.²⁹

Diante da posição jurídica dos direitos sociais no texto da Constituição – e não faltam exemplos nas Cartas Magnas de Portugal e Brasil – o constituinte retirou da esfera de disponibilidade dos poderes

dignidade de homens livres. Os direitos fundamentais, que nasceram e cresceram de uma raiz liberal tiveram de adaptar-se às novas necessidades sociais, às novas formas de defesa da dignidade humana dos indivíduos, mas continuam a ter sentido apenas se não perderem essa matriz libertadora que constitui o momento da tradição que permanece na sua história, que se vai fazendo — a liberdade não foi ultrapassada pela socialidade, o liberalismo é que foi posto em causa pela socialização.”

²⁶ Ver capítulo 5, *infra*.

²⁷ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, pp. 520-523; em sentido aproximado, no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, pp. 74 e ss.; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo, 2004, pp. 244 e ss.; Gilmar Mendes Ferreira Filho, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2009, p. 293. Em Portugal, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais, Tomo IV*, 5ª ed., Coimbra, 2014, pp. 9-16 e 100 e ss.; Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, 2014, pp. 551-552, embora reconheça-os como fracos em relação aos direitos, liberdades e garantias; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, 2003, pp. 1258-1259; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012, pp. 66 e 73-106.

²⁸ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 551. Esta proteção especial não se confunde com os limites materiais ou cláusulas pétreas. Para ser direito fundamental, não necessariamente está inserido nesse rol. Queremos ressaltar que independente de ser ou não uma cláusula pétrea, a norma com *status* constitucional já goza de uma garantia de que a sua subtração ou modificação de conteúdo passa por critérios normativos especiais, como por exemplo, quórum qualificado, impossibilidade de supressão pelo legislador ordinário, requisitos para restrição.

²⁹ Cfr. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, 2014, p. 41.

constituídos a escolha entre concretizar ou não concretizar os direitos sociais³⁰.

Nem por isso o compromisso jurídico torna tal tarefa de fácil solução. A concretização efetiva, veremos, está sujeita às condições jurídicas e fáticas, tornando-os, parece não sobrar dúvidas, vulneráveis às denominadas políticas públicas, que imprimem ritmos, graus e modos de realização³¹.

Pode-se arrazoar *quando* o direito será concretizado e *qual* a extensão do seu âmbito de proteção, mas jamais se deve ou não ser observado³².

Está fora de questão duvidar que um critério exclusivamente formal, como baliza para a estipulação de um conceito de direito fundamental, soa incompleto, diante da diversidade de posições jurídicas capazes de gerar um direito protegido pela norma fundamental. No entanto, é eficiente como critério de interpretação das opções axiológicas adotadas pelo constituinte, com o escopo de garantir a máxima proteção - oriunda de um regime jurídico de direito fundamental - a todos os direitos positivados pela ordem constitucional.

³⁰ Cfr. Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, p. 478, as duas Constituições enunciam objetivos – art. 3º da CRB88 - e tarefas – art. 9º da CRP76 -, que não são programas eleitorais, programas de governo ou políticas públicas. Para além disso, indicam uma exigência de efetivação, que não deixam dúvidas da real importância destes direitos para concretização do Estado Social.

³¹ *Ibidem*, p. 479.

³² Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 338: “O princípio da democracia económica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma atividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (cfr. Arts. 2º e 9º). No seu cerne essencial, o princípio da democracia económica, social e cultural é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discricionariedade legislativa* quanto ao <se> da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao <como> da sua concretização.”.

Não nos parece referência de diagnóstico jurídico dizer que por ser direito fundamental tem proteção especial pelos limites materiais do poder de revisão, cláusulas pétreas, ou ao contrário, é uma cláusula pétrea, por extensão, ou limite implícito, e, portanto, é direito fundamental.

Não nos ocuparemos dessa antiga controvérsia. Certo é que em posição destoante da maioria da doutrina brasileira e, em certa medida, da portuguesa, estamos defendendo que a fundamentalidade do direito social nada tem a ver com os limites materiais do poder de revisão, seja porque adotamos a interpretação restritiva para as cláusulas pétreas da CRB88, art. 60, §4º, IV, seja porque rejeitamos a teoria dos limites implícitos.

No Brasil, a opção do constituinte, boa ou má, foi de proteção especial do direitos e garantias individuais, portanto, não abarcando os direitos sociais, políticos e coletivos, de acordo com o art. 5º da CRB88³³. Em Portugal, os direitos sociais também não estão no extenso rol do art. 288º da CRP76.

Independente dos limites de proteção outorgado pelo constituinte para os direitos sociais, e ainda que se adote, como dito, a ausência da proteção no rol dos limites materiais do poder de revisão, nem mesmo assim, o direito social deixa de ter força normativa de supremacia no ordenamento. Como tal, estaria, no mínimo, submetido aos limites formais (procedimento agravado de reforma)³⁴. De fato, como parte integrante de uma Constituição escrita, como o é nos países em referência, é formalmente fundamental.

³³ Cfr. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais ...*, pp. 42/43, com indicações. Remetemos ainda ao nosso relatório no Seminário de Direito Constitucional, *A Relevância jurídica dos limites materiais ao poder de revisão constitucional em matéria de direitos fundamentais*, Professor Doutor Regente José de Melo Alexandrino, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, pp. 36-41.

³⁴ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 74.

No que tange ao seu aspecto material, a fundamentalidade da norma conduz a sua importância axiológica, ou seja, referência para o intérprete, para o legislador, a força do seu mandamento, da proibição ou da ação mandamental³⁵. Sua força normativa, espelhando o compromisso com o Estado Social, traduz-se em vinculação ao legislador ordinário³⁶.

A relevância material de um direito posto na Constituição tem relação não somente com a relevância jurídica do bem objeto de tutela da norma em si mesma, mas com a relevância jurídica do bem perante as opções do legislador constituinte³⁷. É assim dizer que da leitura dos fundamentos e objetivos (tarefas) da República³⁸ extrai-se a fundamentalidade de um certo direito³⁹.

Ao passo que para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, acrescentaria, fraterna⁴⁰, como fundamentos da República, sua realização depende da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Esses direitos representam posições jurídicas eleitas pelo constituinte para a estruturação da sociedade e do Estado, e não por acaso,

³⁵ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 521.

³⁶ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos Fundamentais...*, p. 364; em sentido aproximado, quanto a vinculatividade, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, 2006, pp. 204 e 209-210.

³⁷ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, *in Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, p. 18.

³⁸ Art. 1º e 3º da CRB88; art. 1º e 9º da CRP76.

³⁹ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed. Madrid, 2007, pp. 316-317, o traço diferenciador dos direitos fundamentais reside em quatro critérios axiológicos: nexa entre os direitos fundamentais e a igualdade (material), a democracia (que não pode contentar-se com a mera vontade da maioria) e a paz; acrescenta, por fim, o papel dos direitos fundamentais com as leis do mais fraco, que seria, no meu sentir, a conexão com os direitos sociais (por ser fundamental, o Estado não pode deixar ao largo as promessas emancipatórias do Poder Constituinte). Segundo o autor italiano, tais critérios correspondem a fins direcionados ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.

⁴⁰ Cfr. Maria Inês Chaves de Andrade, *A fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialéctica dos Opostos de Hegel*, Coimbra, 2010, pp. 119-149.

representam a sua relevância material⁴¹. São direitos ditos fundamentais em razão da correspondência intrínseca do objeto tutelado pelo núcleo desses direitos e o núcleo de valores que informam as Constituições do Brasil e de Portugal, de maneira mui especial, a dignidade da pessoa humana⁴², seja de forma direta, como saúde, educação e trabalho, seja de forma indireta, como a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ao mencionar a fundamentalidade do direito social, Jorge Miranda associa a igualdade a liberdade em momento históricos diversos, na concepção liberal e social, e conclui que o Estado liberal se refere a uma igualdade formal, a partir de um contexto de liberdade individual, ou seja, a sua liberdade está limitada pela liberdade alheia. Diverso seria no Estado Social, onde a liberdade estaria conectada a ideia de uma igualdade material⁴³.

⁴¹ Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 10ª ed., São Paulo, 1995, pp. 176-177, que vale a pena destacar “[D]...além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservado para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.”.

⁴² Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais no Século XXI...*, p. 22, “[E]... a consagração de um conjunto de direitos fundamentais tem uma intenção específica, que justifica a sua primariedade: explicitar uma ideia de Homem, decantada pela consciência universal ao longo dos tempos, enraizada na cultura dos homens que formam cada sociedade e recebida, por essa via, na constituição de cada Estado concreto. Ideia de Homem que, no âmbito da nossa cultura, se manifesta juridicamente num princípio de valor, que é o primeiro da Constituição portuguesa: o princípio da dignidade da pessoa humana.”; Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 551; em sentido aproximado, também frisando a importância da dignidade, liberdade e igualdade humanas, mas utilizando a terminologia *derechos humanos*, Antonio Enrique Pérez Luno, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, 2010, p. 50.

⁴³ Cfr. Jorge Miranda, *Manual – T-IV...*, pp. 39-40, “Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se, doravante, de atos públicos em autônoma discricionariedade. Onde preexistiam

A importância dessa abordagem está na compreensão que o direito social é fundamental a partir do momento em que se admita uma diversa dimensão conceitual da igualdade e liberdade daquela tradicional do Estado Liberal⁴⁴.

Em que medida o entendimento do sentido material dos direitos fundamentais – vinculada a ideia de dignidade da pessoa humana, a igualdade material - é útil ao intérprete, seja ele administrador, legislador ou juiz?

Se cumpre ao agente públicos, como *longa manus* dos poderes da República, o respeito aos objetivos do Estado plasmados em uma Constituição democrática fundada na igual dignidade humana e bem-estar social, leia-se, *sociedade livre, justa e solidária*, o esforço em dar efetividade aos direitos sociais como *condições de liberdade*⁴⁵ e de realização desses objetivos⁴⁶ deve ser um compromisso.

De certa forma, não há como definir o que seriam os direitos fundamentais sociais em sentido material desconsiderando os valores ideológicos subentendidos na própria Constituição. Entenda-se não somente

direitos, imprescindíveis, descubrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*.”

⁴⁴ *Ibidem*, p. 42, para quem o parâmetro de interpretação e aplicação do direito no Estado Social é completamente diverso; segundo o autor, a liberdade igual para todos é construída através de uma correção da desigualdade e não de uma igualdade sem liberdade. Nesse sentido, parece-nos clara a ideia, com a qual concordamos, que a concepção do Estado Social tem como parâmetro indissociável a democracia; ainda em complemento ao raciocínio desenvolvido pelo autor, ver *ibidem*, p. 101.

⁴⁵ Cfr. Cláudio Pereira de Souza Neto, A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros, in *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Cláudio Pereira de S. Neto e Daniel Sarmiento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, p. 521. O autor, em nota, cita diversos outros autores que fazem referência ao que foi dito.

⁴⁶ A humanidade como referência, com os valores arraigados de solidariedade e fraternidade social, sem desgarrar da indissociável importância da liberdade é, sem dúvida, um compromisso plasmado pelo constituinte, em Portugal e no Brasil, nas duas Constituições vigentes.

naquele momento especial de *viragem histórica*⁴⁷, mas sobretudo na compreensão do conceito de constituição histórica, no sentido trazido na lição de José Melo Alexandrino⁴⁸.

Partindo do pressuposto que o Estado Democrático exige e se constitui, não só, mas a partir de princípios da liberdade e igualdade, como vimos, em sentido material, não apenas formal, temos bastante claro que direitos sociais, naturalmente, funcionarão como um amálgama capacitante para a efetivação desses princípios.

Se assim o é, estes direitos sociais, fundamentais materialmente, porquanto umbilicalmente ligados a ideia de dignidade da pessoa humana como referência valorativa⁴⁹, sobressaem, em sociedade plurais, com enormes desigualdades sociais⁵⁰, como normas de relevância ímpar, cuja efetivação, de políticas públicas responsáveis, elemento normativo também catalisador da própria dignidade⁵¹.

Conclui-se, portanto, que em um Estado de Direito, dito Social e Democrático, os direitos sociais apresentam-se fundamentais em sua

⁴⁷ Cfr. Jorge Miranda, *Manual – T-II...*, p. 100.

⁴⁸ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Reforma Constitucional – Lições do constitucionalismo português, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martin de Albuquerque, vol II*. Coimbra, 2010, pp. 9-35, no sentido de ser uma realidade que atravessa os textos constitucionais, sem destruir ou ser por ele destruída; e completa o autor, p. 11, ao considerar como principal virtualidade o “facto de ela projectar mais adequadamente do que nenhuma outra a relevância cultural do fenómeno constitucional, especialmente na sua dimensão social e política.”

⁴⁹ Para aprofundamento da temática da dignidade da pessoa humana como referência dos direitos fundamentais, Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 215 e ss.; no mesmo sentido, Ingo W. Sarlet, *A eficácia ...*, p. 93 e ss.; Jorge Silva Sampaio, *O Controlo Jurisdicional...*, pp. 193-198.

⁵⁰ Não é difícil compreender que cidadãos desprovidos de condições econômicas para prover, de forma autônoma, a moradia, alimento e saúde de sua família, estariam desnudos de sua própria dignidade. Nessa condição miserável, não há sentido algum falar em liberdade e igualdade em sentido material, somente formal, quando muito. A efetividade dos direitos sociais possibilita o resgate destes atributos indispensáveis para a vida digna.

⁵¹ Neste sentido, parece evidente que os chamados direitos a prestação, por representar a dimensão mais importante dos direitos sociais, como o direito a educação, segurança social, moradia e saúde, refletem concretizações diretas do princípio da dignidade da pessoa humana.

estrutura orgânica e funcional. Desta fundamentalidade extrai-se a necessidade de controle, que podem ser internos, feitos pela própria administração, governo e parlamento, ou externos, quando sobrevêm de outro poder. No que toca ao nosso objetivo, o controle judicial.

Nem por isso, veremos ao longo deste trabalho, os direitos sociais apresentam justiciabilidade plena⁵². Suas diferentes estruturas, ora funcionando em posição jurídica de defesa do indivíduo em face da intromissão estatal, ora com conteúdo prestacional, exigem diversas formas e diferentes níveis de controle judicial.

Tal controle, seja em qual nível ou esfera de atuação for, faz-se sobre as políticas públicas, tema que será objeto de nosso próximo número.

⁵² Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O Controlo Jurisdicional...*, pp. 212-214.

3. Políticas públicas de direitos sociais

Antes de tudo, o mais. Qual o conceito e para que servem as políticas públicas? Qual o seu elemento essencial e como ela se desenvolve? Ao final, políticas públicas de direitos sociais e direitos sociais possuem o mesmo tratamento jurídico na Constituição?⁵³

Amplamente citado, adotamos como referência o conceito estabelecido por Maria Paula Bucci⁵⁴, em razão de sua abrangência, para quem:

“Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à

⁵³ Segue a advertência de J.J. Gomes Canotilho, Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, *in Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2008, p. 101, acerca da necessária diferenciação entre direitos sociais e políticas públicas, “[Mas...} Esta indeterminação normativa explicaria, em grande medida, a confusão entre conteúdo de um direito juridicamente definido e determinado e sugestão de conteúdo sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. Por outras palavras: o “transformismo normativo” dará azo á passagem de um discurso juridico rigoroso centrado em categorias como “direitos subjetivos” e “deveres jurídicos” para um discurso político-constitucional baseado em programas concretizadores de “princípios sectores” e de directivas políticas. Iremos ver que este discurso tem algum eco – e justificado – na frequente confusão entre direitos sociais e políticos e políticas públicas de direitos sociais.”; em sentido oposto, entendendo que deva dar o mesmo tratamento jurídico a direitos sociais e políticas públicas de direitos sociais, quando previstos na Constituição ou mesmo após concretizados pelo legislador ordinário, Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 176-187, na esteira de Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, pp. 178-179.

⁵⁴ Cfr. Maria Paula Dallari Bucci, O conceito de Política Pública em direito, *in Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), São Paulo, 2006, p. 39; em sentido aproximado, Andre-Noel Roth Deubel, *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, 2002, p. 27 (tradução livre), "Política Pública é a existência de um conjunto conformado por um ou vários objetivos coletivos considerados necessários ou desejáveis, que por meio de ações tratadas por uma instituição governamental, com finalidade de orientar o comportamento de autores individuais ou coletivos, visam modificar uma situação percebida como insatisfatória ou problemática."

disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

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

De plano, vimos no conceito citado elementos que distinguem política pública da função jurisdicional, a saber: ações de governo, processos diversos, não exclusivamente judiciais, seleção de prioridades e meios para execução e graduação de tempo para sua execução.

Com efeito, é este conjunto normativo, governamental, com regulação transparente e clara, baseado em uma política de fomento estruturada, tendo como atores o setor público e o setor privado, com ações efetivas gravadas pela legalidade e probidade, é que permitirá o cumprimento das promessas estabelecidas em uma Constituição. Vejamos, pois, como ela se realiza.

O planejamento é o elemento essencial da política pública. Sem planejamento, a política pública encontrará muitas dificuldades de êxito; sem o planejamento, o controle é dificultado e a eficiência não pode ser aferida. O objetivo do planejamento é, pois, racionalizar o processo público de escolha de prioridades, meios e metas, de forma a permitir um agir concatenado de atos do poder público, com vistas ao cumprimento, no caso específico, de direitos fundamentais.

Uma boa política pública planejada exige ações de Estado coordenadas nas diversas instâncias de governo, legislativo e executivo, de forma a materializar os objetivos dispostos na carta política. A realização desses fins está conectada aos direitos sociais e econômicos, eis que são eles que dão condições materiais para uma existência digna⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. Eduardo Appio, *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*, Curitiba, 2005, p. 136.

No seio do direito público, o planejamento exige debate de setores técnicos e políticos, para que o objetivo avance para um resultado satisfatório, que poderá, não excepcionalmente, sofrer correções de rumos. Não há dúvida que a interface possível do técnico e do político se materializa, no regime democrático, nos parlamentos. A prática democrática⁵⁶ não só traduz em legitimidade do ato, como é possível, na audição das diversas tendências técnico-políticas, encontrar o melhor caminho da política pública para a consecução dos seus objetivos⁵⁷.

Uma política pública bem planejada desenvolve-se em etapas⁵⁸, que essencialmente e em sequência, podem assim ser resumidas: 1. Reconhecimento do problema; 2. Formação da agenda; 3. Formulação da política; 4. Escolha da alternativa estratégica; 5. Implementação da política; 6. Avaliação de resultados.

O reconhecimento do problema corresponde a identificação da situação de fato, com todas as suas circunstâncias, a necessitar de uma intervenção estatal – no caso específico do objeto deste trabalho, demandas sociais. A boa análise do problema mostra-se imprescindível para que a política pública a ser construída, nas próximas etapas, não se revele um combate ao efeito e não a causa, o que representaria perda de eficiência.

⁵⁶ Cfr. Leonel Pires Ohlweiler, Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, in *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, p. 297, “Com efeito, as políticas públicas serão compreendidas melhor quando problematizadas a partir da *polis*, ou seja, o local privilegiado no qual as condições de possibilidade de fazer acontecer o pacto social e político possam ser pensadas como âmbito de construção do impensado para a construção do destino democrático da comunidade. A principal característica do modo-de-ser das políticas públicas não está na sua materialização em planos de governo, que são tão somente veículos, mas em construir espaços públicos de sentido constitucional. Fazer política pública é erigir espaços comunitários constitucionalmente democráticos, formal e substancialmente democráticos.”

⁵⁷ Cfr. Maria Paula Dallari Bucci, *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, São Paulo, 2013, p. 33.

⁵⁸ Cfr. Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*, Belo Horizonte, 2ª ed., 2016, p. 39.

Identificado o problema, etapa técnica, inicia-se a formação da agenda, formulação da política pública e escolha da melhor alternativa. Nestas três fases seguintes, já há uma mistura de componentes técnicos e políticos, uma vez que a agenda passa por decisão de governo e vontade política do parlamento, não só para um programa que envolva execução de curto, médio e longo prazo, exploração das possibilidades de atuação, abarcando, nesta fase, a discussão da inter-relação das possibilidades de implementação de novas políticas com aquelas já em andamento, de forma a não causar, dentro do possível, descontinuidade, fragmentação, que sempre causa desperdício de tempo e dinheiro público.

Desenhada a agenda e identificadas as possibilidades de implementação, é chegada a hora de escolher, de fato, a política pública que será implementada. Ainda sobre o crivo do juízo técnico e político, cabe ao governo - executivo e parlamento, formular propostas, que, enfim, serão votadas no palco democrático, com decisão da maioria, entretanto com participação e respeito a minoria. Estamos discorrendo do palco para juízos de prognose.

Até este momento, percebe-se que o jurídico tem um papel secundário. Evidente que em um Estado Democrático de Direito, a legalidade do processo faz parte do sistema, bem como a compatibilidade da lei concretizadora com a Constituição, visto que várias políticas públicas já se encontram indicadas no texto constitucional. Portanto, como trataremos no capítulo 6, a liberdade de conformação do legislador não é totalmente discricionária. Há que se respeitar o projeto constitucional já legitimado. O controle possível seria pontual, ao transbordar da discricionariedade político-administrativa para a disfunção política⁵⁹.

⁵⁹ Cfr. Hermes Zaneti Jr., A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia, *in O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013, conclusão 7, "O controle da disfunção política do ponto de vista jurídico passa

Mas não está em causa esta ou aquela deformação, cujo controle jurídico de compatibilidade com a Constituição é de fácil solução. O que pretendemos deixar bem claro é que na formação da agenda, elenco de opções e escolha da política pública, a considerar a legalidade de todo o processo, o Judiciário não é chamado, não deve mesmo ser chamado, não tem legitimidade para intervenção. Bastante evidente que o componente técnico é levado em consideração, ou deveria sê-lo, mas ao final, o político prevalecerá⁶⁰.

Nas duas últimas fases da proposta que adotamos neste trabalho, a partir da referência já citada, está a implementação e avaliação da política pública. Com apoio da aprovação orçamentária, ou seja, da conjugação de atos de governo e parlamento, é o grande momento da execução, porquanto, do governo se espera a execução de todo o planejamento anterior.

A execução, é importante frisar, deve vir acompanhada de permanente avaliação, a permitir diagnósticos precisos de resultado e futuras correções no rumo previamente imaginado, seja em razão de escolhas que na prática não se revelaram eficientes, seja em razão de mudança de perfil do protegido pela norma, seja, enfim, pela sempre possível influência de variáveis econômicas e financeiras, crises internas e externas.

por identificar se ocorre, no caso concreto, proibição de excesso (Übermassverbot) ou proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot), ou seja, da ultrapassagem pelo poder público da margem do decidível, quer pela conduta comissiva, não decidível que, quer pela omissiva, não decidível que não. Em caso afirmativo, ultrapassadas as linhas máximas e mínimas, a intervenção corretiva é obrigatória, para garantia dos limites e vínculos que no constitucionalismo garantista decorrem da adoção de um modelo de direitos fundamentais.”

⁶⁰ Cfr. Luciano Benetti Timm, Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, in *Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”* Ingo W. Sarlet e o Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, p. 59, “[Ademais...] o Poder Judiciário porque preso a um processo judicial (e de seus princípios com a demanda, o contraditório, a ampla defesa) não ode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, coo já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente de tributação).

Estamos convencidos que a partir desta etapa é possível vislumbrar algum tipo de controle por parte do Judiciário, eis que impositivo como o é a lei orçamentária e eventual lei que concretiza a política pública, cumpre aos órgãos de fiscalização e controle da administração pública, interno e externo, o acompanhamento de tudo que diz respeito a execução da política pública, ao fundo, o cumprimento da lei e da Constituição.

Na segunda parte de nosso trabalho, exploraremos as diversas formas de controle possível e de que forma o Judiciário pode contribuir para o controle das políticas públicas, sem resvalar para o ativismo e decisionismo.

Certo é que tudo está a depender de uma formulação orçamentária bem planejada, capaz de espelhar as reais condições de execução, afinal, qualquer que seja a atividade estatal, há custos, que na implementação de políticas públicas de direitos sociais, em sua maioria, são ainda mais custosos.

Vale a pena lembrar, que os atos administrativos, mesmo aqueles chamados discricionários, ou seja, que passam por uma opção política do governante, estão submetidos a necessidade imperiosa de fundamentação. Esta fundamentação será um dos parâmetros para o crivo de legalidade.

Por fim, uma nota de diferenciação entre direitos sociais e políticas públicas de direitos sociais.

Neste ponto, cabe-nos ressaltar que para além dos textos constitucionais em referências declararem direitos sociais, alguns deles receberam tratamento específico, desde já, em nível constitucional. O legislador declarou o sentido que aquele direito deveria seguir, indicando as políticas públicas.

Por todos sabido que tanto em Portugal, como no Brasil, para além de enunciar direitos sociais, o constituinte optou por articular tais

direitos com políticas públicas. No Brasil, os direitos a saúde, educação e previdência social dispostos no art. 6º da CRB88, tem como diretrizes de suas políticas públicas os preceitos normativos dos arts. 194 a 214 da mesma Carta, de forma que não só o direito em si é um compromisso, como também a sua concretização por meio das balizas já postas às políticas públicas.

Em Portugal, no mesmo sentido, mas em formato diverso, do direito social é seguido, no mesmo artigo, das diretrizes estabelecidas pelo constituinte para a política pública. É assim no direito à segurança social, art. 63º, direito a saúde, art. 64º, educação, art. 73º, todos da CRP76 ⁶¹.

Devemos concluir, pois, que ao desenhar políticas públicas para alguns direitos sociais, não para todos, o legislador constituinte, antecipando-se ao legislador ordinário, criou uma rede de proteção maior a esses direitos, haja vista que a enunciação constitucional das políticas a serem executadas obriga com maior força e potência a implementação dos direitos correspondentes. Deixa de ser um enunciado puramente programático, como v.g. o direito a habitação, para criar deveres específicos, naturalmente, sindicáveis com maior facilidade, pela objetividade de seus enunciados.

Não há como fugir da conclusão que ao assim proceder, o constituinte direciona os temas prioritários de atuação do Estado, dentre o todo. Em alguns enunciados, criou-se verdadeiras regras a serem seguidas pelos governos⁶², o que torna perfeitamente judicializáveis. É sabido que a

⁶¹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões ...', pp. 112/114, ao abordar a consagração constitucional acoplada do direito social e da política pública e os problemas desta opção legislativa constituinte, maneja o que chamou de "des-introversão", que passaria pela desconstitucionalização das políticas sociais, sem "excomunhão" dos direitos sociais. O autor cita iniciativas subsidiárias da sociedade civil como hipóteses para uma verdadeira transformação na temática do dever de promoção estatal, o que ele chamou de solução imaginativa "no discurso saturado dos direitos e políticas sociais.

⁶² Art. 206, IV, c/c art. 208, IV, ambos da CRB88. É a conjugação do princípio da gratuidade do ensino público com a regra do dever estatal em fornecer educação infantil em creche e pré-escola para crianças de até 5 anos. Embora a cabeça do primeiro artigo citado enuncie

vinculação normativa das regras é mais contundente que dos princípios, na esteira das lições de Alexy. Sobre este tema, da sindicabilidade maior e menor, voltaremos a falar.

Certo é que o registro de Cristina Queiroz e Gomes Canotilho⁶³ da diferenciação entre direitos sociais e políticas públicas, tem essa importância, ao ensejo de dar maior ou menor proteção ao direito social.

Não que os demais direitos sociais, com políticas públicas não enunciadas na Constituição não estejam a indicar deveres de proteção do Estado, entretanto, é indiscutível, que quando falarmos nas limitações fáticas e jurídicas da implementação dos direitos sociais, quando trouxermos à baila as questões relativas a sindicabilidade ou judiciabilidade desses direitos, com exatidão será visto a maior ou menor proteção que a Constituição remete a esses direitos.

O temor de autores que enfrentam essa discussão da separação de direitos fundamentais sociais e políticas públicas, como Jorge Sampaio, já citado, é a redução do nível de proteção das políticas públicas já consagradas na Constituição, frente ao poder de revisão dela própria. Segundo esses, as políticas públicas ficariam mais expostas ao legislador de revisão, enfraquecendo a fundamentalidade do direito social.

No fundo, o que esses autores pretendem, é aumentar o grau de proteção, imaginando que, direito social e política pública de direito social são a mesma coisa, ou seja, sendo direitos fundamentais, não estariam passíveis de reformas constitucionais, porquanto abarcados pelos limites materiais do poder de revisão.

princípios, o inciso IV, é, de fato, uma regra, porquanto, no Brasil, o ensino público fundamental é, em absoluto, gratuito. De igual modo, quanto ao ensino básico, art. 74º, 2, "a", da CRP76, embora a alínea "e" do mesmo número valha-se da gratuidade progressiva em todos os graus de ensino.

⁶³ Ver Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 176-187.

Temos opinião absolutamente contrária, por inúmeras razões. Não nos aprofundaremos nesta questão, por não ser objeto dessa dissertação, entretanto remetemos os interessados ao nosso relatório no Seminário de Direito Constitucional⁶⁴, da primeira fase do Curso de Mestrado Científico, onde aprofundamos sobre o tema dos limites materiais do poder de revisão.

Em suma, adotamos a posição doutrinária da relevância jurídica absoluta dos limites materiais do poder de revisão, entretanto de forma restrita, admitindo que *“o alcance de proteção ao princípio também deve ser restrito ao conteúdo normativo nuclear. Esse deve ser preservado, de forma a tornar a essência do princípio imune a supressão, protegendo, por conseguinte, a Constituição na parte que lhe dá sentido, evitando uma ruptura ou transição para uma outra Constituição. No fundo, estamos admitindo a hipótese de alterar-se os enunciados, inclusive afetando posições jurídicas individuais, desde que respeitante o seu cerne principiológico, aliás, conforme pista já anunciada quando tratávamos da tese da relevância jurídica absoluta, na esteira das lições de Gomes Canotilho e Melo Alexandrino.”*⁶⁵.

Em verdade, admitindo tal posição, como já dito, é possível alterar os enunciados dos próprios direitos sociais, quando não, das políticas públicas enunciadas no texto constitucional. Não estamos falando de ficção jurídica, mas de realidade constitucional. Em Portugal e no Brasil, as políticas públicas, enunciadas nas respectivas Constituições, já foram objeto de mudança pelo legislador de revisão. No primeiro, em processo de revisão⁶⁶, no segundo, por emenda constitucional⁶⁷.

⁶⁴ Vinícius Miranda Gomes, *A relevância jurídica dos limites materiais ao poder de revisão constitucional em matéria de direitos fundamentais*, Professor Doutor Regente José de Melo Alexandrino, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁶ 2ª Revisão Constitucional, de 1989, em seu artigo 36º, modificou texto da política pública de saúde.

⁶⁷ Emenda constitucional nº 20/98 e 41/2003, que modificou o sistema de previdência social.

E o predicado dessa corrente doutrinária é o reconhecimento de que as Constituições, mais do que rígidas, devem ser estáveis. Para tanto, para acompanhar a realidade social, a realidade constitucional deve permitir-se atender ao binômio flexibilidade e continuidade. E os limites materiais possuem tal função⁶⁸.

Um segundo fundamento para se rejeitar a preocupação doutrinária de Jorge Sampaio é o fato de que não adotamos a teoria da indivisibilidade dos direitos de liberdade e sociais, como se fossem todos submetidos ao mesmo regime.

Por último, a discussão dos limites materiais implícitos do poder de reforma, também tratado no relatório já citado, de nossa autoria, parece tangenciar a preocupação de Jorge Sampaio com as políticas públicas terem tratamento diverso dos direitos sociais nas Constituições aqui referenciadas, mas que para nós, diante de nosso posicionamento de não aceitação de tais limites implícitos, perde o sentido⁶⁹.

Todas essas questões, ora tratadas de forma superficial, ao longo de nosso trabalho serão melhor compreendidas, diante do posicionamento que adotamos sobre o que compreendemos da Constituição.

Podemos concluir que o estabelecimento de direcionamento de políticas públicas para alguns direitos sociais, de forma expressa, nas Constituições Portuguesa e Brasileira, teve o sentido de criar regras ou objetivos mais claros para a atuação do poder político, sem dúvidas, mas longe de engessar esse mesmo poder, no balanço democrático e no caminhar de uma nação para outras exigências mais importantes.

Queremos deixar clara uma premissa, esta essencial para a compreensão do tema. As gerações futuras não podem ser prisioneiras das opções políticas do passado de forma inexorável, permanente e

⁶⁸ Cfr. Vinícius Miranda Gomes, *A relevância jurídica dos limites materiais* ..., p. 42.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 40.

incontornável⁷⁰. Há linhas mestras, conteúdos que são, de fato, pétreos. Entretanto, há um grande espaço para outros consensos. Se o mundo real muda, o jurídico será incapaz de engessar tais forças conformadoras dos novos tempos, sob pena de uma ruptura. Talvez esta sim, indesejável, pelo nível de vulnerabilidade que se coloca aos princípios estruturantes de uma Constituição, entre eles, e talvez o mais forte, a liberdade.

⁷⁰ Cfr. Marcelo Neves, *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, 2014, p. 225 “o excesso de ênfase na consistência jurídico constitucional pode levar a graves problemas de inadequação social do direito, que perde, então, sua capacidade de reorientar as expectativas normativas e, portanto, de legitimar-se socialmente.”. Entretanto, adverte o autor, com a qual concordamos, “Por outro lado, um modelo de mera adequação social leva a um realismo juridicamente inconsistente.”.

4. O controle das políticas públicas por meio do nominado princípio de proibição do retrocesso social – aproximação teórica e prática jurisprudencial

Nesse capítulo, pretende-se a apresentação de um estado da arte do tratamento dado pela doutrina e jurisprudência, de Portugal e Brasil, acerca da admissibilidade, em nível constitucional, de um bloqueio normativo (principiológico) ao retrocesso nas políticas públicas de direitos sociais, que acabe por viabilizar um maior controle judicial destas mesmas políticas públicas.

Isto porque, percebe-se, com alguma facilidade, que um dos argumentos jurídicos mais utilizados para o controle de políticas públicas pelos Tribunais, nada mais é que um esforço dogmático em cunhar a proibição do retrocesso social como um princípio constitucional e assim, tê-lo como instrumento normativo constitucional de controle.

O sentido da expressão retrocesso social que aqui buscamos é o normativo⁷¹, já que há outras possibilidades de retrocesso nesse campo, decorrente da má administração de recursos, da comparação com resultados anteriores (estatístico) ou mesmo decorrente de calamidades naturais.

O retrocesso normativo de direitos sociais decorre, na maioria das vezes, de dois fatores preponderantes: o político e o financeiro, e sem exclusão de um pelo outro, pode, sim, ser fruto da conjugação dessas circunstâncias fáticas.

⁷¹ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, O princípio da proibição de retrocesso social..., p. 811, o sentido da proibição de retrocesso social, para esta teoria, é de que “[D]...os direitos sociais podem, por si só, enquanto direitos fundamentais, ser invocados como fundamento de inconstitucionalidade de actuações normativas do Estado restritivas do acesso a prestações que o próprio Estado assegurava no âmbito da sua actuação de realização dos direitos económicos, sociais e culturais.”.

Sempre que uma norma que visa concretizar um direito social sofre alguma modificação, seja pelo legislador de revisão, seja pelo ordinário, posições jurídicas são afetadas, gerando discussão sobre a constitucionalidade do ato legislativo, que inevitavelmente, desaguam nos Tribunais.

Se assim o é, a abordagem das posições doutrinárias acerca da existência ou não do princípio da proibição do retrocesso social permitirá demonstrar como a posição teórica sobre tal tema influencia no grau de controle das políticas públicas de direitos sociais pelo Judiciário.

Indubitavelmente, aqueles que defendem a autonomia de um princípio de proibição de retrocesso social, ou seja, uma norma materialmente constitucional, já que formalmente não o é, o fazem na percepção que eventuais afetações à norma de direito social, se forem negativas, no sentido de suprimir direitos ou reduzir o âmbito de proteção daquele direito envolvido, estaria a legitimar uma atuação jurisdicional intervencionista na liberdade de conformação do legislador, ao argumento que este último, ao suprimir direitos que seriam derivados de um mandamento constitucional, violaria a própria Constituição.

A interligação entre o princípio de proibição do retrocesso social em direitos sociais e o controle judicial de políticas públicas é evidente, e como tal, devem ser entendidos seus argumentos, em sede de estado da arte, para os principais fundamentos jurídicos do referido princípio.

4.1. A doutrina portuguesa e brasileira

Antes de tudo, valemo-nos da referência dogmática de J.J. Gomes Canotilho.

Nas primeiras obras do Professor de Coimbra acerca da Constituição Portuguesa de 1976, e tomada como referência a “*Constituição Dirigente*”⁷², o argumento jurídico central e razão de existência do princípio de proibição do retrocesso social era a consciência jurídica geral⁷³.

Percebia-se que o autor, em um verdadeiro esforço dogmático, não desconhecia a liberdade de conformação do legislador para concretizar os direitos sociais, tampouco a restrição fática da reserva do possível, entretanto, entendia ser necessário dar maior rigidez às conquistas sociais do então jovem Estado Social, de forma que uma vez concretizado pelo legislador ordinário, transformava-se em direito de defesa, um dever do Estado de abstenção de retroagir em posições jurídicas conquistadas⁷⁴.

⁷² Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, O princípio da proibição de retrocesso social..., pp. 812-815.

⁷³ Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed. alemã, tradução de José de Souza Brito e José Antônio Veloso, Lisboa, 1969, p. 491, “Muitas vezes, o Direito tem de ser descoberto pelo juiz, num processo de conhecimento criador, isto é, tem de ser produzido por ele através de operações metodicamente conduzidas. Nesta tarefa, deverá deixar-se guiar pelos princípios de valor expressos na ordem jurídica, pelos princípios a esta imanentes, em última instância pela própria ideia do Direito – não por simples considerações de oportunidade, que caem exclusivamente ao legislador, nem por atitudes e estimativas pessoais, que podem ser apenas as de uma parte da comunidade jurídica, as de um grupo particular ou de uma mundividência determinada. O que é decisivo, em última análise, é que o resultado se harmonize com o conteúdo da consciência jurídica geral: dito de outro modo, com o espírito da ordem jurídica. Esta evolui no tempo, e com ela evolui o Direito. A ‘consciência jurídica geral’ tem sempre um conteúdo mais rico do que o da lei; contém noções jurídicas novas, critérios ético-jurídicos, ideias jurídicas concretas, que não encontram expressão na lei, ou que são apenas vagamente sugeridas por ela. O juiz, vinculado como está só à lei, só pode atender à evolução da consciência jurídica, em princípio, dentro dos limites da integração de lacunas.”.

⁷⁴ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador - Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra, 2001, pp. 411-415; do mesmo autor/Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, p. 131.

Entender o que é, de fato, a consciência jurídica geral, já não era uma tarefa das mais fáceis. Mais difícil tornava-se a comprovação de recepção do princípio nela mesma, na consciência jurídica de um povo. E ainda que fosse possível utilizar tal fonte argumentativa, a ponto de que aquele princípio estaria nela plasmada⁷⁵, este processo seria por demais lento e progressivo. É evidente a subjetividade intrínseca do conceito.

Em obras mais recentes⁷⁶, demonstrando honestidade intelectual, percebe-se uma mudança sensível, tanto no sentido de buscar um outro fundamento para o princípio, com mais consistência dogmática, bem como relativizando a sua aplicação⁷⁷.

A existência de uma democracia econômica e social⁷⁸ seria o suporte dogmático para a proibição de retrocesso social, à medida que atingido determinado grau de concretização normativa e efetivação do direito

⁷⁵ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 814, a admissão dos fundamentos de uma proibição do retrocesso social em uma fonte heterônoma, suprapositiva, como o é a consciência jurídica geral, é totalmente ocioso, “[A]...porquanto os efeitos com ela pretendidos seriam assegurados directa e plenamente pela ordem suprapositiva em questão”, sem qualquer mediação, “bastando, então, a própria força da consciência jurídica geral.”

⁷⁶ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 338. “No seu cerne essencial, o princípio da democracia econômica, social e cultural é um mandato constitucional juridicamente vinculativo que limita a discricionariedade legislativa quanto ao ‘se’ da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao *como* da sua concretização.”

⁷⁷ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 587, reconhecendo o pioneirismo do Professor de Coimbra ao introduzir o princípio na doutrina portuguesa e anotando a relativização do discurso inicial; no mesmo sentido, Jorge Miranda, *Manual -T-IV...*, p. 486.

⁷⁸ Como bem observa Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 816, a conjugação do princípio democrático com o princípio social para sustentar a existência de um outro princípio, o da proibição do retrocesso, traz, em si mesmo, uma grande contradição, o que levaria a uma tarefa de colisão de princípios, à medida que barreira advinda da aplicação do retrocesso social é no sentido de afetar o princípio democrático ou da maioria (se não for por esta razão, ficaria sem qualquer sentido). Com efeito, seja diretamente no parlamento, seja nos tribunais, pelo controle judicial de políticas públicas, o princípio de proibição do retrocesso social, segundo alguma doutrina que o sustenta, seria uma afirmação do princípio social, que tem um viés contramajoritário, uma vez que não leva em consideração eventuais maiorias que eventualmente estejam tendentes a comprimir, ainda que legitimamente, um direito social, por razões múltiplas.

social, como na educação ou na saúde, esses deixariam de ser um direito meramente programático e se converteriam em garantia institucional e um direito subjetivo.

De qualquer forma, Canotilho⁷⁹ reconhece que, frente a recessões e crises econômicas, a proibição em retroceder nada poderia fazer. Seria a chamada *reversibilidade fática*. Restaria, entretanto, ao referido princípio limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos (segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), já que a afetação retroativa do âmbito de proteção desses direitos violaria os princípios da proteção da confiança⁸⁰, da segurança jurídica e do núcleo essencial da condição mínima de existência, inerente ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Alguns desses princípios, estruturantes do Estado Democrático de Direito, igualdade, segurança jurídica, proteção da confiança, além de referência ao conteúdo essencial de direitos sociais, são citados como base teórica de fundamentação do nominado princípio de proibição de retrocesso social para a doutrina que o defende⁸¹.

⁷⁹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 338-340.

⁸⁰ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, O princípio da proibição de retrocesso social..., pp. 817-819, o autor desqualifica que o fundamento do princípio da proibição do retrocesso social estaria no da proteção da confiança, porquanto, por si só, este último abarcaria, suficientemente e com maior precisão dogmática, situações jurídicas que eventualmente seriam impugnadas pelo da proibição do retrocesso social. E com a vantagem de o primeiro melhor dialogar com o princípio democrático, posto que aquele outro teria um viés de juízo negativo absoluto.

⁸¹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 339-340, "O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei de segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado."

Não passa despercebido, todavia, e desde já, que tais referências denotam, com clareza, a dificuldade em se criar uma identidade dogmática e autônoma⁸² ao referido princípio. Nas palavras do Professor Blanco de Moraes, em diversas conferências, em tom crítico, o retrocesso social como princípio não passa de um *mix* de outros princípios⁸³.

A partir do momento em que se aceita a reversibilidade fática do direito social, compreende-se que o instrumental jurídico não foi suficiente para o controle das políticas públicas, como de fato, não é, devendo esta socorrer-se de circunstâncias político-administrativas, factuais, o que impõe reconhecer, salvo melhor juízo, que estamos na quadra de funções próprias do Poder Legislativo.

Parece-nos evidente que a relativização do âmbito de proteção do princípio da proibição do retrocesso social, para quem ainda acredita existir, reduz, na mesma proporção, a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, vez que abre a possibilidade, nessa seara de problemas, da esfera política (fática) sobrepor à esfera jurídica.

No momento em que fizermos a abordagem acerca do princípio da segurança jurídica, em especial, na sua vertente subjetiva da proteção da confiança, com maior estrutura jurídica-constitucional, ficará evidenciada uma maior garantia de proteção contra leis retroativas, ao que parece a preocupação dos autores citados, nos limites que se admite proteger, qual seja, extirpar direitos, no Brasil, chamados adquiridos.

⁸² Cfr. Catarina Santos Botelho, *Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas*, Coimbra, 2015, pp. 441-442, com citações de acórdãos do Tribunal Constitucional português.

⁸³ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 829, que reconhece tais entendimentos como posições mistas ou compósitas, todas padecendo do mesmo vício e contradições se vistas de forma separada. Como já referimos, ou o princípio da proibição do retrocesso encontra dificuldade para justificar sua autonomia, ou apresenta contradição na colisão com outros princípios, como o princípio democrático. Vide notas 76 e 78 supra.

José Carlos Vieira de Andrade⁸⁴, em posição cautelosa, pode-se dizer, intermédia, ao mencionar a posição jurídica adotada por Gomes Canotilho, ressalta pontos que nos parece importante anotar: (i) a proibição de retrocesso social não pode ser vista como um princípio jurídico geral, sob pena de comprometer-se, seriamente, a indispensável autonomia da função legiferante, porquanto contraria o Estado Democrático ter um legislador como órgão de mera execução de decisões constitucionais⁸⁵; e (ii) que uma proibição em termos absolutos do retrocesso social outorgaria aos direitos fundamentais sociais a prestações, já concretizados por legislação ordinária, uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos próprios direitos de defesa em geral, onde se admite, na Constituição portuguesa – art. 18 -, a restrição pelo legislador ordinário, preservado seu núcleo essencial⁸⁶.

As advertências do autor de Coimbra revelam sua preocupação, e para nós, não sem razão, com o congelamento ou engessamento da Constituição. De um lado, o fato de que se as normas que concretizam os direitos sociais pelo legislador ordinário fossem irreversíveis, até mesmo

⁸⁴ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 377-382.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 379, “[C]...A Liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, ainda que limitada, constituem características típicas da função legislativa.”. Acrescenta, em nota (65), que este limite não é de reserva, mas de um quadro normativo, em outras palavras, a Constituição como um todo, como já ressaltado supra, na posição de Melo Alexandrino. Ademais, para nós, impensável imaginar que a opção do legislador que primeiro densificou a norma não pudesse ser revista por outro, em momento posterior, como se uma norma de direito social, uma vez concretizada, somente pudesse ter aquele conteúdo, que passa a vigorar com absoluta autonomia. A mesma fonte que deu autoridade ao legislador para concretizar a norma deve possibilitar sua revisibilidade.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 379, nota 67; no mesmo sentido, Catarina Santos Botelho, *Os direitos sociais...*, p. 439; Carlos Blanco de Moraes, *Direito Constitucional II: Relatório*, Suplemento da RFDL, 2001, pp. 170-173; Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 244, “Na sua dimensão negativa, os direitos sociais passariam, através da proibição da sua afectação negativa após concretização legal, a usufruir de um grau de proteção e garantia não conferidas aos direitos de liberdade.”; José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, pp. 289-291, ao referir-se a interpretações ou circunstâncias que colocam em causa a efetividade dos direitos, liberdades e garantias, entre elas, “(vi)... 3) em suma, quando pudesse concluir-se que a proteção jurídica dispensada em geral ao direitos a prestações materiais era superior à constitucionalmente fixada para as pretensões de direitos, liberdades e garantias”.

diante de um novo quadro de realidade constitucional, a continuidade da Constituição estaria comprometida, podendo levar, em última análise, a uma ruptura. Por outro, o desrespeito às escolhas e alternativas das futuras gerações.

Em posição que também se pode dizer intermédia, Jorge Miranda, após sumariar o posicionamento de diversos autores portugueses sobre o tema, seguido da jurisprudência⁸⁷, demonstra certa preocupação com situações limites de recriação de omissões, o que considera inaceitável e, somente de forma relativizada, admite o princípio da proibição do retrocesso social, contra ab-rogação injustificada das normas legais que com as normas constitucionais formam uma unidade de sistema⁸⁸.

O Professor de Lisboa não olvida de dois importantes pressupostos estruturais dos direitos sociais: (i) que as maiorias parlamentares de cada momento histórico-eleitoral podem reconfigurar o modo e conteúdo de concretização; (ii) que há sujeição desses direitos a reserva do possível, mas que no entanto tais normas devem ser interpretadas de forma a extrair o máximo para satisfação das demandas sociais – “[H]... só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório.”⁸⁹.

⁸⁷ Cfr. Jorge Miranda, *Manual, T- IV...*, pp. 485-496.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 494-495; em sentido aproximado, desenvolvendo com mais profundidade o tema, Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 70-71, pp. 115-116; da mesma autora, *Direitos fundamentais sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006, pp. 47/49, “[A]... o Estado que se encontrava obrigado a actuar para dar satisfação ao direitos social, passa a estar agora obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.” A autora avalia que o mencionado princípio determina que uma vez realizado as prestações em certo nível, que ela chama de “concretização” ou “configuração”, o legislador não possa eliminá-las sem compensações ou alternativas. Uma vez consagrado o dever de promover a protecção social (dever de legislar), transforma-se no dever de não eliminar ou revogar essa lei; particularmente preocupado com a recriação de omissões, Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas – contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, 2003, pp. 247 e ss.

⁸⁹ Cfr. Jorge Miranda, *Manual, T- IV...*, p. 495.

Em posição contrária, a engrossar o coro de autores portugueses que entendem que o referido princípio não tem sustentação jurídica, de forma contundente, encontra-se Reis Novais⁹⁰, para quem não se compreende como o princípio da proibição do retrocesso social universalizou-se até mesmo onde os direitos sociais foram elevados a direitos fundamentais, com inquestionável proteção de natureza formal e material, decorrente da positivação constitucional⁹¹.

O autor, que rejeita o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) como fundamento para o princípio da proibição do retrocesso social, sustenta que ao contrário do que é dito pela doutrina, em si mesmo, o documento revela a inconsistência e as contradições da existência do referido princípio, não mais, não menos, porque lá é citada a obrigação de realização progressiva dos direitos sociais, mas em contrapartida deixa clara a possibilidade de deliberação que piore os direitos sociais já conquistados, desde que justificada, razoável e proporcional em um contexto de aproveitamento pleno dos recursos disponíveis⁹².

Por fim, vaticina que “[A]... tal concepção do princípio da proibição do retrocesso social entendida enquanto proibição de diminuição dos níveis outrora garantidos de realização dos direitos sociais, ou de um direito social em particular, não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em

⁹⁰ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, pp. 240-250; em sentido aproximado, Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva da Lei. A causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1996, pp. 383-386.

⁹¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 241. Para o autor, tal princípio, concebido na Alemanha, onde encontra razões pelo fato de a Constituição alemã não elencar direitos sociais - necessidade de criar uma barreira ao legislador ordinário alemão, levando a doutrina a criar a teoria da irreversibilidade, proibindo o retrocesso ancorado no Estado Social, de forma a evitar que tais matérias ficassem sujeitas a maiorias voláteis, como as demais matérias de menor relevo social -, é inservível para Portugal e Brasil, onde, diversamente, os direitos sociais estão elevados à categoria de direitos fundamentais, com amplo rol de direitos explícitos. Segundo ele, o princípio do Estado Social tem pouca densidade jurídica, sendo contraditório como o fundamento para uma proibição tão estrita e de alcance tão contundente.

⁹² *Ibidem*, p. 242 e ss.

qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade.”⁹³.

Carlos Blanco de Moraes afasta a existência do princípio de proibição de retrocesso social, em face da sua franca rejeição a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais⁹⁴, dos condicionamentos fáticos e políticos inerentes aos direitos sociais, tendo-os como direitos fracos, em relação a força dos direitos, liberdades e garantias⁹⁵ e, por mais razão, em face de sua preocupação com a hipertrofia dos direitos fundamentais, na tese daqueles que imaginam possível atribuição de natureza fundamental aos direitos sociais concretizados pelo legislador ordinário⁹⁶.

Para José Melo Alexandrino⁹⁷, “Na base da recusa de um princípio constitucional autônomo de “proibição do retrocesso social”, estão a consideração da Constituição como um todo, a realização da liberdade como um todo, a combinação dos princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado ao Direito, bem como a necessidade de uma resposta preferencial à satisfação das condições materiais (de existência, de autonomia e de poder) das pessoas e dos grupos em situação de maior desproteção”.

No Brasil, a doutrina majoritária defende a existência do princípio constitucional da proibição de retrocesso social, de igual forma, com um variado rol de fundamentos jurídicos, emprestado e confundido com outros

⁹³ *Ibidem*, pp. 244-245.

⁹⁴ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 599-601.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 551-552.

⁹⁶ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Direito Constitucional II – Relatório...*, pp. 167 e ss., em especial, p. 177-178. Segundo o autor, em tom de crítica, p. 177: “[T] alguma generosidade excessiva no processo inclusivo de novos direitos fundamentais de origem extraconstitucional se arrisca fazer eclodir conflitos dispensivos com os direitos explicitamente constitucionalizados e a diminuir a esfera de proteção de todos eles, abalando a certeza e a segurança jurídica das pessoas e gerando “*hipertrofia das constituições*.”. Cita como exemplo o *rendimento mínimo garantido*, p. 178.

⁹⁷ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, p. 540; do mesmo autor, *Direitos fundamentais – introdução geral*, Estoril, 2007, p. 148.

princípios, em especial, deduzido do Princípio do Estado Social e Democrático de Direito⁹⁸, peculiar de um princípio que para além de não ser expresso, não encontra terreno sólido para ancorar sua base dogmática de forma autônoma.

Ingo Sarlet, em referência ao tema⁹⁹, articula, em tom de crítica, que caso seja levado a efeito pelo legislador o posicionamento daqueles que defendem a inexistência do princípio em estudo - o legislador estaria limitado, de qualquer forma pelo princípio da proteção da confiança e necessidade de justificação de medidas reducionistas -, estaríamos diante de uma “fraude a constituição”¹⁰⁰.

Na contundência da expressão grifada, que não admite retoques, é fácil imaginar que o autor brasileiro estaria a defender a existência do princípio da proibição do retrocesso social¹⁰¹ de conteúdo absoluto, o que não é verdade e não seria inclusive, aceitável pela própria doutrina que defende a sua existência. De toda forma, a sua admissão a desconsideração de condicionantes fáticos e a separação de poderes, em casos limites, revela

⁹⁸ Para aprofundamento do tema em defesa do princípio de proibição do retrocesso social, com diversos fundamentos, na doutrina brasileira: Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2003, pp. 101, 108-109, 112, 116 e 118 e ss., especialmente, p. 322, sem utilizar o termo princípio, entretanto, no mesmo sentido; Felipe Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, 2007 e do mesmo autor, *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro*, in *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, pp. 343-382.

⁹⁹ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, pp. 447 e ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 453, cuja ressalva atribui, em nota, a Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva da Lei...*, p. 383.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 453 “Além disso, mediante a surpresa pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.”.

a posição do autor quanto a possibilidade aberta ao controle judicial de políticas públicas, a partir da utilização desse princípio.

Segundo Sarlet¹⁰², a aplicação do princípio de forma relativizada funda-se: (i) no **princípio do Estado Democrático e Social de Direito**¹⁰³, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, na sua íntima conexão com o princípio da proteção da confiança – na condição de elemento nuclear do Estado de Direito; (ii) no **princípio da dignidade da pessoa humana**, a exigir a satisfação pelo Estado de um mínimo à existência condigna para todos; (iii) no **princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais** – aqui numa leitura do art. 5º, §1º, da CRB88¹⁰⁴; em normas específicas de proteção contra medidas retroativas, nomeadamente, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito¹⁰⁵; (iv) e, por fim, na ideia que os órgãos estatais encontram-se vinculados à Constituição e aos atos anteriores, em clara referência a supremacia da ordem constitucional e sua força normativa.

No mesmo sentido, e ainda com maior força argumentativa, a qual temos reservas em relação às conclusões, é o entendimento de Luisa Cristina¹⁰⁶, que no epílogo de sua obra arrisca um conceito para o referido princípio como “norma jusfundamental adscrita, de natureza principial, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas

¹⁰² *Ibidem*, pp. 455-457.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 461, enfatiza a proibição do retrocesso social, quando concretizado. A considerar juridicamente válida a perspectiva do autor, infringido está o princípio democrático e, ainda, o que nos parece mais grave, cria uma limitação material de ordem infraconstitucional, quando nem mesmo há limitação nas Constituições dos dois países, ao menos expressamente, no que tange a direitos sociais. Ver nossa objeção na nota 78 supra.

¹⁰⁴ Art. 5º, §1º, da CRB88 - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹⁰⁵ Art. 5º, XXXVI, CRB88 - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁰⁶ Cfr. Luisa Cristina Pinto e Netto, *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre, 2010; com honestidade intelectual, que não falta ao trabalho, a autora disserta, a título de contraposição e crítica, as objeções à aceitação de um princípio de proibição de retrocesso social, *ibidem*, pp. 229-231.

infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar a sua eficácia”¹⁰⁷.

Registre-se o que é importante. Não se nega a necessidade de dar segurança jurídica às relações jurídicas, como decorrência lógica do Estado de Direito; não se pretende reduzir a importância da dignidade da pessoa humana e sua dependência da efetividade dos direitos sociais; como também não é por nós negado, como soa evidente, a força normativa e suprema da Constituição.

O que chama a atenção, como o foi na análise da doutrina portuguesa, é a inclinação dos doutrinadores em fundamentar a existência de tal princípio na citação de outros, que se assumidos de forma isolada, já garantiria a irretroatividade ilegítima dos direitos sociais, esta sim, que deve ser combatida. No fundo, a composição de princípios revela a enorme dificuldade dogmática em dar autonomia ao princípio de proibição do retrocesso social.

Digno de nota é o posicionamento da lavra de Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁰⁸, em contraponto a determinada doutrina brasileira, acerca do argumento de que o princípio da proibição do retrocesso social sustenta-se no art. 5º, §2º, da CRB88.

Certa doutrina¹⁰⁹ argumenta que os tratados internacionais de direitos humanos consagravam direitos, inclusive em nível constitucional, pelo que pactos e convenções que dispunham sobre esses direitos deveriam

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 227, conclusão n. 26.

¹⁰⁸ A referência à professora brasileira foi trazida pelo Professor Doutor Carlos Blanco de Moraes, nas aulas do Seminário de Justiça Constitucional do presente Mestrado, 2014/2015. O posicionamento de Anna Ferraz, aqui transcrito, reflete a leitura do artigo citado na referência abaixo, acrescido de observações, no que tange ao princípio da proibição do retrocesso social, em troca de mensagem eletrônica, onde, gentilmente, a referida professora respondeu aos nossos questionamentos.

¹⁰⁹ Esse é o entendimento de Flávia Piovesan, *Temas de Direitos Humanos*, São Paulo, 2009, p. 19, e sobre a proibição do retrocesso social, p. 89, *apud* Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 593, nota 1233.

revogar textos da Constituição, se fossem mais benéficos. Segundo a autora citada, tal entendimento é de todo equivocado¹¹⁰.

No artigo citado, Anna Cândida Ferraz explica que na vigência do §2º do art. 5º da CRB88, os documentos internacionais¹¹¹ não tinham força de norma constitucional e não poderiam revogar artigo constitucional que com eles conflitasse, principalmente em razão do princípio da supremacia constitucional. Logo, não era crível reivindicar ou promover estatura constitucional, por força de um tratado internacional, a qualquer outro princípio, especialmente se não escrito, como imaginaram possível o princípio de proibição de retrocesso social.

E, como reforço argumentativo, por mais razão, a autora completa que o §3º do art. 5º da CRB88¹¹², introduzido pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que reconhece aos tratados internacionais hierarquia equivalente às emendas, somente o seriam se aprovados conforme o procedimento próprio das emendas constitucionais.

Assim, ao que parece, tal parágrafo veio reforçar a interpretação de que os tratados anteriores tinham a força de norma infraconstitucional – como o Supremo Tribunal Federal, aliás, reconhecia, em ampla e

¹¹⁰ Cfr. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos*, in *Direitos Fundamentais & Justiça - ANO 8, nº 28*, pp. 125-152, jul/set 2014, em especial, pp. 136 e ss.

¹¹¹ No caso, trata-se do Pacto de São José da Costa Rica - Convenção de Direitos Interamericanos, que sequer é um tratado em sentido formal. Dispõe o Capítulo III, sobre direitos econômicos, sociais e culturais, artigo 26 - Desenvolvimento progressivo - “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

¹¹² Com a EC 45/2004 foi introduzido novo parágrafo (3º) ao art. 5º atribuindo aos “... tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

consolidada jurisprudência¹¹³ - não poderiam modificar a Constituição, mesmo em nome do princípio da lei mais benigna, até porque a invocação da lei mais benigna nem sempre é mais benigna de forma absoluta - pode ser mais benigna para uns e colocar em posição inferior outros direitos¹¹⁴.

Ao contrário do seu posicionamento, diz a professora, que parte da doutrina viu no novo dispositivo acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004 a consagração indiscriminada de todos os tratados de direitos humanos e a consequente aplicação, mesmo dos documentos internacionais anteriores à referida emenda, que não tinham a equivalência constitucional, como se constitucional fossem e, assim, com poder de revogar artigos da Constituição, desde que mais benéficos. Mais uma vez parte da doutrina exortava a noção do impedimento de retrocesso social.

Aderimos ao posicionamento da Professora de São Paulo e frisamos, a partir do raciocínio supra, que premissas equivocadas em tema de proibição de retrocesso social utilizadas pela doutrina que a defende neste argumento: primeiro, a de que Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana de Direitos Humanos - teria *status* constitucional e, segundo, em decorrência dele, a possibilidade do referido documento revisar a Constituição. Escorado nesse equívoco interpretativo que sobressaia, não menos grave, a conclusão de que o princípio da proibição de retrocesso social teria *status* constitucional.

Separar o que é um tratado com possibilidade de atingir dignidade constitucional, posterior a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o §3º ao art. 5º da CRB88, daqueles que se submetem tão somente ao regime estabelecido pelo art. 5º, §2º, da CRB88, parece-nos

¹¹³ Ver, por todos, HC nº 72131/RJ, de 23.11.1995, em que se afirma a natureza de leis ordinárias dos documentos internacionais. Novo entendimento do STF ocorrera no julgamento do RE 349.703/RS, de 3.12.2008.

¹¹⁴ A autora em referência dá o exemplo da liberdade de expressão e o direito a intimidade, questionando qual seria mais benigno em casos como esses.

indiscutivelmente a grande lição de Anna Cândida Ferraz. Em suma, espanca-se a possibilidade de dar fundamento constitucional ao princípio da proibição de retrocesso social com base no Pacto de São José de Costa Rica.

Acreditamos que o princípio da proibição do retrocesso social tem, em sua argumentação central, pelo menos três pontos frágeis: (i) aparta-se do princípio democrático, à medida que, tendencialmente, não respeita as opções políticas menos socializantes; (ii) em segundo plano, olvida das limitações fáticas, ou seja, da reserva do financeiramente possível, embora tente uma sobrevivência com sua relativização; (iii) por fim, juridicamente, escora-se em outros princípios de maior potencial jurídico constitucional, reconhecidamente estruturantes, quais sejam, segurança jurídica, a sua vertente subjetiva, proteção da confiança e proporcionalidade.

Ainda que o referido princípio encapsule um grande apelo social, justificação ideológica, baseado em um raciocínio intelectual envolvente e simpático às causas sociais, entendemos que não passa de um discurso político¹¹⁵, de uma retórica social permissiva em tempos de normalidade econômica, mas que por outro lado, indiscutivelmente, para além das três questões jurídicas intransponíveis, insustentável na quadra de crises econômicas.

Parece-nos evidente que em sede de controle jurisdicional de políticas públicas, a utilização do princípio de proibição do retrocesso social como fundamento de uma decisão interventiva na liberdade de conformação do legislador, seja para manipular ou impugnar por completo a lei, revela, por tudo que vimos, um traço político-ideológico incompatível com a função judicial, porquanto sem arrimo na legislação, notadamente na Carta Política. Em verdade, a retórica acima registrada funciona como coringa para o ideário ativista, instrumento de aplicação subjetiva do direito.

¹¹⁵ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 245.

Conteúdo essencial ou mínimo dos direitos sociais – uma nota

Considerando que boa parte da doutrina que defende o princípio da proibição do retrocesso social, na versão relativa, reduz tal norma a garantia do conteúdo essencial, trazemos à colação uma nota¹¹⁶.

As Constituições em referência não fazem menção expressa ao conteúdo essencial, ao menos na maioria dos preceitos normativos de direitos sociais¹¹⁷. E por mais que parte majoritária da doutrina defenda a existência de um núcleo essencial das normas de direitos sociais, não há qualquer consenso sobre a existência de um conteúdo mínimo determinável¹¹⁸.

Certo é que aqueles que defendem a existência do princípio da proibição de retrocesso social, veem nesse conteúdo essencial o limite máximo a restrição do âmbito de proteção da norma, a partir da qual atuaria a proibição do retrocesso social¹¹⁹. Essa mesma doutrina tem dificuldade em definir qual seria a essência de cada direito social¹²⁰. Há, sem dúvida, um

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 203-204, nota 224, sem adesão a proposta, cita o Comentário Geral nº 3 do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja ideia é a seguinte: “tendo embora em conta os constrangimentos financeiros que os afetam, os Estados estão vinculados, não apenas à realização progressiva e gradual dos direitos constantes do Pacto, mas também à realização de um núcleo mínimo (minimum core) de obrigações em ordem à satisfação, pelo menos, de um nível mínimo essencial de cada um daqueles direitos, designadamente de alimentação, cuidados de saúde primários, habitação e educação básica”.

¹¹⁷ Exceções se vê naquelas normas-regra, que objetivam aplicação de recursos em determinada área social – no caso do art. 198, §2º, da CRB88 - ou mesmo especificam a política pública a ser implementada pelo Estado – art. 74º, n. 2, 'a', da CRP76.

¹¹⁸ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, p. 833; a questionar a identidade desse conteúdo essencial, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 184, *in verbis*: “[A] o conceito de conteúdo essencial dos direitos fundamentais não pode ser utilizado como um mero lugar-comum, um *topos* argumentativo, que apele para a simples intuição do aplicador do direito.”. Estamos de acordo com o autor, já que a simples referência ao conteúdo essencial, a princípio, nada diz.

¹¹⁹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 339-340.

¹²⁰ Cfr. Luisa Cristina Pinto e Netto, *O princípio de proibição de retrocesso social ...*, pp. 174-175, admitindo a enorme dificuldade de estabelecer o mínimo a partir do conteúdo

discurso retórico de incremento do conteúdo dos direitos sociais, por meio de fórmulas pouco jurídicas¹²¹.

Vale anotar que para essa doutrina, a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações. Esse reconhecimento, acredita-se, deve estar incorporado em qualquer Constituição Democrática que presa pela dignidade da pessoa humana, seja como valor, princípio ou referência.

Não está em causa desconsiderar a importância jurídica da dignidade da pessoa humana. Em verdade, quando se questiona o conteúdo essencial do direito, o que se pretende perquirir, sob o ponto de vista jurídico, é o objeto a ser garantido, porquanto sem parâmetro, difícil é o controle judicial. É o que pretendemos nos ater.

Aqui está o motivo de nossa indagação para o que nos interessa. O conteúdo essencial do direito social é uma questão jurídica ou política: entendemos que, mais que jurídica, é política e, como tal, a merecer atenção de nossos parlamentos, legisladores e governos. Jamais se executa política

indeterminado da norma de direito social, a autora defende que os direitos sociais devam ser legislados ao menos no que tange ao núcleo essencial destes direitos necessário para sua eficácia. Segundo ela, este dever é adscrito a disposição de direito social, e não se configura como dever *prima facie*, mas como dever definitivo, com previsão constitucional, ainda que não se determine o conteúdo das normas a serem produzidas.

¹²¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, pp. 383-384, contra o conceito: "...o conteúdo normativo dos últimos limites referidos (conteúdo essencial, consciência jurídica geral) é tão pouco operativo no domínio dos direitos sociais quanto no domínio dos direitos de liberdade. Longe de conferirem alguma efectividade aos direitos jusfundamentais, estas concepções têm exactamente o efeito contrário: a violação do conteúdo essencial é sempre algo indeterminado ou puramente académico que, para lá de um efeito retórico de apoio, dificilmente encontrará algum campo de aplicação autónomo relativamente a princípios como os da proibição do excesso ou da dignidade da pessoa humana. Ao contrário, aquilo que de facto acaba por ter efectividade é o negativo desta mesma concepção, ou seja, a conclusão de que fica totalmente à disposição da intervenção restritiva do poder político tudo o mais que no direito fundamental se situe fora desse núcleo etéreo e nunca verdadeiramente delimitado do conteúdo essencial, como se, afinal, a garantia do conteúdo essencial não servisse para garantir, de facto, um tal núcleo, mas antes para libertar completamente o legislador restritivo em todo o espaço jusfundamental dito não essencial."

pública a partir de parâmetros retirados dos tribunais, ao menos quando esses parâmetros não são definidos na Constituição.

A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais decorre, para Virgílio Afonso da Silva¹²², do respeito à regra da proporcionalidade, sendo que em qualquer dispositivo constitucional, o seu conteúdo essencial tem valor meramente declaratório, não constituindo, em si mesmo, qualquer barreira imune a compressão.

Nestes termos, a fundamentação das decisões por meio do teste da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) representaria uma resposta ao operador acerca da constitucionalidade ou não daquela medida restritiva a direitos fundamentais.

Importa dizer que se passasse no teste da proporcionalidade, significaria, para o autor, que a medida restritiva, naquela hipótese posta à prova, não atingiu o conteúdo essencial e, portanto, é constitucional. Fácil constatar, portanto, que para ele, o conteúdo essencial é relativo¹²³, a depender da ponderação entre bens que se pretende proteger em cada situação fática.

Ressalta Carlos Bernal Pulido a impossibilidade de fixação de um conteúdo essencial mínimo de forma absoluta e definitiva, uma vez que o legislador está vinculado ao conjunto da Constituição e não a um direito em si, por duas razões inafastáveis, as colisões incompatíveis de normas

¹²² Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 202. Para melhor compreensão, com citações, pp. 183-207.

¹²³ *Ibidem*, p. 196, “Segundo os adeptos de um conteúdo essencial relativo, a definição do que é essência – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre os diversos direitos e interesses no caso concreto. Isso significa, sobretudo, que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, e poderá variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.”.

fundamentais, como dito no parágrafo anterior, e ainda a reserva do possível (fática e jurídica)¹²⁴.

Na esteira das lições de Melo Alexandrino¹²⁵, vimos com muita dificuldade a possibilidade de aceitar a existência mesmo deste conteúdo mínimo. Admite-se a existência de um conteúdo nuclear que busca identidade com o Princípio do Estado Social, proposto pelo constituinte¹²⁶. Referimo-nos as cláusulas constitucionais reservadas a saúde, a educação e a segurança social, as quais assumem uma ineliminável normatividade constitucional, com correspondente exigibilidade no plano da concretização ordinária¹²⁷.

¹²⁴ Cfr. Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2ª ed., Madrid, 2005, pp. 388-390.

¹²⁵ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 145, “Uma das ideias que francamente recusamos é a de que existiria um conteúdo mínimo em todos os direitos econômicos, sociais e culturais. A ideia de conteúdo mínimo (ou essencial), que já se entremostra de escassa valia para os próprios direitos, liberdades e garantias, só pode ser aceite para os direitos fundamentais sociais no plano filosófico ou no plano puramente argumentativo. No plano jurídico essa ideia colide com a sistemática e com a letra do artigo 18º, nº 3 (que apenas se refere aos preceitos constitucionais de direitos, liberdades e garantias); ela ofende a existência do art. 17º (que postula a diferenciação – e não a uniformização – dos direitos fundamentais sociais); ela ofende a *ratio* do artigo 17º (que é a de qualificar algumas figuras, e não todas as figuras); ela não resiste nem a observação da práxis, nem à observação das consequências que resultariam de sua admissibilidade (à sinéptica); por último, a hipótese pode ser compensada tanto pela aplicação do artigo 17º como pela admissão de eventuais cláusulas especiais de proibição do retrocesso, como ainda pela presença de eventuais garantias institucionais.”; em sentido aproximado, Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva da lei...*, pp. 383 e ss.

¹²⁶ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 510, *in verbis*: “Existe, contudo, uma dimensão nuclear do Estado social que pode ser considerada um limite implícito de revisão, já que, se todos os direitos sociais fossem removidos da Constituição esta perderia um dos seus elementos identitários, deixando de ser a mesma. Existe uma cláusula social implícita, integrada por obrigações com um conteúdo nuclear no domínio dos direitos de segurança social, saúde e educação que assumem uma natureza impostergável e não são passíveis de ablação absoluta mediante uma reforma da Lei Fundamental.”. Ressalva fazemos a nossa contraposição a tese dos limites materiais implícitos ao poder de revisão, citado na nota. Para uma compreensão de nosso posicionamento, com indicações, nosso relatório no Seminário de Direito Constitucional, *A Relevância jurídica dos limites materiais...*, pp. 40-41.

¹²⁷ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 359, as normas indicam diretivas ao legislador que, em princípio, não conferem aos seus titulares o poder de

Em nosso sentir, há pelo menos três objeções a definição do conteúdo essencial dos direitos sociais.

Em primeiro lugar, a própria redução desses direitos ou das obrigações tendentes a efetivá-los a um mínimo existencial pode comprometer a própria realização ideal desse direito, ou seja, uma gradualidade progressiva, partindo de uma premissa de acomodação estatal nas obrigações prestacionais exatamente nesse patamar minimalista¹²⁸.

Um segundo aspecto que chamaremos atenção aquando tratarmos da indeterminabilidade da norma diz respeito a quem e em que medida há espaço jurídico para a determinação do mínimo. A angústia que cerca tal doutrina diz exatamente à sua definição, haja vista as condições particulares de cada Estado. O mínimo em um país subdesenvolvido pode significar muito pouco em um país já desenvolvido.

Por fim, o último aspecto que gostaríamos de tocar diz respeito a desconsideração acerca das circunstâncias fáticas. Ao criar uma obrigação

exigir, já que indicam tarefas ao Estado no sentido de concretização da norma. Nem por isso, o autor de Coimbra entende que elas sejam programáticas, proclamatórias, visto que têm força jurídica de vinculação efetiva dos Poderes Públicos. Segundo ele a Constituição fornece critérios para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários, que por serem individualizáveis poderiam conferir posições jurídicas subjetivas ao plano constitucional.

¹²⁸ Com efeito, a inclusão de preceitos abertos no conceito de mínimo existencial, como afirmado por Ada Pellegrini Grinover, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, in *O controle jurisdicional de políticas públicas, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.)*, 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013, v.g., o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, evidencia, de per si, uma incapacidade de dar precisão ao que se quer defender, posto que se impossível definir o limite inferior da saúde básica, tal preceito aberto somente teria o condão de justificar a ineficiência do Estado em prestar um serviço de qualidade, sob o manto de que estaria a realizar o mínimo. Para nós, impensável, irrealizável, dogmaticamente sem fundamento, é aplicação do mínimo existencial como pressuposto imediato e direto para a judicialização de determinada política, como defendido pela autora citada: “O mínimo existencial corresponde, assim, à imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa, constituindo, mais do que um limite, um verdadeiro pressuposto para a eficácia imediata e direta dos princípios e regras constitucionais, incluindo as normas programáticas, que deveriam ser implementadas por lei.”

absoluta, a doutrina do conteúdo mínimo rejeita crises financeiras, tragédias naturais ou qualquer outro caso fortuito ou força maior como elemento dificultador da realização social.

Não é difícil perceber que tal hipótese mostra-se naturalmente irreal, dado que a impossibilidade de concretização de determinada obrigação social em momentos específicos acima referidos pode ser insuperável, tornando o tal conteúdo mínimo um compromisso abstrato.

Em verdade, nossa posição é de que o conteúdo essencial tem como pressuposto o texto constitucional. Onde o legislador constituinte exigiu uma prestação estatal em termos pré-definidos, como segurança social, educação e saúde, na CRB88 e menos na CRP76, há mínimos com exigibilidade marcante¹²⁹. Por outro lado, para certos direitos sociais, a remessa a concretização ao legislador ordinário, sem qualquer definição prévia, revela-nos maior dificuldade em se estabelecer o mínimo. Não nos conformamos, porquanto genérica, com as fórmulas multicitadas de vinculação a dignidade humana, cujo apelo sensível sob a ótica social não resolve, no plano jurídico, o problema, podendo criar uma margem a interpretação do operador do direito, designadamente, aos tribunais constitucionais, que perturbam o princípio democrático.

No plano sociológico e político, aceitável a ideia de conteúdo essencial como referência, como norte ao legislador do limite máximo de compressão de determinado direito social, entretanto, jamais no plano jurídico, sustentado por princípios ou valores de baixa densidade contedística, por afetar diretamente o princípio democrático.

¹²⁹ Art. 196 da CRB88 e art. 64º da CRP76; art. 194 da CRB88 e art. 63º da CRP76.

4.2. A aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na jurisprudência portuguesa e brasileira

A leitura histórica¹³⁰ do entendimento do Tribunal Constitucional português demonstra, com clareza, a relativização crescente do princípio de proibição do retrocesso, desde seu acolhimento como fundamento da decisão no Acórdão 39, de 1984¹³¹ ¹³², e depois, como aponta Melo Alexandrino, apesar das oportunidades do debate, em sucessivos arrestos, o afastamento do princípio como fundamento das decisões. Se não bastasse, nada como uma crise financeira para ser confrontado. Ao contrário da expectativa da doutrina que o defende, na chamada “jurisprudência da crise” sequer foi citado como fundamento de decisão.

Merecem destaque os multicitados Acórdãos nº 509/2002 e nº 590/2004, ambos considerados *leading case* pela doutrina.

O primeiro, Acórdão nº 509/2002, tratava do rendimento social de inserção, em substituição ao rendimento mínimo garantido. A impugnação a lei teve como fundamento a retração do âmbito de proteção da norma, que era de jovens a partir de 18 anos e passou para os 25 anos. Em sua decisão, embora um dos fundamentos da petição tenha sido a violação ao princípio da proibição do retrocesso social, o Tribunal Constitucional prescindiu de tal argumento e centrou os fundamentos de sua decisão, que declarou inconstitucional a norma, no direito ao mínimo da existência condigna,

¹³⁰ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, pp. 607-611, anotando que desde o *leading case* português, Acórdão 39/84, do uso do princípio de proibição do retrocesso social como fundamento da decisão, o Tribunal, aproximou-se, mas determinadamente, não o utilizou como fundamento da decisão (referências do autor até 2006, portanto, antes da “jurisprudência da crise”, que nos ocuparemos em seguida).

¹³¹ Acesso do conteúdo integral de todos os acórdãos do Tribunal Constitucional português aqui citados em www.tribunalconstitucional.pt

¹³² Acórdão 39, de 1984 – Tribunal acolheu como fundamento base da inconstitucionalidade da lei que pretendia modificar o Serviço Nacional de Saúde, o princípio da proibição do retrocesso social.

conforme art. 1º da CRP76, que por sua vez decorre da ideia de Estado de Direito Democrático, art. 2º da CRP76.

In casu, recorreu ao princípio da proteção da confiança, à segurança dos cidadãos em termos econômicos e sociais, advertiu acerca da ampla margem na realização ou conformação dos direitos sociais, limitada, todavia, em duas hipóteses de retrocesso: (i) onde a CRP76 contenha uma ordem de legislar suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar, com segurança, quais as medidas para sua exequibilidade, o legislador só pode retroceder no grau de proteção já atingido, de forma que a alteração legislativa não cause uma inconstitucionalidade por omissão; (ii) quando afeta o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios. Ou seja, pretenda proceder a anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A inconstitucionalidade ocorreu, exatamente, porquanto reconhecido que o legislador não respeitou os limites mínimos de eficácia do direito social, demonstrando adesão a tese dos Professores Gomes Canotilho e Jorge Miranda.

Na leitura do Acórdão nº 590/2004, cujo objeto de questionamento era a lei que tratava da revogação do regime de crédito bonificado para habitação, o Tribunal negou a inconstitucionalidade, aos argumentos: (i) a liberdade do legislador na eleição de medidas concretizadoras de uma política de promoção do acesso à habitação; (ii) necessidade de concordância prática do direito social à habitação com outros direitos e valores fundamentais; (iii) alteração do quadro macroeconómico, como evolução das taxas de juros, que permita ou exija a alteração da política pública; (iv) mercado de crédito à habitação em pleno desenvolvimento; (v) ineficiência no funcionamento do atual sistema de atribuição de crédito bonificado; (vi) alternativas mais eficazes para a execução da política pública de habitação.

Nesse segundo acórdão em apreço, além da reafirmação da liberdade de conformação do legislador, até com mais força – princípio da revisibilidade das opções do legislador -, ainda que novamente escorado na doutrina de Gomes Canotilho, como no Acórdão 509/2002, da necessidade de respeito ao conteúdo mínimo dos direitos sociais, o Tribunal Constitucional reconheceu que a política pública revogada, no fundo, já estava substituída por outras formas de garantir o acesso a habitação aos que dela necessitava. Por assim dizer, deu-se por satisfeito o limite da compressão ao direito social, o que nos remete a advertência da doutrina de Jorge Miranda, que admite a restrição ou retrocesso, desde que respeitada a proibição de aniquilação total dos direitos ou recriação de omissões.

A partir de 2011, já na chamada jurisprudência da crise, o Tribunal firmou os fundamentos de suas decisões, ora tendendo a fazer concessões ao momento de crise, ora acolhendo integralmente a impugnação com base nos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, designadamente, o princípio da igualdade, o princípio da segurança jurídica, também na sua dimensão subjetiva, o princípio da proteção da confiança e o princípio da proporcionalidade, utilizando-os como verdadeira função de controle do poder legiferante¹³³.

Chama a atenção o fato de que, chamado ao exercício da função de fiscalização de constitucionalidade, seja quando o Tribunal Constitucional reconhece a compatibilidade da lei restritiva de direito social com a Constituição, seja quando aquele Sodalício interviu de forma a afastar a lei

¹³³ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 751-755; em uma abordagem crítica de alguns destes acórdãos, *O Tribunal Constitucional e a crise – ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014, em especial os artigos de Maria Benedita Urbano, *A Jurisprudência da crise no divã – diagnóstico: bipolaridade?*, pp. 9-48; José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*, pp. 49-68; Gonçalo de Almeida Ribeiro, *O constitucionalismo dos princípios*, pp. 69-103; Miguel Nogueira de Brito, *Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional*, pp. 105-131; Luis Pereira Coutinho, *Formular e prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional*, pp. 243-261.

compressora do direito, em nenhuma oportunidade nos últimos 23 anos, teria fundamentado como razões de decidir no princípio de proibição de retrocesso social, nem mesmo como reforço de fundamentação. Há, de fato, uma clara tendência a cimentar os princípios estruturantes do Estado de Direito, da proteção da confiança e da igualdade¹³⁴, do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios¹³⁵.

Isto porque, mesmo em momentos mais agudos, seja financeiro ou político, o Tribunal Constitucional português deu prevalência ao princípio democrático e às escolhas legislativas no plano social. Alguma interferência houve, como ressaltado na nota acima, açodado, quem sabe, até mesmo pelo crítico momento histórico, que indicava o controverso estado de necessidade financeira¹³⁶.

Diverso, entretanto, é o quadro no outro lado do Atlântico. O Supremo Tribunal Federal tem se mostrado adepto da doutrina que admite a

¹³⁴ Nem sempre numa linha de coerência e integridade, como aliás aponta Gonçalo de Almeida Ribeiro, *O constitucionalismo dos princípios...*, pp. 69-103.

¹³⁵ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de direito constitucional...*, pp. 751-755, analisando arestos do Tribunal Constitucional desde 2011, o autor diz que na generalidade das decisões, ao nível de pressupostos e premissas maiores, o Tribunal aceita (somente no que diz respeito ao nosso tema) : “(i) restrição de direitos sociais por razões de exceção financeira e submissão das respectivas prestações à reserva do possível; (ii) o imperativo do relevante interesse público da sustentabilidade do sistema da segurança social; (iii) a admissibilidade de uma redução definitiva do valor de pensões como garantia da sustentabilidade estrutural desse sistema; (iv) a admissibilidade dos efeitos retrospectivos de medidas de redução de pensões em pagamento e o seu caráter não arbitrário; (v) ampla, embora variável, liberdade do legislador em tomar as decisões apropriadas para o referido fim de sustentabilidade.” E continua o autor, no que tange as premissas menores e às conclusões de inconstitucionalidade, o Tribunal considera: “ (i) que as restrições a direitos sociais, ditadas pela exceção financeira, são limitadas pelos princípios do Estado de direito como a igualdade e a proteção de confiança; (ii) que o interesse público não será adequadamente preenchido com cortes avulsos; (iii) uma redução definitiva no valor das pensões requereria uma reforma sistêmica; (iv) os efeitos retrospectivos onerosos sobre pensões em pagamento afetariam direitos tornados subjetivos e careceriam de uma justificação exigente pelo legislador, quanto a idoneidade, necessidade e justa medida do meio utilizado, frustrando expectativas legítimas dos seus titulares, as quais prevalecem sobre o interesse público invocado.”

¹³⁶ Sobre o tema, voltaremos no capítulo final deste trabalho.

existência do princípio de proibição de retrocesso social¹³⁷. Mas não se pode dizer que tal entendimento seja aplicado de forma uniforme nos julgados. Em verdade, quando se trata de análise de situações de reforma do sistema, como ocorreu com a previdência do setor público na Emenda Constitucional 41/2003 - ADI 3.105-8/2004¹³⁸ -, o Tribunal não impugnou a instituição de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas do serviço público, marcadamente um retrocesso em termos de direito social previdenciário.

Percebe-se da leitura dos referidos acórdãos, principalmente os dois primeiros, nota 137, que os fundamentos das decisões que mencionam o princípio de proibição de retrocesso social não conduzem em suas razões de decidir ao referido princípio de forma autônoma. Normalmente utilizado como reforço de argumentação e retórica discursiva, esse princípio vem acompanhado de outros estruturantes do Estado de Direito, como igualdade, segurança jurídica e proporcionalidade, a deixar manifesto que o chamado princípio de proibição do retrocesso social, mesmo entre aqueles que o consideram, não conseguem portá-lo de forma autônoma.

A multicitada decisão do Ministro Celso de Melo em precedentes e doutrina, ADPF 45-9, de 29.4.2004 justifica a sua transcrição parcial, embora longa, como forma de melhor ilustrar o ideário do Supremo Tribunal Federal, nessa matéria de controle de políticas públicas:

“[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerando o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

[...]

¹³⁷ AgRe 727864/PR, 4.11.2014; AgRe 639337/SP, 23.8.2011.

¹³⁸ Acesso ao conteúdo integral de todos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal em www.stf.jus.br.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

[...]

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (Grifos nossos).

Tal decisão demonstra a consciência do STF da separação de funções entre os Poderes da República, mas não deixa de advertir os demais

poderes dos objetivos do Estado Social e de uma possibilidade, para nós, inexecutável, de substituição da função legislativa pelo Judiciário, em casos de omissão injustificada. A decisão traz ainda citações acerca da reserva do possível, dignidade na promoção do bem-estar do cidadão, razoabilidade das pretensões do particular, prioridades estatais e condições mínimas de existência.

Não é possível extrair dessa decisão em que situações o Supremo Tribunal Federal agiria em substituição às instâncias majoritárias e tampouco em que medida, como fazer, porquanto, recheada está de postulados genéricos e abstratos. Tal decisão demonstra um campo aberto ao decisionismo judicial.

Para nós, tudo não pode passar de um caráter de mera advertência aos demais poderes. Não há como assinalar que a intervenção do Judiciário na consecução direta de políticas públicas é algo, para além de usurpação de poder, inexecutável sob o ponto de vista prático, já que este poder não tem como compelir os demais poderes a tal desiderato e não possui ferramentas para mensurar a capacidade econômica do Estado para prover o decidido.

O máximo que se pode extrair dessas linhas é uma responsabilidade do agente público pela omissão e as consequências deste *no facere*.

Podemos concluir que a atuação do Supremo Tribunal Federal em matéria de políticas públicas é marcada tendencialmente pelo ativismo judicial. Não obstante, da mesma forma que ocorreu na análise da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 41/2003, na recente história jurídica brasileira, após enorme querela, ficou pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, a questão da nominada “desaposentação”.

Em razão de sua importância e impacto social no Brasil, tratemo-la com mais cuidado. Desaposentação consistia na pretensão de milhares de brasileiros, que já aposentados/reformados, entretanto, continuavam a laborar e contribuir para a previdência social, requeriam o cancelamento do benefício de aposentadoria e a concessão de uma nova reforma, com renda mensal maior, pois do período básico de cálculo seriam incluídas as novas contribuições vertidas após a data da concessão do benefício cancelado.

A despeito de a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, vedar a utilização das contribuições dos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de nova aposentadoria ou elevação da já auferida, o entendimento de parte da jurisprudência dos tribunais inferiores era que a lei não poderia prever contribuições sem contrapartida direta e pessoal e, assim sendo, concediam a desaposentação aos requerentes, na maioria das vezes, sem exigir a devolução dos valores percebidos a título da aposentadoria cancelada.

Essas decisões, que em nosso sentir são um claro exemplo de ativismo judicial, olvidavam que o regime-jurídico de previdência adotado pelo Brasil assenta-se na composição de um fundo comum, cujos recursos são utilizados em prol de toda a seguridade, e não para o financiamento exclusivo do próprio benefício daquele que contribui. Há um verdadeiro pacto intergeracional, orientado pelo princípio da solidariedade.

Ademais, não é sem propósito que o §11 do art. 201 da CRB88, incluído pela Emenda Constitucional nº 20/1998, prescreva que “os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”. Ou seja, há uma reserva de lei para dispor sobre os casos em que as contribuições recolhidas à Previdência

repercutem ou não em benefícios previdenciários.¹³⁹

Importa registrar que antes mesmo da questão ser judicializada, a desaposentação foi discutida e rejeitada no palco democrático, no Congresso Nacional, a partir do veto presidencial¹⁴⁰, mantido pelo Parlamento, na forma prevista na Constituição, quando da tramitação do projeto de lei que culminou na Lei nº 13.183/2015, que entre outros, alterava os arts. 18 e 25 da Lei nº 8.213/1991.

Não obstante a vedação legal, para nós absolutamente clara, a Advocacia-Geral da União identificou, em meados de 2016, a tramitação, pelos mais diversos tribunais do país, de mais de 180 mil ações judiciais sobre desaposentação, até que, em 26.10.2016, o tema foi julgado em sede de Recurso Extraordinário, com repercussão geral¹⁴¹.

O resultado final foi que o Plenário, por maioria dos Ministros concluiu que, embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão legal desse direito. O Ministro Dias Toffoli salientou que a Constituição da República dispõe de forma clara e específica que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em

¹³⁹ Em hipótese análoga de transcendência da correspondência entre recolhimento versus benefício, o STF ADI 3.105/DF, de 18.2.2005, admitiu a constitucionalidade da EC 41/2003 que criara a contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados e dos pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, sem que houvesse nenhuma contrapartida pessoal, sob o argumento do voto vencedor que a inovação era feita em obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento; no mesmo sentido, Re 437.640/RS, de 2.3.2007; AgR 397.337/RS, de 14.9.2007.

¹⁴⁰ “As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada ‘desaposentação’, que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no §1º, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991.”

¹⁴¹ RE 661256 reconheceu repercussão geral ao tema; também julgados no mesmo dia os RE 381.367 e 827833. Até a última revisão desse trabalho a ementa não havia sido disponibilizada pelo STF.

que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação.

No dia seguinte (27/10/2016), o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”.

A presidente do STF, Ministra Carmen Lúcia, ponderou em seu voto vencedor que não se trata de ausência de tratamento da lei, e que os preceitos legais são condizentes com os princípios da solidariedade e com a regra do equilíbrio atuarial, inexistindo, assim, fundamento legal que justifique o direito à desaposentação, muito embora o tratamento legal venha de encontro à pretensão de milhões de beneficiários.

Ficou bastante claro nos votos condutores do acórdão que não cabe à justiça constitucional imiscuir nas funções próprias do Parlamento, visto que o benefício perseguido pelos trabalhadores dependia de lei.

Embora tal decisão denote um sinal de reverência ao princípio democrático, de respeito as instâncias democráticas no desenho das políticas públicas, não se pode dizer que o Supremo está afastando os postulados do ativismo judicial, inclusa a adoção do princípio de proibição do retrocesso social em suas decisões. Isso porque a corte constitucional brasileira não demonstra essa tendência com maior consistência, haja vista um número significativo de Ministros ainda defender o maior controle judicial de políticas públicas, em termos mais genéricos, como uma função do Supremo. Por outro lado, até mesmo as demais instituições, em especial o próprio legislativo brasileiro, culturalmente, está a aguardar um

posicionamento jurídico sobre determinada política, em total inversão de papéis.

A crise financeira que atinge o Brasil potencializa um ambiente de descumprimento de promessas constitucionais e por não ser tratada pelos demais poderes com a necessária transparência e responsabilidade, sobrecarrega a função do Poder Judiciário.

5. A posição jurídica da norma de direito social

Se bem-posta a abordagem teórica e jurisprudencial acerca do controle de políticas públicas através do, por nós não admitido, mas nominado princípio de proibição do retrocesso social, antes de passar pelas objeções a esse controle judicial, conheçamos as duas posições jurídicas assumidas pelos sujeitos da Constituição, indivíduos e Estado frente as normas de direitos sociais.

Esse estudo implica a análise do conteúdo da norma, o que ela ordena ou garante, em relação àqueles sujeitos.

Adotamos a classificação quanto a funcionalidade das normas utilizada por Jorge Reis Novais¹⁴². Sua obra, reconhecidamente, independente de suas concepções, é um contributo singular para que se possa entender, a fundo, as diversas dimensões da norma de direitos sociais.

5.1. A posição jurídica do Estado frente aos indivíduos – deveres de respeito, proteção e promoção

Ao falar em direitos sociais, temos que ter em mente a compreensão, na definição de Reis Novais¹⁴³, que tais normas se refletem

¹⁴² Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010; em sentido aproximado, no entanto adotando a classificação em quatro deveres estatais, Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 248 e ss., onde o autor acrescenta os deveres de garantia.

¹⁴³ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, pp. 257-269; Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 249-265; por todos, Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de*

em três deveres estatais – de respeito, de proteção e de promoção, como nos direitos de liberdade. A estrutura multidimensional de todos os direitos fundamentais permite-nos melhor compreender essa questão¹⁴⁴.

No caso dos direitos sociais, o cumprimento do dever estatal de proteção tem como escopo garantir o acesso a bens jusfundamentais sociais, tais como saúde, educação, segurança social, moradia, entre outros, contra ameaças ou interferências injustificadas do próprio Estado ou de particulares. A ameaça pode ser, inclusive, natural.

Se há um risco de uma epidemia em certa localidade, por doença infecto-contagiosa, cumpre ao Estado tomar providências no sentido de fazer cessar e reduzir os riscos de contaminação dos indivíduos direta ou indiretamente afetados, por meio de campanhas de vacinação em massa ou evacuação/isolamento do local contaminado, providências insertas nesse dever estatal.

Há sempre o risco de alguns questionamentos acerca dos limites e conteúdo do dever de proteção¹⁴⁵. Certo é que ele existe e eventual excesso na tomada de providências do Estado, como por exemplo, afetação de um outro direito, liberdade de ir e vir, deve ser controlado pelo Poder Judiciário, eis que plenamente sindicável. O controle da ação pública, nesse caso, passa pela análise judicial da fundamentação, fática e jurídica, dada pelo

proteção de direitos fundamentais. Fundamentação e estruturadas relações jusfundamentais triangulares, Lisboa, 2015.

¹⁴⁴ Cfr. Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, p. 182, *apud* Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, 2014, p. 237, quando o autor fazia referência às diferenças (na verdade, ele queria frisar as semelhanças em certos aspectos) entre as liberdades públicas e direitos sociais, no que tange a necessidade de intervenção legislativa para proteção do direito: “As garantias dos direitos fundamentais têm, assim, um conteúdo duplo. De um lado, significam elas uma proibição de se violarem os direitos fundamentais – nesse sentido, são elas um limite para o legislador; de outro lado, contêm elas um dever, endereçado ao legislador, de desenvolver cada um dos direitos fundamentais – nesse sentido, são elas objeto da legislação e contêm uma tarefa para o legislador.”.

¹⁴⁵ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 439.

Estado acerca das providências diante do caso concreto, somente infirmável quando ocorrer uma situação de abuso de direito¹⁴⁶.

Já o dever de respeito seria uma imposição legal ao poder público de não invasão na autonomia dos cidadãos e no espaço de proteção jusfundamental, ou seja, não interferência no conteúdo protegido pela norma contra-ataques ou ameaças, salvo por razões juridicamente justificadas¹⁴⁷. É a obrigação legal de respeito a autodeterminação de cada cidadão.

A guisa de exemplo, o Estado tem o dever de respeitar o acesso de todos a educação, ricos ou pobres, protegendo-os de eventuais ameaças. Esse dever de respeito e proteção do Estado apresenta-se conexo ao direito subjetivo de se defender contra uma ameaça de exclusão, injustificadamente, da escola; no direito à moradia, o dever do Estado é de proteger o particular de injusta agressão de terceiros, ao mesmo tempo em que respeita a habitação, seja propriedade ou locação.

Percebe-se, claramente, que a concretização de tais deveres estatais, assim como veremos nos deveres de promoção, exigem recursos, é fato. Entretanto, são muito menos custosos, em sua maioria, por indicarem deveres de omissão, ou mesmo quando representam atividades positivas, não demandam investimentos, senão aqueles já instituídos no aparelhamento estatal.

Por outro lado, mais sensível e difícil de realizar, os deveres de promoção estatal, que estão intimamente ligados aos chamados pela doutrina de direitos sociais a prestações, embora possam existir direitos de

¹⁴⁶ A esta margem de atuação estatal legítima, Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 277, nomina de reserva do politicamente adequado e oportuno, que se encontra na margem de conformação do legislador ou no poder discricionário do governo.

¹⁴⁷ Por razões justificadas juridicamente, *ibidem*, pp. 273-274 cita a situação em que “[N] ... o Estado pode ver-se obrigado a afectar negativamente, desvantajosamente, do ponto de vista do titular do direito, esse espaço de autonomia, essa garantia de acesso individual, se necessitar de tal para garantir, proteger ou promover um outro direito, interesse, bem ou valor igualmente digno de proteção jurídica e que, no caso, apresente um peso prevalecte.”.

defesa com necessária ação prestacional estatal¹⁴⁸. Referem-se as obrigações do Estado de promover, ou seja, suprir as necessidades mais estreitamente vinculadas à dignidade da pessoa humana¹⁴⁹, otimizando os recursos públicos para atingir o objetivo fundamental do bem-estar social.

Assumimos ser a dimensão promocional como a principal¹⁵⁰, ou mais relevante, no que toca aos países referência neste estudo, quando o foco são os direitos sociais¹⁵¹.

Nesta dimensão, o dever do Estado não é de proteção contra uma ameaça de terceiro ou do próprio Estado, exclusão de uma escola, como vimos nos deveres acima. Ao contrário, na dimensão prestacional, são circunstâncias que precisam ser criadas e geridas. De forma genérica, é dever do Estado oferecer oportunidade de ensino, conectado com o direito subjetivo do cidadão de conseguir uma vaga em escola pública; de igual modo, é dever do Estado oferecer atendimento à saúde àqueles que buscam atendimento.

A grande questão que se põe, na quadra dos deveres prestacionais sociais, diz respeito ao seu conteúdo e a sua exigibilidade, de forma que definido o âmbito de proteção, possa o particular exigir a prestação. Há condicionamentos fáticos e jurídicos como: escassez de recurso financeiro, e aqui não nos limitamos a escassez quase que inerente as demandas sociais, que são infinitas, mas aquela que se apresenta inexorável em tempos de crise econômica; a questão relativa a separação

¹⁴⁸ Por exemplo, as liberdades públicas exigem ações estatais na área de segurança pública, que também serve para proteger direitos sociais. Portanto, queremos demonstrar, a separação não é exata, a depender da dimensão do direito a ser protegido e não o fato de ser direito de liberdade ou direito social.

¹⁴⁹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 45.

¹⁵⁰ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 441.

¹⁵¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 44, traz o exemplo, hipotético, de países onde os benefícios e prestações sociais são de alcance significativo, assumindo os deveres de respeito e proteção maior relevância. Não é, definitivamente, o caso de Brasil e Portugal.

dos poderes, equilíbrio e harmonia; e a liberdade de conformação do legislador na definição do alcance da política pública.

E um ponto pouco explorado pela doutrina, que a nós se apresenta intrigante, desafiante e juridicamente sustentável, a igualdade de tratamento entre os cidadãos, ou seja, o agir isonômico que veda a diferenciação injustificada no atendimento às demandas sociais, que tem matriz essencialmente coletiva nesses direitos de segunda geração. Não estamos aqui em defesa da igualdade formal, mas sim, da igualdade material, ou seja, o atendimento a demandas sociais entre os iguais necessitados.

Essas são questões que serão tratadas no percurso deste trabalho, de forma a compreender as limitações dos deveres do Estado e as possibilidades de controle judicial.

5.2. *A posição jurídica dos indivíduos frente ao Estado – pretensões jurídicas ou direito subjetivo*

Se a norma de direitos sociais impõe ao Estado pelos menos três deveres, respeito, proteção e promoção, sendo o cidadão o destinatário final, cumpre-nos analisar a posição jurídica do ponto de vista do cidadão perante o Estado¹⁵². Prendemo-nos a análise da norma constitucional, antes de

¹⁵² Cfr. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen: Mohr, 1905, apud Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, pp. 254 e ss., é a posição jurídica do indivíduo em relação ao Estado que o qualifica na relação. A partir desta pré compreensão, estruturou quatro formas, que chamou de *status*, do homem que qualifica sua posição jurídica: o *status* passivo, o negativo, o positivo e o ativo. O primeiro, passivo, está relacionado à posição de sujeição do indivíduo frente ao poder do Estado, são as obrigações impostas pelo Estado. O *status* negativo ou *libertatis*, corresponde ao núcleo de liberdade de cada indivíduo, segundo o qual sua atuação é juridicamente irrelevante para o Estado, uma

qualquer densificação ou concretização por lei, porquanto depois dela, a discussão perde o sentido.

Não nos esqueçamos da necessidade de distinguir as duas dimensões do conteúdo da norma de direito social, de forma que possamos melhor compreender os seus efeitos em relação à posição jurídica¹⁵³.

Na dimensão negativa da norma de direitos sociais, como vimos no tópico supra, interligadas aos deveres de respeito e proteção do Estado, com função de defesa¹⁵⁴, não há dissenso na doutrina de que seguem o regime jurídico adotado para os direitos, liberdades e garantias¹⁵⁵. As dimensões garantísticas e de defesa dessas normas têm aplicabilidade imediata, por apresentarem intenso conteúdo normativo e, por assim dizer, revelarem verdadeiros direitos subjetivos. A clássica tríade sujeito¹⁵⁶, objeto (conteúdo) e destinatário, pressuposto do direito subjetivo, está formada.

esfera de total permissão - ausência tanto de obrigação quanto de proibição. O *status positivus*, também chamado de *status civitatis*, coloca o indivíduo em posição de exigência frente ao Estado, ele detém o poder de demandar a prática de determinadas prestações positivas pela autoridade estatal. Finalmente, o *status* ativo se relaciona às competências outorgadas ao indivíduo de participação na formação da vontade estatal.

¹⁵³ Cfr. Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 321-322, as normas de direitos sociais, de modo geral, irradiam efeitos imediatos, quais sejam: (i) vinculam o legislador, de modo a proibir a emissão de normas legais tendentes a impedir a produção dos efeitos desejados pelo constituinte; (ii) permitem interpretação sistemática e, por analogia, contribuir para integração de lacunas; (iii) fixam critérios para o legislador sobre os direitos versados.

¹⁵⁴ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 357, nota 1, faz referência às chamadas liberdades sociais, como liberdade sindical, direito à greve; no mesmo sentido, Ingo W. Sarlet, *A eficácia...*, p. 275; também ressaltando o conteúdo da vertente negativa dos direitos sociais, Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 111-112.

¹⁵⁵ No Brasil, apesar de inexistir a diferenciação de regimes jurídicos dos direitos de liberdade e direitos sociais de forma expressa na Constituição, como o faz a Portuguesa, vamos admitir, como a boa doutrina o faz, que a aplicação imediata referida no art. 5º, §1º, da CRB88, tem suas limitações fáticas e jurídicas, o que comporta dizer que a doutrina aceita duas exceções: a) quando a Constituição remete expressamente ao legislador ordinário a concretização do direito; b) quando a norma não contiver elementos mínimos necessários para sua aplicabilidade imediata, no sentido de não possuir conteúdo suficiente para gerar efeitos. Já a Constituição Portuguesa, por sua vez, dispõe sobre a aplicabilidade imediata ou direta dos direitos, liberdades e garantias, no seu art. 18º, nº 1, e, nos termos do art. 17º, o mesmo regime jurídico para os direitos fundamentais de natureza análoga.

¹⁵⁶ Cfr. nota 164.

De outra forma, ao visitar o regime dos direitos sociais a prestações, ou a dimensão positiva desses direitos, e cujo domínio sustentam ser a principal, Vieira de Andrade¹⁵⁷ articula que na CRP76¹⁵⁸ os direitos sociais contêm normas impositivas de legislação e não meramente programáticas, sujeitas a controle de constitucionalidade por omissão¹⁵⁹.

Em relação a posição jurídica, o autor citado designa os direitos a prestações, por ele nominado de fundamentais sociais, como pretensões jurídicas¹⁶⁰, significando que são interesses juridicamente protegidos, porquanto visam à satisfação de bens ou interesses do particular, ainda que não constituam direito subjetivo perfeito, por não estarem determinados, a priori. A dependência substancial de intermediação legislativa, em função do pluralismo ideológico ou por força de limitações jurídicas e de fato, em outras palavras, a indeterminação do conteúdo do direito em nível constitucional, é, na visão de Vieira de Andrade, o grande diferencial na adoção da posição jurídica subjetiva diversa do direito subjetivo.

No polo oposto, Gomes Canotilho entende que “Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas.”^{161 162}.

¹⁵⁷ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 357 e ss.

¹⁵⁸ A mesma correspondência encontramos na CRB88.

¹⁵⁹ Embora o autor, expressando o entendimento da maioria da doutrina, admita de pouca utilidade prática, à medida em que a decisão de inconstitucionalidade é irremediavelmente limitada pelo princípio da separação de poderes, onde compete ao legislativo densificar a norma, a ponto de torná-la aplicável na prática.

¹⁶⁰ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 362; em sentido aproximado, Carlos Blanco de Moraes, *Direito Constitucional II – Relatório...*, p. 172; mesmo autor, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 600; Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade...*, pp. 19-25 e 83-92 e *Direitos fundamentais sociais...*, pp. 45 e 73. Admite a autora os direitos fundamentais sociais como direito subjetivo, no que concerne aos seus titulares, entretanto, sem definição de objeto, quando se tratar de princípios, sujeitos a concretização legislativa posterior, “não conduzindo ao reconhecimento de um *direito subjectivo* verdadeiro e próprio” (p. 90).

¹⁶¹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 476-478.

No direito brasileiro, Sarlet¹⁶³ parece adotar o entendimento, que classificou como majoritário na doutrina brasileira, de que os direitos sociais prestacionais geram direitos subjetivos - no sentido de suscitar pretensão dedutível em juízo -, a partir da Constituição. Todavia, não nega que esses direitos enfrentam dificuldades no que se refere a vinculatividade - a que chamou de um problema específico no que se refere a sua realização.

Quanto ao nosso entendimento acerca da posição jurídica da norma de direitos sociais, na sua dimensão positiva, filiamo-nos à primeira corrente citada. Representam pretensões jurídicas, designadamente porque o direito subjetivo, como “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”¹⁶⁴, exige a figura de um bem definido, para poder atuar, utilizar, fruir.

Com efeito, o direito social a prestações, quando não densificado pelo legislador ordinário, o que de resto, é a maioria, definido por norma-princípio, não permite a definição de seu conteúdo. Diz-se que ele é determinável, mas não determinado. Somente a partir da ação legislativa, ao ser indicado o prestador, os beneficiários, o âmbito de proteção, ou seja, todo o conteúdo da norma, é que se pode falar que o direito permite uma reivindicação concreta¹⁶⁵.

¹⁶² Para uma referência exaustiva da jurisprudência do Tribunal Constitucional, com citação de acórdãos vários, em especial o Acórdão 346, de 1993, José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, pp. 595-599, concluindo o referido autor que a questão está em aberto.

¹⁶³ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia...*, p. 291; Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed., São Paulo, 2004, p. 228; do mesmo autor, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, in *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, p. 877.

¹⁶⁴ Cfr. Antônio Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português, I-1*, 2ª ed., Coimbra, 2001, p. 162.

¹⁶⁵ Discordamos da ideia de que direito social a prestações gera direito subjetivo, ao menos para garantia do mínimo existencial, como, v.g., o direito a uma moradia simples. Duas razões: uma de ordem prática: o que seria uma moradia simples? Poderia um juiz determinar

6. *Objecções e limitações ao controle judicial de políticas públicas de direitos sociais*

No exame dos aspectos estruturais da norma, por assim dizer, que é possível compreender, desde logo, imensas objeções ao controle judicial das políticas públicas em sede de direitos sociais: (i) a indeterminabilidade constitucional do conteúdo, que para nós, reflete no objeto sindicável; (ii) a dependência de opções legislativas para a concretização da norma e a liberdade de conformação do legislador; (iii) a reserva do possível, em seus múltiplos aspectos – político, financeiro e jurídico; (iv) a sua realização gradual¹⁶⁶; (v) o princípio da separação de poderes.

Se não o suficiente, o princípio da separação de poderes, por vezes, deturpado por parte da doutrina, nos enquadra de forma bastante convincente, acerca dos mecanismos de controle.

6.1. *Indeterminabilidade e justiciabilidade*

Inafastável a percepção do caráter indeterminado e a baixa justiciabilidade das normas de direitos sociais, em nível constitucional. O que

uma obrigação ao Estado em oferecer a um postulante uma moradia com base exclusivamente na ordem constitucional? A segunda, de ordem filosófica: não comungamos com a ideia do mínimo existencial, porquanto é reduzir o conteúdo da norma àquela condição de sobrevivência, o que nos remete ao piso inferior da existência humana, ao qual não podemos admitir, nem mesmo em termos acadêmicos. A ideia que transparece desse mínimo existencial é arranjar um alibi aos governos negligentes com seus deveres constitucionais.

¹⁶⁶ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, pp. 595-596.

acaba por gerar proteção e vinculatividade jurídica frágeis, conforme opinião partilhada pela maior parte da doutrina¹⁶⁷.

Se a Constituição se pretende estável, essa margem de conformação a partir da sua indeterminabilidade, mostra-se essencial para a própria continuidade da Lei Maior¹⁶⁸. É, justamente, no campo das políticas públicas que emerge a virtude da flexibilidade da norma, que permite ao legislador ordinário dizer mais ou menos em relação a um direito social, de acordo com as exigências da atualidade, que se apresentam cada vez mais complexas e interligadas a contingências de toda ordem, mormente, a financeira¹⁶⁹.

Não seria plausível que o constituinte originário definisse o conteúdo de tais direitos com profundidade, dada a sua dependência a condições econômicas e sociais, a mudança cíclica de carências da população, enfim as necessidades prementes em determinado contexto. Em suma, a realidade social das gerações futuras depende de um forte exercício de prognose que é limitado pelo dinamismo social.

¹⁶⁷ A indeterminabilidade da norma tem intensidade variada, o que indica, na mesma proporção, a sua justiciabilidade. O legislador constituinte opta, muitas vezes, por deixar a cargo do legislador ordinário a regulação da abrangência do direito; em outros casos, a densificação é mais completa, agregando a possibilidade de maior controle. A título de exemplo, o direito a seguridade social e a saúde, na CRB88, têm linhas básicas bem definidos nos artigos 194 a 200, enquanto o direito à habitação, em seu art. 6º, é muito aberto, pouco densificado, por carecer de norma concretizadora, no que tange ao conteúdo do dever de promoção pelo Estado. De mais a mais, é sensível a diferença de importância para a dignidade humana entre os diversos bens da vida, objetos de proteção da norma de direito social.

¹⁶⁸ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais ...*, pp. 380-381, *in verbis*: “Para nós, a Constituição é um quadro normativo aberto que implica e exprime uma unidade de sentido cultural e não pode ser nem tronar-se um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, que estabelecem opções de valor fundamental de transformação da sociedade, não poderão ser constitucionalmente determinados e hão de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas.”

¹⁶⁹ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 174, nota 703.

Conforme Ingo Sarlet¹⁷⁰, a liberdade de conformação do legislador para concretizar a norma é necessária, já que formulações do poder constituinte nesse campo, de caráter concreto, correm o risco de serem rapidamente superadas pelas mudanças na conjuntura. O autor traz a lume a tensão preocupante entre continuidade e dinamismo, gerando um paradoxo que, no fundo, como veremos, sustenta a própria democracia e a estabilidade da Constituição.

E é em razão dessa baixa densidade normativa, em nível constitucional, que os direitos sociais de dimensão positiva, antes de sua concretização pelo legislador ordinário, diz-se de baixa justiciabilidade. Como dissemos no tópico anterior, não há como o cidadão buscar determinada prestação, sem que exista legislação infraconstitucional apta a agregar conteúdo a essa pretensão subjetiva.

6.2. *Princípio democrático*¹⁷¹. *Mandamento e liberdade de conformação do legislador*

Não há concepção de Estado de Direito que desconheça a democracia e a liberdade como elementos estruturantes e essenciais ao seu funcionamento. Por mais razão, a liberdade é pressuposto da democracia¹⁷².

¹⁷⁰ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 289.

¹⁷¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 36, “É no aperfeiçoamento da ineliminável dimensão democrática e pluralista que o Estado de Direito dos nossos dias recolhe a legitimidade que o habilita à plena assunção do princípio de socialidade.”.

¹⁷² Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 504, “Princípio Democrático enquanto princípio estruturante encontra-se ligado ao valor da democracia política, que postula que a designação de governantes, como titulares do poder político, deriva do consentimento expresso pela vontade dos governados, em regra com o estatuto de cidadãos, mediante um sufrágio eleitoral livre, pluralista e com equivalência de opções.”.

Muitos autores defendem, e nós não discordamos, que três pontos são fundamentais para o regular funcionamento da democracia, principalmente no que tange ao controle social das políticas públicas¹⁷³: (i) reconhecimento de que todos os indivíduos são livres e iguais; (ii) respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, como pressuposto para o próprio exercício da liberdade; (iii) capacidade de discernimento do processo político e diálogo no espaço público.

O que nos inclina a concordar que a associação entre liberdade/igualdade e efetividade do mínimo para uma existência condigna, como componentes para o exercício da democracia, é a certeza de que o indivíduo, desprovido do essencial para sobrevivência - saúde, alimentação, educação, moradia, pelo menos em níveis básicos para uma vida digna -, não é capaz de desenvolver o senso crítico necessário para avaliar, refletir com alguma qualidade acerca de sua participação e diálogo no espaço público. Tendencialmente, essa parcela da população, que no Brasil não são poucos¹⁷⁴, diante da vulnerabilidade a que está exposta, é utilizada como base de manobra política para o alcance do poder.

A grande contradição é que os políticos eleitos para representarem essa parcela da população que os elegeram, ou seja, que poderiam desenvolver políticas públicas mais eficientes para diminuir a desigualdade social, que está na base de todos os grandes problemas

¹⁷³ Cfr. John Rawls, *Uma teoria da justiça*, 1993, pp. 81/221-222, *apud* Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, in *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, p. 108; em sentido aproximado ao que queremos dizer, Ana Paula Prado Garcia, *Controle social*, in *Dicionário de políticas públicas, Vol. 2*, Carmem Lúcia Freitas de Castro e outros (org.), Barbacena, 2015, pp. 103-104.

¹⁷⁴ Segundo a pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), acessível em www.ibge.gov.br/pesquisas, a faixa que mais cresceu entre 2014 e 2015 foi justamente a dos mais pobres, com renda de até 1/4 de salário mínimo per capita. Esse grupo saltou de 8% para 9,2% em um ano. Em números aproximados, significa dizer que cerca de 19 milhões de brasileiros (quase o dobro da população de Portugal – fonte: countrymeters.info/pt) sobrevivem com cerca de R\$234,00 por mês (menos de €70,00).

estruturais, não praticam a eficiência na aplicação de recursos públicos em direitos sociais. Não há vontade política de desenvolver uma agenda pública inclusiva socialmente¹⁷⁵. Sem dignidade, esse mesmo povo não desenvolve a criticidade política e assim o ciclo se auto sustenta de forma perversa.

Parece não subsistir dúvidas que a democracia ganha a sua maior expressão no exercício das competências do poder legislativo. É por esse poder que a democracia representativa alcança a sua exuberância. Problemas de representação política em Estados Constitucionais existem e sempre existirão, mas não a ponto de colocar em pauta a democracia. A perturbação na democracia pela representação política deve ser resolvida com mudanças no sistema político-eleitoral de cada Estado, ou até mesmo na forma de governo, por meio de revisão constitucional, de maneira a alcançar cada vez mais os interesses da coletividade em detrimento aos interesses particulares, mas sem prescindir do princípio democrático.

Sob o ponto de vista normativo, os direitos fundamentais são revelados por princípios e regras¹⁷⁶, que a partir do *status* de normas constitucionais, guardam hierarquia superior sob todo o ordenamento jurídico e, como fundamentos de uma determinada concepção de Estado, formam o núcleo que dá identidade ao modelo escolhido pelo constituinte.

¹⁷⁵ Normalmente, são políticas públicas voltadas para o assistencialismo, populismo e com único fim de manutenção no poder e corrupção.

¹⁷⁶ Para aprofundamento da distinção entre princípios e regras, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, pp. 135 e ss.; de forma sintética, valendo-se da mesma fonte, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1255, para quem “Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (direito definitivo). [...] Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <tudo ou nada>; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <reserva do possível>, fáctica ou jurídica.”; Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 431-432, nota 1763; Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 453-456.

Nesta altura, importante divisar as concepções de constituição como ordem quadro e como ordem fundamental. Em brevíssimas palavras¹⁷⁷, ordem quadro seria uma constituição com ordens, proibições e margem de discricionariedade do legislador sobre aquilo que não está ordenado (necessário), nem proibido (impossível). Já a ideia de ordem fundamental dispensa a discricionariedade do legislador, à medida em que a constituição deve decidir todas as questões fundamentais, sem espaço para decisões políticas. A ordem fundamental parte da premissa de que a constituição ordena tudo.

Entendemos que a Constituição como ordem quadro é a que melhor dialoga com o princípio democrático e a necessária convivência do binômio continuidade e flexibilidade, uma vez que o espaço para as discussões políticas é preservado, ou seja, a constituição ordena e proíbe algumas coisas, estabelece a moldura jurídica que permita margens de ação ao legislador; entretanto, para além dessa moldura rígida, busca-se proporcionar plasticidade a Constituição, conformando-a à realidade constitucional das futuras gerações, sem necessidade de rompimento com a ideia de Estado antes traçada¹⁷⁸.

É nessa margem de ação do legislador, campo de atuação da democracia e do pluralismo político, que os direitos sociais serão concretizados, por um lado, a partir de regras estabelecidas na própria Constituição¹⁷⁹ e respeitando os princípios estruturantes do Estado

¹⁷⁷ Para melhor desenvolvimento, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, pp. 578-584.

¹⁷⁸ Cfr. Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, p. 478, a Constituição deixa espaços para o contraditório político, não somente nos direitos sociais, como também em inúmeras outras cláusulas, no caso da CRP76, art. 9º (tarefas fundamentais do Estado), 58 (direito ao trabalho), 81 (incumbências prioritárias do Estado) e 227 (poderes das regiões autônomas).

¹⁷⁹ De forma exemplificativa, os limites dos art. 198 e 212, ambos da CRB88, respectivamente para aplicação de recursos do orçamento em saúde e educação.

Democrático e Social de Direito¹⁸⁰, para não a ferir, mas por outro, conformado as políticas públicas dos governos estabelecidos.

Há, de fato, na própria norma constitucional o intuito de dar importância à figura do legislador ordinário, de forma a não engessar a Constituição e fazer daquele documento algo para além de duradouro, consentâneo com a realidade.

Importante ressaltar nesta quadra a relevância do princípio democrático na própria estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e como, de certo modo, o princípio da proibição de retrocesso social afetaria a sua plena observância.

Blanco de Moraes¹⁸¹ exalta que esta liberdade constitutiva e a auto revisibilidade são características endógenas à função legislativa, permitindo uma abertura às diversas opções políticas que se movem dentro do quadro constitucional.

A liberdade para legislar sobre políticas públicas, pois, é da essência do princípio democrático. Liberdade significa, como via de mão dupla, não só concretizar direitos como também reduzir o âmbito de proteção em determinado contexto fático ou social. Nesse sentido, o nominado princípio de proibição de retrocesso social, fundamento utilizado no controle de políticas públicas pela justiça constitucional, enfrenta enormes contradições com a essência da democracia, quando, uma vez concretizado, a revisibilidade deixasse de ser uma opção¹⁸².

¹⁸⁰ Por todos, Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, que bem se aplica também a Constituição brasileira.

¹⁸¹ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?, *in AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, vol. III*, pp. 579-613.

¹⁸² Cfr. Manuel Afonso Vaz, *Lei e reserva de lei...*, p. 386; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 379; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, pp. 452-454, com ressalvas, em vista de o autor defender a existência do princípio de proibição do retrocesso social (pp. 454-467); Miguel Prata Roque, Juízos precários de constitucionalidade – o

Ao assumir uma posição de prevalência do princípio democrático, afastando a existência do princípio de proibição do retrocesso social – em consequência lógica, um controle agudo do Poder Judiciário sobre as políticas públicas -, não está em causa deixar a Constituição em aberto para a conformação das políticas públicas, ou seja, eleição de conteúdo e meio de realização dos direitos sociais, ao legislador ordinário, entregue às maiorias voláteis ou desvios plebiscitários¹⁸³, como um “cheque em branco”.

Em nosso sentir, a constitucionalização dos direitos sociais não visou subtrair o poder conformador de políticas públicas do legislador ordinário, o que seria perturbador para a democracia¹⁸⁴.

O que podemos asseverar, com alguma certeza, é que o programa político constitucional do Estado Social garante status jusfundamental aos direitos sociais¹⁸⁵, de forma que não caberá ao legislador ordinário a sua pura e simples exclusão, sem qualquer justificativa jurídica, política ou econômica. Há, de fato, uma limitação principiológica, intimamente ligada ao conteúdo compromissório da Constituição, a nominada moldura constitucional, todavia, longe de ser essa limitação regida pelo controverso princípio da proibição do retrocesso social.

No Estado de Direito, tal e qual a opção constituinte, na conformação legislativa infraconstitucional de normas constitucionais não há espaço para ações desviantes, individuais, unilaterais, ou mesmo de grupos de interesses particulares. Exige-se compatibilidade formal e material à Constituição. A desconexão de uma certa política pública com o projeto desenhado pelo constituinte é, sem dúvida, um desvio de poder e não,

Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso de direitos fundamentais, *in* AAVV, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. II, p. 882.

¹⁸³ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte – ensaio sobre o poder de revisão da constituição*, Coimbra, 2000, p. 164.

¹⁸⁴ Cfr. Luisa Cristina Pinto e Netto, *Princípio de proibição de retrocesso social...*, p. 143.

¹⁸⁵ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 149, nota 585.

propriamente, o exercício constitucional do poder de escolhas do parlamento ou do governo.

Esses desvios incompatíveis com a Constituição podem e devem ser controlados pelos demais poderes, como o são, v.g., pelos vetos presidenciais, pelo exercício da fiscalização de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, tudo sem ferir o princípio da separação de poderes, como veremos infra.

Em suma, cumpre-nos admitir que a liberdade de legislar deve ser complementada pelo termo - **conforme a Constituição**. Quando se diz conforme, é porque a Constituição, como fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico¹⁸⁶, confere ao poder político um sentido, certa organização, determinados limites que não visam ao seu congelamento, mas a sua conformação ao núcleo material da própria Constituição¹⁸⁷. Não faz sentido, como conclusão lógica, e tampouco parece legítima, a criação de princípios a partir de contorcionismo acadêmico, dogmático e até ideológico, que possa implicar em fratura de outros princípios estruturantes.

A questão relativa ao poder de conformação do legislador - atividade vértice da República - agrega dois sentidos de um mesmo mandamento constitucional¹⁸⁸. Se de um lado deve prevalecer a opção constituinte em dar ênfase ao bem-estar social, por meio da promoção, pelo Estado, de políticas públicas de direitos sociais, como um poder-dever

¹⁸⁶ Cfr. Manuel Afonso Vaz, *O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra, 2012, pp. 20-21.

¹⁸⁷ Cfr. Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 96 “Observe-se que essa conclusão – pelo dever constitucional da atuação do Poder Público por intermédio, em regra, de políticas públicas – é o que melhor traduz a lógica de um Estado que é de Direito (e, portanto, juridifica esse atributo da ação planejada) mas, também é democrático e, portanto, confere relevo a um processo de formulação das escolhas públicas que reverencie esse mesmo atributo.”.

¹⁸⁸ Reforçando o caráter mandamental das normas de direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 374. No mesmo sentido, Luisa Cristina Pinto e Netto, *O princípio de proibição de retrocesso social...*, p. 171.

associado a princípios da ordem jurídica positiva, por outro, prevalece a liberdade do legislador ordinário em concretizar esta política pública, conforme as condições de um cenário político-ideológico próprio do confronto de ideias e circunstâncias macroeconômicas¹⁸⁹.

Os princípios constitucionais que garantem essa vinculação da atividade legislativa aos direitos fundamentais e como tal, aos direitos sociais, no quadro de um Estado de Direito Democrático e Social, são aqueles enunciados nos próprios fundamentos e objetivos do Estado, na Constituição Brasileira, nos artigos 1º e 3º, e na Constituição Portuguesa, entre outros, nos artigos 1º e 2º e 9º, alínea 'd'¹⁹⁰.

Os direitos sociais, em sua maioria, apresentam-se sob a égide de postulados de otimização das normas consagradoras de direitos fundamentais¹⁹¹. Deve existir um concerto entre o princípio social com os

¹⁸⁹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 519, “[V]... Se o legislador não é inteiramente livre no cumprimento destas imposições, dispõe, contudo, de liberdade de conformação quer quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e gradualidade de concretizações.”. Em outras palavras, a exigência constitucional de um estado social e solidário faz com o que o legislador não fique sem limites para dizer quando e como será concretizada a norma constitucional. Em verdade, como mandamento supremo que o é, a chamada “autonomia da função legislativa” está intrinsecamente vinculada ao mandamento constitucional de dar efetividade às normas constitucionais, densificando-as, à medida que sem regulamentação, acabam por criar omissões legislativas.

¹⁹⁰ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, p. 600: “Os direitos econômicos, sociais e culturais, como já foi entrevisto anteriormente, apresentam uma articulação estrutural privilegiada com o princípio do Estado de Direito democrático (ou princípio do Estado Social), com o princípio da solidariedade, com o princípio da igualdade real e também com a tarefa fundamental do Estado enunciada no artigo 9º, alínea d), da Constituição.”.

¹⁹¹ Cfr. Luisa Cristina Pinto e Netto, *O princípio de proibição de retrocesso social...*, 2010, p. 167 e ss., a força vinculante da norma de direito social é o que lhe garante o caráter de fundamentalidade, sem o que deixaria de fazer sentido como norma constitucional de conteúdo vazio ou neutro. O que a autora ressalta, para nós com razão, é que o legislador, de forma permanente, deve eleger meios eficientes e idôneos, justificando a não integralização de certos direitos pelas limitações conhecidas. Aqui concordamos com a autora, entretanto, ressaltamos, que mesmo quando não concretizado, por si só, como norma constitucional, o direito social é capaz de gerar eficácia jurídica, como já destacamos, na sua dimensão negativa ou dever de respeito e proteção por parte do Estado.

princípios da democracia e do pluralismo político, que, de alguma forma, assegure a alternância das opções políticas, em respeito pleno às futuras gerações.

Nota-se que os próprios limites impostos pelo legislador constituinte, e a direção retratada nos compromissos, na moldura constitucional, como dito em linhas volvidas, justifica o controle do poder, sendo o judicial um deles, como instrumento necessário à afirmação do Estado de Direito. A implicação proposta neste trabalho para o que acabou de ser dito é exatamente responder ao seguinte problema: qual o limite e as possibilidades do controle judicial das políticas públicas formuladas e até daquelas não formuladas?

Na expressão reproduzida por Mauro Cappelletti¹⁹², o juiz que intenta sobre funções de legislador é um ‘legislador aleijado’. Ao introduzir um certo conteúdo não expresso na legislação, com base em um direito social, por exemplo, previdência social ou seguridade social, o juiz, não tem em suas mãos elementos necessários para a completa realização efetiva daquele direito – como por exemplo, o custo, o número de pessoas abarcadas por aquela situação, de onde vem o recurso orçamentário, qual a implicação percentual no orçamento do ente federado. A regra básica ao se criar um direito, ou melhor dizendo, dar conteúdo a um direito, é indicar os beneficiários, o custo daquela operação estatal o responsável pela execução¹⁹³.

¹⁹² Cfr. Mauro Cappelletti, *Juízes Legisladores?*, reimpr., Porto Alegre, 1999, p. 87.

¹⁹³ Um exemplo do comprometimento do sistema como um todo, a partir de decisões judiciais de controle de políticas públicas no âmbito dos direitos sociais, foi a recente discussão no Brasil acerca do fenômeno chamado “desaposentação”. Criado no seio dos tribunais de primeiro e segundo grau, a tese jurídica entrou em moda até que o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de reconhecimento judicial do benefício, sem prévia autorização legislativa. Sobre essa decisão, com mais detalhes, ver, supra, capítulo 4.2. Vale lembrar que embora, na decisão acima, tenha a Corte Suprema rejeitado o ativismo judicial que se propagou pelo país, respeitoso, como o foi, ao princípio da separação de poderes, não representa, aquela decisão, a tônica daquele Tribunal. No caso, a tese, se vencedora, para além de sua difícil juridicidade, poderia levar a quebra absoluta dos caixas

Nos limites de um processo judicial, mormente quando individualizado, tais consequências não são avaliadas.

É por essa e outras razões, que falaremos a seguir, que a discussão de uma exigência prestacional do Estado passa pela reserva do possível.

6.3. *A reserva do possível*

A centralização da discussão em torno da chamada reserva do possível é justificável, por abarcar quase todos os problemas que circundam a eficácia dos direitos sociais. Quando se fala em reserva do possível, tangencia-se questões relativas a sindicabilidade dos direitos sociais, a gradualidade da norma, a liberdade de conformação do legislador e a eficiência do direito social consagrado na Constituição.

As abordagens sobre o tema não se reservam às questões jurídicas, como também econômicas, morais e éticas, tanto no sentido positivo da justificação da restringibilidade fática do direito social, quanto no sentido de macular tal argumento.

No esforço analítico para aclarar a pergunta sobre o significado da reserva do possível, Canotilho pontua quatro significados¹⁹⁴:

do Tesouro Nacional, diante da repercussão orçamentária de tal medida. É um claro exemplo da falta de condições técnicas do Judiciário para que interfira no âmbito de proteção da norma de direito social, mormente quando o que se pretende é ampliar o seu alcance, sem lei específica. O parlamento poderá um dia até vir a abraçar tal hipótese, mas nesse caso, deverá indicar os recursos, estará submetido a prévia discussão democrática, regulamentará no âmbito coletivo os direitos e deveres, trazendo, sem sombra de dúvidas, segurança jurídica.

¹⁹⁴ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões ...', pp. 107/108.

“1. <Reserva do possível> significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

2. Reserva do possível significa a <tendência para zero> da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.

3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta dos limites financeiros.

4. Reserva do possível significa não sindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.”.

Se tudo que foi dito acima tem algo de verdade, como o próprio Professor de Coimbra pontua, *torna-se imperioso relativizá-las*¹⁹⁵. Aqui já o fizemos e continuaremos nesse caminho.

Como vimos supra, a liberdade de conformação do legislador em relação aos direitos sociais não é absoluta. Há um conteúdo compromissório jurídico e teleológico, um programa ancorado no Princípio do Estado Social, que não dá ao legislador a plenitude libertária para, injustificadamente, ainda que rotulado pela reserva do possível, subtrair direitos sociais, com políticas públicas desarrazoadas e desproporcionais.

Não é a reserva do possível um artifício discursivo¹⁹⁶, fático e jurídico, que leva o direito social tendencialmente a zero, como também não o é uma progressividade ao infinito. Veremos, neste e no próximo tópico, que

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 108.

¹⁹⁶ Cfr. Leonel Pires Ohlweiler, Políticas públicas e controle jurisdicional..., pp. 302-303; em outras palavras, mas no sentido da superação, a qualquer custo da reserva do possível, Oswaldo Canela Júnior, O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas, *in O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelegrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013, item 6.

a reserva do possível, nas suas vertentes financeira, política e jurídica, pode e tende a significar restrição na implementação de políticas públicas, como também é cíclica, a depender de fatores econômicos e de fatores políticos, de modo que teremos momentos de abundância, outros de escassez, conjugados com tendências liberalizantes, outras socializantes.

Não há país que não enfrente crises econômicas, com escassez de recursos, e ainda que sejam ideologicamente de esquerda, terão que, obrigatoriamente, se tiverem responsabilidade fiscal, reduzir investimentos públicos em políticas públicas. O contrário também ocorre. A ideologia do Estado Mínimo, em um Estado Social, pode oferecer, em épocas de abundância, até mais do que constitucionalmente previsto.

Por fim, como última observação acerca do significado da reserva do possível, é plausível, sim, relativizar a intervenção judicial, assegurando ao indivíduo, detentor de direitos fundamentais, o cumprimento do estabelecido na Constituição, seja nos preceitos normativos identificados por regras, seja nos desvios plebiscitários, seja nos casos de violação grave de preceitos normativos identificados por princípios estruturantes. Ainda que neste último caso ocorra o perigo de alguma subjetividade, como na utilização do combalido princípio de proibição do retrocesso social. Digamos isso, pois, conforme desenvolvido no capítulo 4, a sua expressão jurídica passou, com o tempo, para a defesa do mínimo existencial e fundamentada em outros princípios estruturantes de maior força normativa.

Na linha de um Poder Judiciário que respeita a legitimidade e competência dos poderes, aqui defendida, da chamada *self restraint*, parece-nos fora de propósito imaginar uma impossibilidade absoluta de intervenção da justiça constitucional nos desvios acima citados¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Voltaremos com maior ênfase ao tema na parte II desse trabalho.

Ninguém duvida, mesmo entre aqueles que defendem a implementação irrestrita de políticas públicas ou a sua igualação jurídica aos direitos de liberdade, que os direitos sociais têm custos¹⁹⁸. Se nos direitos de liberdade os custos são menos suscetíveis a variáveis econômicas e sociais, e sua demanda é previsível, nos direitos sociais estas circunstâncias fáticas são preponderantes, pois as demandas são ilimitadas, de difícil previsibilidade¹⁹⁹.

Os custos são elevados e crescentes, perante uma demanda cada vez maior em um mundo desigual na distribuição de renda, seja em sociedades subdesenvolvidas (África, em geral, alguns países da Ásia e outros tantos da América Latina), em desenvolvimento (talvez o Brasil esteja neste estágio, se é que não está no primeiro – dada a sua distribuição de renda estar entre as piores do mundo), ou mesmo nos chamados desenvolvidos (Estados Unidos²⁰⁰ e Alemanha²⁰¹)²⁰².

É sensível a qualquer estudioso, seja na área de políticas sociais, seja na área econômica ou até mesmo jurídica, que os recursos do Estado

¹⁹⁸ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, pp. 206 e ss. O autor abrandava essa questão, comparando com os direitos de liberdade, que também tem custos. Ninguém duvida. A grande diferença, que passa ao largo dos defensores de uma igualdade de tratamento entre direitos sociais e de liberdade, é a essência do direito social – a demanda ao infinito. O autor reconhece, mas minimiza, *ibidem*, p. 211, “Não se nega, com isto, que não faça sentido, como veremos, afirmar que os direitos sociais exigem, em princípio, um maior investimento público do que os direitos de liberdade; contudo, verifica-se neste âmbito uma mera <questão de grau e não de substância>.”

¹⁹⁹ Ao dispor sobre a concessão gratuita de determinado serviço de saúde ou medicamento, o Estado deve fazer um exercício de prognose de forma a prever se terá condições de fornecer tal serviço ou produto para todos que dele precisarem, sob pena de ferir o princípio da igualdade. É a mesma lógica que utilizamos para refutar, Capítulos 9 e 11, a questão das tutelas individuais e o ativismo judicial.

²⁰⁰ A discussão sobre a política pública de saúde do Governo Obama, agora frente a já consagrada transição para o Governo Trump.

²⁰¹ Vimos a Alemanha, talvez hoje o país mais rico da Europa, vivendo problemas sociais com os refugiados, implicando em discussão acerca do tamanho da contribuição do Estado.

²⁰² Vale registrar que também os direitos de defesa têm custos, e não são irrelevantes, como o aparato policial e judicial do Estado para o resguardo das liberdades, que, todavia, não é o foco de nosso estudo.

são finitos e, pior, insuficientes, para a consecução dos seus fins, ao menos na plenitude da demanda. E se o é, não há como desviar da conclusão de que a reserva do possível, neste caso específico, financeira e material, é uma restrição fática - diz-se também jurídica, eis que limitada pelas regras orçamentárias, tributárias e de competências²⁰³, com suas vinculações constitucionais -, para a concretização dos direitos sociais²⁰⁴.

Outro aspecto importante a ponderar sobre a reserva do possível diz respeito a sua vertente política ou ao politicamente adequado. Se não bastasse a dificuldade de compatibilizar o custo da implementação da política pública e a demanda social, não há como olvidar do essencial, a consideração das escolhas políticas, a liberdade de conformação do legislador em um Estado Democrático.

Com efeito, se foi falado que o recurso é escasso, a escassez sugere escolhas e neste aspecto, não nos parece sobrar dúvidas que o ambiente democrático exige o respeito ao parlamento, ao legislador que concretiza a norma de direito social, por meio da política pública que a conforma.

²⁰³ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado Democrático de Direito*, Coimbra, 2012, p. 94, “[P]... se para além da margem já referida de escolha e opção política que cabe ao Governo democrático, na questão de direitos fundamentais em apreciação estiver também envolvida uma opção de natureza orçamental relacionadada com a alocação dos recursos financeiros disponíveis numa dada comunidade, também aí a margem de controlo e escrutínio judicial, se bem que existindo e devendo ser exercida, resulta diminuída dada a competência orçamental que, em Estado de Direito democrático, é atribuída às assembleias representativas.”; as regras orçamentárias e tributárias funcionam como um limite e controle para o Estado, de como gastar e como arrecadar. A questão relativa a competência parece mais sensível no Brasil, pelas imposições constitucionais do Estado federado.

²⁰⁴ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia ...*, p. 288, vislumbrando que a reserva do possível não é um elemento dos direitos sociais, mas um limite, no duplo sentido de efetiva disponibilidade fática de recursos e disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos (orçamentos, competências tributárias, legislativas, administrativas). O autor salienta que a reserva do possível tem uma função pouco falada, a questão de servir como garantia dos direitos, por exemplo, no caso de conflito de direitos, para salvaguardar o que ele chamou de mínimo essencial.

Jorge Miranda²⁰⁵ fala em *ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível*. Ora, o que é definido pelo legislador, dentro de sua liberdade conformadora de certa política e executado pelo governo, se levado em consideração, ao menos dentro do parâmetro da legalidade, que era uma opção plausível para efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, é inegável que se reconheça como uma difícil equação de potencial déficit de controle jurídico.

A concretização de uma política pública de direitos sociais passará, sempre, pelo crivo subjetivo de priorização de alguns direitos, em detrimento de outros, conforme a realidade social exigir e o ideal político assim compreender.

O que a doutrina que defende a existência do princípio da proibição de retrocesso social - e ao mesmo tempo, um maior controle judicial sobre políticas restritivas de direitos sociais -, não compreende, e não justifica, é a tão sonhada e desejada efetividade do direito social, que está umbilicalmente ligada a condicionantes que são ao mesmo tempo dinâmicas e ideológicas: o social e o político²⁰⁶.

Parece-nos correta a ponderação de Jorge Miranda, no sentido de que os direitos a prestação não podem ser equiparados a garantias constitucionais, como se de igual força jurídica normativa. Aptas a serem

²⁰⁵ Cfr. Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 483-484. O autor alerta que como não é possível concretizar todos os direitos para todas as pessoas, é premente fazer escolhas, estabelecer tempos, modos e graus de efetivação dos direitos, sob pena de tornar o comando constitucional sem efetividade, ao almejar fazer tudo, nada fazer. Parece-nos que aqui está a função de garantia da reserva do possível, citada por Ingo Sarlet (em nota acima). O equilíbrio nas escolhas diante da inevitável carência de recursos para realização de tudo.

²⁰⁶ Se estamos diante de escolhas, essencialmente políticas, compreendamos outra questão fundamental que é inerente ao Estado de Direito já acima frisado: discutir a qualidade da democracia. Não basta votar. A sociedade civil organizada, se quer algo melhor para o país, deve voltar seus olhos para a qualidade do sufrágio. Ao final, é nesse momento que são feitas as escolhas políticas da sociedade, que precedem as dos parlamentares. É neste quadro que compreendemos a importância da formação sociocultural do povo. Em essência, o maior investimento que uma nação pode fazer é em educação de qualidade, como fórmula de mudança de uma realidade social.

modificadas pela alternância dos paradigmas estatais, como essencialmente o são, estão sujeitas a controle de constitucionalidade ou caducidade, em caso de revisão. Preocupa-se, todavia, o Professor de Lisboa, como já dito no capítulo 4, é com a supressão total, mormente quando não justificada²⁰⁷.

Não podemos, nessa matéria, nos afastar de uma realidade. Se a demanda social é sempre maior que a capacidade de realização estatal, um governo responsável, em um ambiente político ideal, haverá de dar maior ênfase às carências preponderantes de um determinado contexto histórico, a enfatizar programas sociais ligados aos aspectos mais sensíveis da dignidade humana, saúde, segurança social, ou aqueles que permitem uma transformação social, como a educação, postergando programas como lazer para épocas de normalidade financeira. O contrário seria apenas uma retórica discursiva com único objetivo de mascarar a realidade²⁰⁸.

As limitações financeiras e políticas que implicam em restrições aos direitos sociais são tão complexas e devem ser tratadas com imensa seriedade, que Vieira de Andrade adverte que, mesmo dispondo o Estado de recursos e tendo o poder de dispor, não se deve falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável²⁰⁹. A exigibilidade

²⁰⁷ Cfr. Jorge Miranda, *Manual, T- IV...*, pp. 494-495. Segundo o autor, sendo normas sujeitas a reserva do possível, pode ocorrer as seguintes situações: em tempos de condições econômicas favoráveis, aplicar para a máxima satisfação das necessidades sociais; em tempos de crises, adequação ao nível de sustentabilidade existente, com eventual redução dos seus beneficiários ou dos seus montantes; situações de exceção ou escassez de recursos, suspensão, com obrigação de retorno ao curso normal. Percebe-se que o autor, sem nominar o estado de necessidade financeira, tangencia uma solução para os momentos de imperiosa austeridade econômica.

²⁰⁸ Acórdão nº 346, de 1993, do Tribunal Constitucional, já em linhas conclusivas: "(...) a matéria do direito constitucional à habitação, tem de ponderar-se que o seu grau de realização fica dependente sempre, em última análise, das opções que o Estado seguir em matéria de política de habitação, as quais são sempre condicionadas pelos recursos financeiros de que o próprio Estado possa dispor em cada momento (a chamada 'reserva do possível'), e pelo grau de sacrifício que o legislador considerar razoável impor aos proprietários privados senhorios de casas de habitação."

²⁰⁹ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 357 e ss.

de uma prestação não guarda simetria, única e exclusivamente, com a capacidade de oferecer o serviço.

Essa advertência vinda de Portugal remete-nos ao problema da judicialização do direito à saúde no Brasil e o nominado ativismo judicial, expresso nos excessos nas pretensões de tratamentos alternativos, não regulados e até de comprovação científica duvidosa e o efeito nefasto dessas decisões para a coletividade, já que os recursos são limitados²¹⁰.

Ressalta Reis Novais que a reserva do possível pode afetar de forma diversa a efetividade do direito. No caso dos direitos sociais, a reserva do possível invadiria o próprio plano jurídico, seria o direito que está condicionado a reserva do possível, porquanto o objeto está inteiramente vertido em uma prestação, dependente de concretização legislativa, e não somente as condições de sua eficácia social, como o são os direitos de defesa²¹¹.

Por fim, vale anotar que a Constituição Portuguesa prevê, expressamente, aplicabilidade imediata somente aos direitos e liberdades, conforme art. 18º, nº 1. No que tange à Constituição Brasileira, em que pese o art. 5º, §1º, prever eficácia imediata a todos os direitos fundamentais, comporta dizer que a doutrina aceita duas exceções: a) quando a Constituição remete expressamente ao legislador ordinário a concretização do direito; b) quando a norma não contiver elementos mínimos necessários para sua aplicabilidade imediata, no sentido de não possuir conteúdo suficiente para gerar efeitos.

²¹⁰ Sustentando o problema, em que pese a posição do autor em defesa do ativismo judicial, com a qual não concordamos, Luis Roberto Barroso, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva...*, pp. 875-903. São desvios típicos causados pelo ativismo judicial no Brasil demandas de fralda descartável de marca específica, fornecimento de leite em pó de marca específica, autorização para cirurgia em Miami, a custos astronômicos e tratamentos experimentais contra o câncer. Tudo na conta do direito social a saúde e ao bem-estar. A pergunta que fica é se é possível e se o Estado suporta.

²¹¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, pp. 100-101. Os exemplos da desapropriação e direito à habitação trazidos pelo autor elucidam essa diferença.

As duas exceções acima anotadas remetem, essencialmente, aos direitos sociais de dimensão positiva, o que reforça nossa posição no sentido de que os direitos sociais prestacionais tem, de fato, uma eficácia social²¹² sujeita a todos estes aspectos que estamos tratando neste trabalho, o que os diferencia, no nascimento, dos chamados direitos de defesa.

6.4. *A gradualidade da norma - a questão da progressividade ao infinito*

A gradualidade da norma pode ser entendida como uma constatação de que os direitos sociais não se implementam, nem todos, nem mesmo cada um deles, de uma só vez. Além das exigências da própria reserva do possível, das opções políticas ou reserva do politicamente adequado²¹³, são dependentes da própria transformação da sociedade. Ao fim e ao cabo, vamos chegar a conclusão que, ainda mesmo em tempos de escassez moderada, ou da utopia da abundância financeira, a implementação gradual²¹⁴ é própria da estrutura normativa do direito social e das dificuldades inerentes à execução de políticas públicas, como diferenças

²¹² Cfr. Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, p. 85.

²¹³ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 243, em passagem crítica que questiona o otimismo e o determinismo da história na crença de uma progressividade ao infinito.

²¹⁴ Art. 2º, nº 1, do PIDESC: “Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos económico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”- grifo nosso.

regionais, burocracia, corrupção, corporativismo, rede de distribuição e suporte²¹⁵.

O cuidado que se deve ter, sob o ponto de vista da legalidade, é com o princípio da igualdade social²¹⁶, para que as escolhas do legislador não sejam escolhas puramente discriminatórias, desvinculadas de critérios objetivos.

Na esteira do entendimento daqueles que pugnam pela existência do princípio de proibição do retrocesso social está a constatação de que o direito social, uma vez concretizado, deva ser sempre progressivo e eventuais retrocessões são ilegítimas e inconstitucionais. Em oposição a esse entendimento, como já deixamos claro no capítulo 4, o princípio em análise não passa de uma retórica acadêmica, ou demagógica, no campo da política. Para nós, é tão ilusório como ineficaz.

A sonhada seta para o infinito, para indicar a progressividade do direito social esbarra nos seus próprios atributos constitutivos, qual seja, condicionantes fáticos resultantes da apuração de necessidades de um lado – indivíduos -, e possibilidades financeira²¹⁷, jurídica e política de outro – Estado.

Eventuais compressões ao conteúdo de uma determinada política, que podem ou não indicar retrocesso, estão intimamente ligadas a algumas

²¹⁵ Este desafio é ainda maior em países de grande desigualdade social e regional e de território vasto, como o Brasil. O que se admite como básico, fundamental e primário no Nordeste, pode ser uma carência já superada no Sul do Brasil. Enquanto se luta pela água e cesta básica no sertão nordestino, nos grandes centros urbanos do Sudeste, os problemas de habitação e saúde estão em primeiro plano de necessidade.

²¹⁶ Desenvolvendo a questão da igualdade social como igualdade efetiva, real, material, concreta, com extensa bibliografia, Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 263-270. Contrapondo a igualdade jurídica-formal com a igualdade jurídica-material, também nominada social, *ibidem*, p. 268, “[Já...] porque a igualdade social como igualdade efetiva, real, material, concreta, situada (como quer que se designe) pode ou deve considerar-se imposta pela própria noção de igualdade jurídica, pela necessidade de lhe buscar um conteúdo pleno.”

²¹⁷ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões ...*, p. 110, chama de <ditadura dos cofres vazios>.

circunstâncias que não são racionalizadas no ambiente técnico-jurídico, como escolhas políticas formuladas por uma ideia de Estado diverso, ou mesmo questões mais corriqueiras, como atendimento a demandas que se apresentam mais urgentes, como uma doença epidêmica ou catástrofe natural ou, ainda, crise financeira extrema e excepcional.

Não é incomum a restrição ao âmbito de proteção de determinada política pública possibilitar maior abrangência de outra, por qualquer uma das situações hipotéticas acima, consentâneo com a realidade conjuntural, de modo a dar consistência e perenidade ao direito social como um todo. Mais uma vez, deixando o paradigma do retrocesso impeditivo em suspenso²¹⁸.

Toda vez que o debate diz respeito a revisão de normas de direito previdenciário – por iniciativa do parlamento ou do governo - as primeiras impressões são de um retrocesso social, mormente em discursos ideológicos ou de setores com maiores privilégios. O passar do tempo pode indicar que foram positivas para a sociedade como um todo²¹⁹.

A interpretação do que é progresso ou retrocesso passa, normalmente, por um processo político e ideológico, que se extraído do campo das paixões políticas, interesses particulares, discursos morais ou de corporações, demonstraria que, na verdade, é fruto da evolução natural da sociedade e sua perene necessidade de rever conceitos e normas jurídicas²²⁰.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 111, admite a relativização do discurso de aumento contínuo de prestações sociais, que ele próprio defendeu em outros trabalhos e sentencia, “A dramática aceitação de <menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário para todos>, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.”

²¹⁹ A revisão de idade de aposentadoria, com base em critérios científicos, ou a supressão de privilégios para uma ou outra classe de trabalhadores, mormente do setor público, são medidas restritivas de direito, não há dúvida. Por outro lado, as contas da previdência social e o desequilíbrio atuarial podem comprometer o orçamento e mais do que nunca a revisão de leis é uma necessidade de preservar o direito das gerações futuras.

²²⁰ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 244, visita tal ponto com a pergunta: “Qual seria, então, o critério constitucional para definir materialmente o sentido de retrocesso?”

A título de exemplo, vale lembrar que a lei que estabeleceu taxas moderadoras no sistema de saúde pública portuguesa, em princípio, um retrocesso, se comparado a ordem anterior, de gratuidade plena, foi questionada no Tribunal Constitucional, com resposta que deixa claro esse nosso entendimento²²¹.

A veste da progressividade gradual do direito social foi novamente colocada à prova na lei que restringia uma bonificação para a habitação. Como já comentado no capítulo 4.2, o Tribunal Constitucional firmou o entendimento de compatibilidade do conteúdo normativo com a Constituição portuguesa - Acórdão 590/2004, deixando clara a elasticidade política de concretização do conteúdo dos direitos sociais, mormente quando respeitadas as premissas básicas de garantia de um conteúdo mínimo de proteção ao bem jurídico e formulação de alternativas à política suprimida ou comprimida.

O engessamento da política social que se postula com o princípio de proibição do retrocesso social é pernicioso para as exigências e possibilidades de uma nova geração, de um novo tempo, por fim, da vitalidade e continuidade da própria Constituição. A ordem jurídica deve sintonizar com o postulado de reversibilidade, de mudança de *status quo* não por uma simples equação ideológica perversa de expropriação de direitos,

²²¹ Acórdão 330, de 2008, do Tribunal Constitucional, da qual extraio o seguinte trecho: “[...]Antes de mais — e admitindo, por hipótese, que o estabelecimento de taxas moderadoras no âmbito do SNS briga inevitavelmente com o princípio da «gratuidade» que deve caracterizar esse serviço — não seria porventura de excluir aqui, liminarmente, a questão de saber se o legislador, ao propor-se dar cumprimento às incumbências constitucionais a que se encontra adstrito no domínio dos direitos sociais, não se acha autorizado a uma actuação «gradualística» (que leve em conta as condições socioeconômicas e as possibilidades efectivas do Estado em cada momento, função, decerto, dos recursos então disponíveis), e antes está simplesmente vinculado a dar-lhes (a essas incumbências) imediata e integral satisfação, sem lhe competir curar de considerações como as acabadas de referir. Deixar-se-á de lado, no entanto, esta questão — que por certo se reveste do máximo melindre e complexidade.”.

mas porque as pessoas e suas necessidades mudam, os meios e interesses apresentam-se diversos, de acordo com o tempo.

Respeitadas as circunstâncias fáticas, de toda ordem, os limites impostos ao legislador ordinário, sem, contudo, defender uma cláusula proibitiva do retrocesso social, Vieira de Andrade²²² sustenta a possibilidade de revisibilidade de cláusulas de direitos sociais, concomitante que não confronte com o princípio da proteção da confiança. O que o Professor de Coimbra ressalva é a existência de um limite a retroatividade desarrazoada e arbitrária. Não devemos nos esquecer que a rejeição ao arbítrio do detentor do Poder é exatamente a razão da existência da própria Constituição.

Não será uma maior rigidez constitucional que determinará a marcha para uma sociedade mais justa. Há que se respeitar o dinamismo social, a realidade constitucional de cada tempo histórico, o direito das futuras gerações de modificar o consenso jurídico do passado. Não há verdade perene. Há sempre algo a acrescentar e a decotar, em qualquer área do conhecimento e, como tal, ao que aqui nos interessa, nos direitos sociais²²³.

²²² Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais no Século XXI...*, p. 20, “Por isso também, fora das hipóteses excepcionais de constitucionalização material do conteúdo das normas legislativas por via do seu enraizamento na consciência jurídica comunitária, julgamos que da Constituição só resulta a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas ordinárias conformadoras dos direitos sociais – que mais não é (na medida em que mais não seja) que a garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional –, bem como o limite da protecção da confiança, na medida em que exclui o arbítrio ou a desarrazoabilidade manifesta do «retrocesso». Assim, os chamados “direitos derivados a prestações” são, salvo casos excepcionais, direitos legais que não integram o conjunto material dos direitos fundamentais.”

²²³ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 380, “[P]... É que não aceitamos que os preceitos relativos aos direitos sociais possam ser interpretados como definições normativas do caminho que os homens têm inexoravelmente de percorrer na sua marcha histórica para a sociedade justa; nem que ao legislador democrático reste apenas estabelecer as condições institucionais e de facto necessárias à realização desse objetivo determinado, de harmonia com o estágio de desenvolvimento da comunidade no sentido único do <progresso>.”

6.5. O princípio da separação de poderes²²⁴

Esse tópico de nosso trabalho pretende demonstrar como o princípio da separação de poderes pode ser compreendido não somente como uma objeção ao controle jurisdicional das políticas públicas, como também, uma norma justificante do agir judicial, como ferramenta de controle, se a intervenção respeitar a divisão de funções e não olvidar da autocontenção.

A separação de poderes²²⁵ é umbilicalmente ligada ao movimento constitucionalista do Século XVIII, que teve como finalidade a limitação do poder absoluto do rei. Pode-se dizer, portanto, que a ideia de separação das funções dos poderes é um pressuposto do constitucionalismo moderno²²⁶. Decorre da sua origem, ao limitar o poder absoluto, a consequência lógica da limitação dos demais poderes. Pressupõe dois princípios: especialização funcional e independência orgânica²²⁷.

²²⁴ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 251, “[A]...O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de forma legítima.”.

²²⁵ Para aprofundamento do tema específico da separação de poderes, por todos citados, Nuno Piçarra, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra, 1989.

²²⁶ Não nos ocuparemos em dialogar com questões históricas dos movimentos constitucionais modernos e como se desenvolveram até o chamado Estado Social de Direito. Para tanto, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp.71-135; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 51 e ss.

²²⁷ Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 10^a ed., 1995, p. 110, “[A]... (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.”.

Mais abrangente, a concepção do princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, é tratada por Gomes Canotilho, que nos avisa que o princípio da separação de poderes possui duas dimensões complementares: (i) uma dimensão negativa, que implica em divisão, controle e limitação do poder e (ii) uma dimensão positiva, que implica em ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões “funcionalmente eficazes e materialmente justas”. A dimensão negativa corresponde à ideia de divisão de poderes, como forma e meio de limite do poder, assegurando uma medida jurídica ao poder do Estado e, conseqüentemente, garantindo e protegendo a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos, evitando a concentração de poderes. Por outro lado, a dimensão positiva, que corresponde à ideia de separação de poderes propriamente dita, assegura uma justa e adequada ordenação das funções²²⁸ do Estado²²⁹.

Para Blanco de Moraes²³⁰, o referido princípio atua como critério finalístico e jurídico na organização do poder político, cujo significado da expressão - separação e interdependência -, está definido na CRP76, no art. 111.º, na Parte III, que trata da Organização do Poder Político.

²²⁸ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, 2ª ed., São Paulo, 2015, p. 116, “Esse ponto ótimo do rateio de funções entre os Poderes (estruturas orgânicas independentes) deve ser encontrado com o foco na finalidade do arranjo institucional, que é a limitação do poder estatal, no interesse da liberdade.”

²²⁹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 250/251: “A ordenação funcional separada deve entender-se também como uma ordenação controlante-cooperante de funções. Isto não se reconduz rigidamente a conceitos como ‘balanço de poderes’ ou ‘limitação recíproca de poder’ nem postula uma rigorosa distinção entre funções formais e funções materiais. O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que legislador, o governo ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem pode ser feito e é feito de forma legítima.”

²³⁰ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 500-501, “[D]...cada órgão soberano se deve conter nos limites das competências que lhe são atribuídas, de modo a aprovar uma repartição funcional de atribuições públicas que respeite, tanto o núcleo essencial da função estadual cometida aos restantes órgãos, como a exigência de uma não concentração nuclear de competências relativas a mais de duas funções no mesmo órgão, como ainda, a existência de controlos interorgânicos que assegurem a respectiva responsabilização.”

A consagrada expressão - independentes e harmônicos²³¹ - traduz, em nosso sentir, a ideia de complementariedade e não de contradição²³². Isto porque o sentido organizacional é manter a indivisibilidade do Estado de Direito. Para tanto, necessária a harmonia entre eles, uma vez que, como sabemos, as funções não são estanques (interdependência), ao contrário, entrelaçam-se.

Não se trata de invasão ao âmbito determinado pela clássica separação de poderes. Como bem assinalou Virgílio Afonso da Silva²³³, no que ele nominou de o <Mito de Montesquieu>, é a grande confusão que se faz em torno deste princípio, cuja teorização no Século XVIII, quando a sociedade era menos complexa e predominavam as ideias do Estado Liberal, assumidamente de proteção e manutenção do *status quo* da burguesia da época.

Esta objeção ao atuar do Poder Judiciário no campo das políticas públicas de direitos fundamentais, mas na parte que nos interessa, dos direitos sociais, na conhecida formulação da doutrina liberal oitocentista da separação de poderes, olvida, por mais das vezes, que os três poderes da República não têm, e nunca tiveram, como já visto, atribuições estanques²³⁴. Ao contrário, conformam-se em uma complexa ordenação de obrigações e limitações recíprocas.

É possível vislumbrar, em diversas normas constitucionais, funções atípicas exercidas pelos três poderes da República, sem quebra da harmonia entre eles e, na grande maioria, sem grandes questionamentos

²³¹ Art. 2º da CRB88; na CRP76, o art. 2º utiliza a expressão separação e interdependência de poderes.

²³² Cfr. José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise...*, p. 57, “[U]...a divisão de poderes não é outra coisa senão uma estrutura em equilíbrio tensional.”

²³³ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais...*, p. 589; ainda que menos complexa, nem mesmo Montesquieu defendia a separação estanque de poderes, cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 114-115.

²³⁴ Cfr. Cláudio Pereira de Souza Neto, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais...*, p. 520.

jurídicos. Vimos, recentemente no Brasil, o Parlamento a exercer a função jurisdicional no julgamento de impedimento da Presidente da República por crime de responsabilidade²³⁵; também corriqueira é a função legislativa exercida pelo Poder Executivo, quando elabora as chamadas Medidas Provisórias²³⁶, que tem força de lei, enquanto não deliberada pelo Parlamento.

Este entrelaçamento de funções desenhada nas Constituições modernas garante equilíbrio entre as instituições detentoras de poder, necessário para o pleno funcionamento da democracia²³⁷. O grande problema reside na constatação de que, nem sempre, esta zona cinzenta de funções é bem demarcada, seja porque a norma enuncia um princípio, seja porque a Constituição não estabelece, com precisão, a competência funcional.

Como os direitos sociais estão enunciados de forma aberta, com conteúdo, basicamente, indeterminado do seu âmbito de proteção, não há limites claros do que se pretende alcançar e tampouco há limites nas necessidades dos cidadãos que esperam ser assistidos com determinada política.

Esta é a questão mais tormentosa que se enuncia nos dias atuais acerca da separação de poderes: o controle, pelo Judiciário, das políticas públicas. O debate acerca dos limites dos poderes, em especial, da atuação judicial nessa seara, perpassa não só pelo equilíbrio entre os poderes, como também por questões que já foram objeto de discussão neste trabalho, como princípio democrático, limitações fáticas, orçamentárias e políticas entre

²³⁵ Arts. 52 e 85 da CRB88.

²³⁶ Art. 62 da CRB88.

²³⁷ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial...*, p. 117, “[N]...no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.”.

outras, que ainda serão tratadas, como limitações funcionais (ou operacionais²³⁸) do Poder Judiciário para dispor sobre tais questões, para além do óbvio, que seria a criar leis ou estender o âmbito de proteção das existentes.

Ao estabelecer funções precípua aos poderes da República, quis a Constituição que, ordinariamente, cada poder responda, prioritariamente, por aquilo que lhe foi concebido como essencial. Na nossa compreensão, que já anunciamos no capítulo que analisou o campo teórico do princípio da proibição do retrocesso social, importante registrar, que em matéria de políticas públicas como categoria normativa, o agir do Poder Judiciário deve ser um mecanismo subsidiário de atuação. Neste sentido, o controle das políticas públicas pode ser locado em uma zona cinzenta de entrelaçamento na convivência harmônica, na busca da eficiência, da probidade administrativa, do conjunto de fatores que interferirão para o bem-estar social e a qualidade de vida do cidadão. E ao Judiciário, nesta perspectiva, a atuação se apresenta essencial no controle da aplicação das políticas públicas e não no controle da sua criação.

Não há dúvidas que atuação do Poder Judiciário, nesta esfera, será tanto mais acorde com a Constituição, quanto menos interferir, e quando o fizer, que o faça no sentido de promover a necessária retomada aos trilhos, ou seja, a ação ordinária dos poderes²³⁹.

Decidir, única e exclusivamente, em termos substitutivos à atuação do demais poderes, em nosso sentir, é um desvio de funcionalidade no arranjo dos poderes. Mais do que nunca, o investimento do Judiciário, no plano de políticas públicas, deve ser de restabelecer a normalidade da ação estatal, o que indica, a retomada do controle das políticas pelas instâncias democráticas.

²³⁸ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *A constitucionalização das políticas públicas...*, p. 115.

²³⁹ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial...*, p. 119.

É evidente que o restauro do rumo das políticas públicas é um importante e útil papel a ser desenvolvido pelo Judiciário, desde que, ao consertar, não trace outros caminhos, às vezes criativos, senão aqueles previamente definidos ou assuma o comando das diretivas constitucionais. Muitas vezes, o controle passa pela orientação interna ao agir do outro poder, viabilizando o controle interno do próprio poder e a realização das vinculações normativas.

Quando tocamos na objeção ao controle das políticas públicas pelo Judiciário em face da reserva do possível, deixamos claro que esta reserva não é só financeira, mas política. Dissemos e aqui vale frisar, que no quadro de uma escassez moderada, dita de normalidade, a questão não passa somente em saber se há recursos, uma vez que os recursos podem ser deslocados de uma demanda para outra, mas onde serão alocados. E esta equação, quanto e onde, sempre levará em consideração a força política da demanda requerida e da sua premência frente às circunstâncias fáticas²⁴⁰.

Essa natureza política da escolha deve ser subtraída do Poder Judiciário. Trata-se de prioridades de escolha e como tal, do âmbito funcional do Parlamento.

Estamos a falar de uma escolha que atendeu aos critérios dispostos nos princípios da proporcionalidade, legalidade, igualdade material e segurança jurídica. Claro e evidente que esta fundamentação política da escolha não pode vir apartada de uma análise minimamente jurídica, afinal, o Estado é de Direito. No entanto, firmada uma fundamentação jurídica, entre as diversas demandas a serem atendidas, é o poder de conformação do legislador que fará a diferença.

²⁴⁰ Nesse quadro do quanto e onde, estamos levando em consideração que o mínimo estabelecido pelas constituições para aplicação de recursos financeiros em determinada demanda já foi atendido.

Esta é uma questão a ser tratada pelos limites da separação de poderes²⁴¹, muito antes das objeções da reserva do financeiramente ou politicamente possível.

Portanto, o direito de escolha de prioridades é do poder político, que carrega em si mesmo o ônus de provar que aquela escolha, subtraindo determinada demanda, para atendimento de outra mais premente, atendeu a critérios legais, suficientemente relevantes para o interesse público, diante da importância do direito social atendido em face do preterido.

Reis Novais²⁴² frisa, que em respeito ao princípio a separação de poderes, o espaço de controle do judiciário, nesta seara, é limitado pela autocontenção, mas não deixa de existir, nas mesmas possibilidades do exercício do controle dos direitos de liberdade.

A grande questão que aflora, portanto, neste debate, não é simplesmente o custo do direito social não atendido, como impedimento ao Juiz que julga determinada ação individual de conhecer ou não determinada demanda, já que o mérito da demanda não pode ser rejeitado em razão das consequências políticas de determinada decisão. Mas se soma a questão orçamentária, saber se a pretensão está alcançada pela reserva legal ou se a omissão legislativa ou executiva fere os princípios constitucionais estruturantes, ou seja, é injustificada.

Se a circunstância indicar que a lei promotora do direito social existe, que a política pública está sendo aplicada em situações análogas, ou que apesar de não existir, aquela omissão não se justifica, porquanto abaixo do mínimo exigível de aplicação de recursos financeiros – em outras palavras, a omissão é injustificada -, não vislumbramos afetação ao princípio da separação de poderes se o Judiciário agir no sentido de determinar a

²⁴¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, pp. 115-122.

²⁴² *Ibidem*, p. 117, com exemplos clarificadores da posição adotada.

execução da política pública para aquela demanda reprimida²⁴³, ao argumento de violação expressa do princípio da igualdade ou de regras orçamentárias constitucionais ou mesmo leis orçamentárias aprovadas pelo Parlamento.

Nesse sentido é que os direitos sociais se aproximam dos direitos de liberdade. Não se trata de violação a separação de poderes, não se trata de ativismo judicial, mas a compreensão que, nem a liberdade de conformação do legislador, nem a discricionariedade administrativa, são 'cheques em branco' dado pelo Constituinte para o Parlamento legislar como queira ou o Executivo administrar como lhe for conveniente²⁴⁴.

Esse é o modelo de separação de poderes que propugnamos neste trabalho. Afastamos da compreensão de separação de poderes oitocentista, que via o juiz como a boca da lei, na estanqueidade de funções. Aliás, não há quem defenda, com seriedade, esse modelo no constitucionalismo contemporâneo. Todavia, estamos convencidos que o paradigma defendido pela doutrina neoconstitucionalista, de incremento das funções judiciais, no sentido de não estabelecer limites ao poder judicial, como 'falsa' condição *sine qua non*, que garanta a imperatividade das normas constitucionais, para além de não trazer benefícios reais, cria

²⁴³ Não estamos nos referindo a CRIAÇÃO de políticas públicas, inclusão de novos enunciados ou novos conteúdos. A referência a omissão é no agir do governo, o déficit de execução, não da omissão completa da política pública.

²⁴⁴ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa – devido procedimento na elaboração normativa*, Belo Horizonte, 2016, pp. 141 e ss. A proposta da autora de racionalização da atividade governativa e parlamentar em termos de elaboração de normas de direitos sociais passaria por um direito a justificativa das opções legislativas, de modo a propiciar um maior controle de eficácia jurídica do direito, inclusive exercido pela justiça constitucional. Sem adesão ou rejeição à proposta da autora, já que não é o objetivo deste trabalho, importante é destacar que nenhum dos poderes age de forma livre, sendo os seus limites fixados pela moldura constitucional, pelo núcleo identitário de um modelo escolhido pelo constituinte.

desigualdade de tratamento, decisionismo e voluntarismo judicial, é irrealizável sob o ponto de vista funcional²⁴⁵.

O Judiciário não é omissivo quando não substitui as instâncias majoritárias na criação de lei. O Judiciário deve ser ciente e consciente de suas limitações e de suas responsabilidades. A “doutrina da efetividade”, difundida no Brasil na pena de Luis Roberto Barroso²⁴⁶, demonstrou, ao longo do tempo, uma dificuldade enorme de sustentabilidade jurídica e operacional. Apesar de seu expoente, como Ministro na Corte Suprema Brasileira, ainda modificar leis por meio de decisões judiciais²⁴⁷, há sensível recuo para patamares de maior criticidade ao modelo então defendido²⁴⁸.

A independência e harmonia entre os Poderes, buscando uma separação de funções é o modelo que entendemos com maior capacidade de enfrentar os desafios constantes para potencializar as políticas públicas no sentido de atender ao déficit social.

No próximo capítulo, analisaremos os fundamentos jurídico-constitucionais dos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e proporcionalidade, admitidos nas Constituições que utilizamos como

²⁴⁵ Sobre o ativismo judicial, trataremos no capítulo 9. Sobre o déficit Judiciário na capacidade de substituir as instâncias majoritárias, falamos no tópico 6.2 e voltaremos a tratar no capítulo 8, especificamente sobre as limitações da justiça constitucional.

²⁴⁶ Cfr. Luis Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 6ª ed., São Paulo, 2004; e do mesmo autor, *O direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2003; e Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *in Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, São Paulo, Centro de Estudos da PGE, jan/dez 2006, pp. 1-49.

²⁴⁷ HC 124.306/RS, de 9.8.2016. Nesta decisão, comentada no capítulo 9 infra, o STF definiu, por maioria, uma descriminalização parcial do aborto.

²⁴⁸ Cfr. Luis Roberto Barroso, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva...*, pp. 875-903; Jorge Silva Sampaio, *O controle jurisdicional...*, p. 416, nota 1715, o autor aponta esta mudança de percurso no pensamento de Barroso, na obra “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *in Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes*, Christine Oliveira Peter da Silva/Gustavo Ferraz Sales Carneiro (org.), Rio de Janeiro, 2010, pp. 248 e 250-ss.

referência, e como podem ser úteis, não exclusivos, como instrumentos normativos de controle de políticas públicas, inclusive pelos Tribunais.

Diante de inevitáveis ferimentos da ordem constitucional na prática legislativa e executiva, sobressaem os mencionados princípios como ferramentas de controle, ainda que a aceitação não seja um consenso jurídico, quando utilizados pela jurisdição constitucional, nem sempre com integridade e coerência, haja vista a possibilidade, sempre presente, de algum subjetivismo por parte do intérprete.

7. O controle judicial por meio de princípios estruturantes

Por meio da análise da normatividade constitucional dos direitos sociais, consegue-se perceber a fragilidade da defesa do controle judicial de políticas públicas de forma ampla e sem limites. A intransponível dificuldade de convivência com o princípio democrático e com a locação dos direitos sociais no âmbito do financeiramente possível são dois dos principais problemas que, em nosso sentir, inviabilizam, pelo menos, a criação e ampliação de políticas públicas pelo Judiciário.

Como já nos referimos em linhas volvidas, não estamos aqui a defender a liberdade plena, sem limitações, ao exercício democrático da função política, mormente a legislativa. É o conceito de Constituição, como estatuto jurídico de racionalização e limitação do poder²⁴⁹, que nos adverte que o controle é inerente aos poderes. A grande questão seria, em que medida.

O exercício do controle jurídico de atos legislativos e de governo, compressores de direitos sociais, deve ser, na nossa visão, estrita as funções delineadas na Constituição para o Poder Judiciário, por meio de ferramentas, também jurídicas, extraídas dos próprios princípios estruturantes da Constituição.

Entendemos que o âmbito de proteção dos princípios da segurança jurídica, mormente na sua vertente subjetiva, da proteção da confiança e do princípio da proporcionalidade, permite tal aferição com algum grau de objetividade, ainda que reconheçamos sujeitos a subjetividade no processo de adequação da norma principiológica ao caso concreto, afinal, estamos diante da atividade humana.

²⁴⁹ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 15-19; José de Melo Alexandrino, *Lições – I...*, p. 140.

Nossa abordagem é limitada a aplicação dos referidos princípios, principalmente, em face dos atos legislativos, com implicações servíveis, mas que não vamos nos ater, para os atos de governo²⁵⁰.

7.1. *Princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança*

O primeiro ponto a destacar diz respeito a normatividade do princípio da segurança jurídica no ordenamento constitucional brasileiro e português²⁵¹.

Secundariamente, seria sua identificação como instrumento hábil de controle do legislador ordinário para justificar a escolha da forma de concretização do direito social, à medida que, como já mencionado, direito social tem maior demanda que a oferta disponível, esta limitada, principalmente, pela reserva do possível.

O princípio da segurança jurídica, segundo Blanco de Moraes²⁵², “enuncia o imperativo de garantia da certeza da ordem jurídica, nas suas dimensões da estabilidade, coerência, e igualdade, permitindo aos cidadãos organizarem a sua vida individual e social no respeito pela previsibilidade e calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e das consequências derivadas das respectivas ações”.

²⁵⁰ Para uma apreciação mais abrangente do âmbito de proteção dos princípios aqui estudados, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 257-273; Carlos Blanco de Moraes, *Segurança jurídica e justiça constitucional*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLI, nº 2, 2000, pp. 619-630;

²⁵¹ Art. 2º e art. 282º, nº 4, ambos da CRP76 e art. 5º, XXXVI, da CRB88.

²⁵² Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 480 - ver nota 1040, com outras referências.

Uma das funções do ordenamento jurídico como um todo é exatamente garantir a estabilidade das relações jurídicas estabelecidas entre os particulares, entre o particular e as pessoas jurídicas de direito público e entre esses entes públicos. Em especial, a Constituição de um Estado visa normatizar a relação jurídica entre o particular e o Estado, à medida que limita e organiza o jogo do poder político sobre os cidadãos.

No que tange aos direitos sociais, como já dito, condicionados que são, por natureza, às questões políticas, financeiras e jurídicas, a existência de um princípio que dá estabilidade a estas relações, que obriga o Poder a manter a coerência nas decisões políticas e promove a igualdade, em sentido material, assume importância e observância singular. Não por acaso, é tão citado e estudado na doutrina e jurisprudência dos nossos tribunais.

Duas são as dimensões desse princípio na ordem jurídica, a objetiva – conhecida como princípio da segurança jurídica *strictu sensu* - e a vertente subjetiva²⁵³ - que ganha expressão pelo princípio da proteção da confiança²⁵⁴ -, sendo este último identificado como um componente material do próprio Estado de Direito. Ambas dimensões idealizam, segundo Melo Alexandrino²⁵⁵: “(i) subordinação do Estado de Direito, em termos de observância das leis, enquanto estas vigorarem; (ii) previsibilidade da

²⁵³ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 257, a primeira prende-se a ideia de ‘garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito’, enquanto a segunda, “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.”

²⁵⁴ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 481, no Acórdão 287, de 1990, o Tribunal Constitucional português deduziu o princípio da segurança jurídica do conteúdo do princípio do estado de direito democrático, art. 2º da CRP76, reconhecendo como critério geral que vale para todos os domínios de atuação dos poderes públicos, tornando-se este o *leading case* da aplicação do princípio constitucional da proteção da confiança em Portugal - medida legislativa era inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 259-266; Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 816-818; Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar...*, pp. 268-270.

²⁵⁵ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 79.

actuação estatal; (iii) clareza e precisão das regras jurídicas; (iv) publicidade e transparência dos atos e procedimentos públicos; (v) respeito pelos direitos, expectativas e interesses legítimos dignos de proteção pelo direito.”.

O princípio da segurança jurídica *strictu sensu* postula a clareza e densidade da norma, de modo que possa definir e regular as posições jurídicas dos cidadãos frente ao Estado e conformar os atos de governo, de forma a possibilitar o seu controle²⁵⁶. Pretende, ao final, distinguir a qualidade da norma, sua completa normação, o objeto e o âmbito de proteção, de forma que não restem dúvidas acerca da produção de efeitos desejados, os seus destinatários e em quais circunstâncias deva ser aplicada.

A densificação segura da norma de direito social, pelo legislador ordinário, permitirá maior facilidade de aplicação, bem como a melhor interpretação da vontade do legislador, leia-se, respeitante ao princípio democrático, não só pela administração pública, como pelo aplicador do direito, no caso, o Tribunal Constitucional, no exercício da fiscalização de constitucionalidade, e os juízes, no exercício do controle difuso, seja na tutela de direitos individuais, seja na tutela da coletividade, mormente quando posta a prova a sua compatibilidade com a Constituição. Em última análise, o controle dos atos legislativos.

Por outro lado, a proteção da confiança²⁵⁷, como princípio, atua em um campo ainda mais sensível sob o ponto de vista social e político, basicamente levando em consideração que interfere, em um extremo, na

²⁵⁶ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 258.

²⁵⁷ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 79, a proteção da confiança não constitui em si mesmo um direito fundamental, mas representa o lado subjetivo da segurança jurídica; para Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, pp. 455-457 o princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (íntima conexão com a própria segurança jurídica) – impõe ao poder público, inclusive, como exigência de boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.

liberdade de conformação do legislador e o postulado democrático de revisão das opções políticas de uma sociedade, e de outro, enseja a consideração às justas expectativas dos cidadãos²⁵⁸, ou seja, os efeitos de uma norma revisada.

Quais os limites de compressão da norma pelo legislador, perante as expectativas dos cidadãos, formadas a partir de um quadro legislativo e atos de governo que a justificam?²⁵⁹

A resposta a essa questão passa pelo entendimento de que o princípio da proteção da confiança tem seu campo de atuação variável de acordo com âmbito de restrição da nova lei, ou seja, se diz respeito a (i) situações jurídicas que projetam para o futuro, (ii) posições jurídicas do passado, com efeito prolongado para o futuro, as chamadas leis retrospectivas e, por fim, (iii) as constituídas e esgotadas no passado, também nominadas retroativas.

As hipóteses extremas apresentam-se de mais fácil resposta e solução. Certo é que nas situações jurídicas projetadas para o futuro, sob o foco na confiança, a liberdade é integral, não havendo que se falar em proteção hipotética de um indivíduo que sequer fora identificado, a restringir a liberdade do legislador na mudança legislativa²⁶⁰; nas chamadas leis

²⁵⁸ Sobre a legitimidade das expectativas a ser considerada em uma decisão, cfr. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 267: “[P]...a possibilidade constitucional de invocação bem sucedida do princípio pressupõe sempre a reunião cumulativa dos seguintes pressupostos: existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica, devendo essa expectativas ter sido estimuladas, alimentadas ou, de alguma forma, toleradas pelo Estado, e, em segundo lugar, uma alteração inesperada do comportamento do Estado que abala a confiança que os particulares detinham nele e põe em causa a solidez dessas expectativas.”

²⁵⁹ São posições jurídicas que bem exemplificam essa situação: alteração para maior idade da reforma, abolição de regimes especiais de saúde ou de segurança social, aumento considerável das propinas, venda forçada de imóveis desocupados, congelamento das progressões, mudança de critério para concessão de pensões, entre outros.

²⁶⁰ Uma determinada lei que modifique condições para aposentadoria, tempo de contribuição ou idade, não afetará os futuros trabalhadores, ou seja, aquelas pessoas que não entraram no mercado de trabalho formal não podem alegar qualquer ilegalidade, posto que não

retroativas, cuja afetação a uma situação jurídica já consolidada, no caso de tentativa de compressão do conteúdo da norma, a inconstitucionalidade é flagrante. Canotilho²⁶¹ afirma que, nesse caso, a retroatividade não passa de uma ficção, uma vez que decretaria a validade e vigência de uma lei a partir de um marco temporal anterior à data da sua entrada em vigor²⁶².

Mais emblemáticas são as posições jurídicas do passado, com efeito prolongado para o futuro, as chamadas leis retrospectivas ou retroatividade inautêntica²⁶³. No âmbito dos direitos sociais prestacionais há uma forte tendência de menor cobertura pelo princípio da proteção da confiança. Deve-se ponderar interesses, como por exemplo, o aumento da idade para reforma - interesse individual e coletivo –, quando, respeitadas as situações até então consolidadas, prepondera o interesse da maioria, por exigência do princípio democrático. Não podemos olvidar que estamos no campo dos direitos sociais, cujo influência do politicamente adequado e financeiramente possível nos avisa de que a solução leva em consideração limitações fáticas e também políticas.

Registre-se o que é importante. A atualização da norma à realidade social, as exigências econômicas e financeiras do Estado, os

possuem posição jurídica afetada, simplesmente porquanto não são sujeitos de direito do âmbito de proteção da antiga norma.

²⁶¹ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 261; do mesmo autor, *Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões ...'*, pp. 111-112, exemplifica: “[Assim...] se o legislador tem discricionariedade política para alterar o regime de previdência e de pensões, é de questionar a sua liberdade de conformação quanto a soluções legislativas representarem uma desproporcionada e retroactiva afectação de direitos subjectivamente radicados (montantes previsíveis de pensões, tempo de cálculo).”

²⁶² Há expressa previsão de proibição de retroatividade normativa nas duas constituições: Na CRP76, art. 29º, nº1/2/3/4, art. 18º/3, art. 103º/3; na CRB88, art. 5º, XXXVI e XL, art. 150, III, 'a'.

²⁶³ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais no Século XXI...*, p. 29, adverte: “Ora, em face da indeterminação típica das normas relativas aos direitos sociais, a intervenção judicial só é legítima em situações-limite – por exemplo, se houver ofensa do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio ou da discriminação injusta, ou se o legislador violar a confiança digna de protecção constitucional ou destruir o nível mínimo de realização dos direitos exigido pela dignidade da pessoa humana.”

influxos de uma sociedade em permanente transformação permitem que posições jurídicas reguladas por relações de trato contínuo sejam afetadas, sem que signifique inobservância do princípio da proteção da confiança²⁶⁴. À primeira vista, estes casos representariam insegurança jurídica e violação de direito adquirido, todavia, desde que respeitadas as situações até então esperadas, ou seja, as legítimas expectativas até o momento da mudança legislativa e aquelas já consolidadas pelo regime normativo anterior, é possível que as relações jurídicas em andamento sejam reguladas pela nova lei, por disposições que são chamadas de transitórias²⁶⁵.

Tal solução normativa, ou seja, conformar o novo direito, sem desrespeitar a situação até então prevalente, é bastante comum nas revisões de leis previdenciárias, tal como ocorre no aumento da idade ou de

²⁶⁴ Vide Acórdão 3/2010, que apreciou diversos dispositivos de leis que alteravam o regime de segurança social português, onde se alegava violação ao art. 63º da CRP76, entre outros. Destaco o seguinte trecho: “A sustentabilidade do sistema de segurança social é um objectivo que não deixa de reflectir uma ideia de justiça intergeracional que emana do nosso texto constitucional (vide JOÃO LOUREIRO, em “Proteger é preciso, viver também: a jurisprudência constitucional portuguesa e o direito da Segurança Social”, comunicação efectuada por ocasião do XXV Aniversário do Tribunal Constitucional, de que se cita versão fotocopiada), pelo que não se revelando que tais medidas se possam considerar desproporcionadas ou excessivas, ponderando os fins por ela perseguidos, sempre estariam dentro da margem de livre conformação do legislador. Nestes termos, é inevitável o juízo de que não se pode considerar que as alterações legislativas ocorridas, em matéria de pensões de aposentação, violem os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica, ínsitos na ideia de Estado de Direito democrático consagrada no artigo 2.º da Constituição.”.

²⁶⁵ A disposição transitória, ou seja, a adequação do regime jurídico novo a situações consolidadas no passado, será legítima quanto mais respeitar as consequências da norma revogada até o momento da transição para a nova legislação. No caso do sistema previdenciário, é sensível o problema, que se apresenta com particular gravidade, porquanto diz respeito, em algumas situações, ao projeto de toda uma vida, seja em relação ao tempo de trabalho, seja em relação ao montante da aposentadoria, com base em uma norma válida. A mudança da regra no curso de uma relação jurídica ainda não satisfeita por algum pressuposto temporal, idade ou contribuição, em que pese as premências factuais citadas, que a justificam para o futuro, deve considerar, em muito, aquela expectativa que pode não ter sido de um ou dois anos, mas muitas vezes de décadas de serviço prestado, sob pena de violar de forma frontal o Estado de Direito. Segundo Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, p. 268, “Terão diferente consistência expectativas solidificadas ao longo dos anos e estabilizadas por força de uma aceitação reiterada no tempo ou meras esperanças de que o benefícios recentes ou conjunturais não venham a ser retirados.”.

contribuição previdenciária para aposentadoria ou ainda quando se trata de alteração de regime jurídico²⁶⁶.

Tiago de Freitas²⁶⁷, assumidamente partindo da doutrina germânica, sintetizou, com muita propriedade, o significado do princípio da proteção da confiança, articulando que sua violação exige, cumulativamente, três pressupostos: “(i) que o Estado se comporte de forma a gerar, estimular ou tolerar expectativas de continuidade de um determinado quadro jurídico – criando, pois, uma situação de confiança que lhe seja imputável; (ii) que tais expectativas se mostrem fundadas ou justificadas não tendo ou não devendo os particulares ter motivos para esperar, com razoabilidade, alterações radicais em relação a elas – no fundo, que haja justificação da confiança; (iii) que a não satisfação das mesmas não seja justificada por motivos impostergáveis, prementes, compulsivos de interesse público.”.

Uma de nossas críticas aos autores que defendem a existência do princípio de proibição de retrocesso social, e nesta via, um maior controle da política pública de direito social, é que, designadamente, essa doutrina utiliza o conteúdo e as funções do princípio da segurança jurídica, mormente em

²⁶⁶ Vide ADI 3.105-8/2004, que bem ilustra a situação de retrospectividade da norma, já citada. No Brasil, estamos vivenciando outra proposta de reforma previdenciária, PEC 287/2016, que altera para pior, em muito, os direitos dos trabalhadores do setor privado e público, que tramita em turbulenta quadra política, levada a efeito por um Governo com pouco apoio popular e por um Parlamento absolutamente desqualificado, ao menos sob o ponto de vista ético, haja vista as enormes suspeitas de corrupção que recaem sobre um sem número de nomes do alto escalão de partidos políticos e congressistas. Até a data final para entrega deste trabalho não será possível dizer o que mudou, o que retrocedeu. É possível, no entanto, prever o questionamento de inconstitucionalidade sobre a matéria, o que colocará, mais uma vez, o Poder Judiciário no centro das atenções, para definir, por último, o que é ou não compatível com a Constituição. E os princípios aqui em estudo servirão de filtros para a solução do problema que se avizinha.

²⁶⁷ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição de retrocesso social ...*, p. 817. Segundo o autor, sendo esse princípio decorrente de uma vertente subjetiva, de caráter negativo, o seu uso como critério limitador deve ser ponderado caso a caso, para situações limites, onde, de fato, a regressão era algo unimaginável na esfera subjetiva do destinatário da norma.

sua vertente subjetiva, da proteção da confiança, como critério limitador da atividade legislativa²⁶⁸.

Entendemos que se é para justificar a ilegalidade da restrição ao âmbito de proteção da norma de direito social, com base na estabilidade proporcionada pela segurança jurídica, não faz sentido embutir um outro princípio, como se fosse um reforço. Por si só, os princípios da segurança jurídica e sua versão subjetiva, da proteção da confiança²⁶⁹, dão alcance ao que se pretende proteger, ou seja, as relações constituídas, em suma, o direito adquirido no Brasil e as legítimas expectativas na confiança do direito em Portugal.

7.2. *Princípio da proporcionalidade*

O princípio da proporcionalidade, como estruturante do Estado Democrático de Direito²⁷⁰, é mais um importante meio técnico-jurídico para racionalizar o controle dos atos dos poderes públicos. Importante anotar, entretanto, que é controversa a sua utilização no controle de atos do poder legislativo, que dizem respeito restrição do âmbito de proteção de direitos

²⁶⁸ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 245.

²⁶⁹ Cfr. Tiago Fidalgo de Freitas, O princípio da proibição de retrocesso social..., p. 818, para quem o princípio da proteção da confiança é um sistema de controle negativo, que não retira a liberdade de conformação do legislador, ao contrário daqueles que defendem a existência do princípio da proibição de retrocesso social, que tem caráter tendencialmente absoluto, mormente quando se chega ao ponto de defender a existência da própria regra de proibição de retrocesso social, com base no conteúdo essencial. Conclui-se, portanto, que não se justifica a utilização do princípio de proibição de retrocesso social como critério autônomo de controle de políticas públicas, porquanto afronta o princípio democrático e a supremacia da Constituição, como já frisamos no capítulo 4.

²⁷⁰ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de direito constitucional...*, pp. 473-479; Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, pp. 161 e ss.; Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 307-310; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, pp. 404 e ss.

fundamentais sociais²⁷¹, porquanto há argumentos substanciosos no sentido de que o princípio da proporcionalidade tem enorme carga subjetiva, mormente na análise do seu terceiro subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, e avançaria sobre a separação de funções²⁷².

A nominada proibição do excesso atua, sobretudo nos direitos de defesa²⁷³, mas também na hipótese que a doutrina convencionou chamar de proibição de insuficiência – omissão do Estado na implementação dos deveres de proteção²⁷⁴.

Sem a pretensão de exaurir todos os argumentos contra ou a favor da utilização do princípio da proporcionalidade, visto que se mostrou útil em muitas situações de controle de atos do poder público, importa-nos avaliar os predicados da boa aplicação desse princípio no controle de constitucionalidade de medidas restritivas na normatividade infraconstitucional dos direitos sociais, eis que, a fiscalização da compatibilidade da norma está inserta nas funções do Poder Judiciário.

A doutrina²⁷⁵ não diverge que o princípio da proporcionalidade é desdobrado, pelo menos, em três subprincípios que o constituem²⁷⁶, a saber: (i) adequação ou conformidade, no sentido de avaliar se a medida encontra

²⁷¹ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 78, para quem “[N]... são cada vez mais intensos na doutrina (e mesmo na jurisprudência) os sinais que apontam para que esse princípio se deva considerar também aplicável ao regime dos direitos econômicos, sociais e culturais. Mais que se deva considerar relevante inclusivamente para o entendimento e a aplicação concreta de alguns dos princípios do regime geral (designadamente do princípio da igualdade).”.

²⁷² Cfr. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais...*, pp. 218-227.

²⁷³ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 266.

²⁷⁴ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 406.

²⁷⁵ Cfr. Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, p. 308; Carlos Blanco de Moraes, *Curso de direito constitucional...*, pp. 475-479; Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, pp. 167-186; José de Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 126.

²⁷⁶ O acréscimo de outros subprincípios, a saber, razoabilidade e determinabilidade, cfr. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, pp. 187 e ss., de consistência dogmática mais duvidosa, também é abordado criticamente nas indicações acima dos Professores Carlos Blanco de Moraes e José de Melo Alexandrino.

viabilidade para alcançar os fins almejados pela restrição; (ii) necessidade, como escolha do meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição; (iii) proporcionalidade em sentido estrito²⁷⁷, que significa exatamente a manutenção do equilíbrio entre os meios e os fins, ou seja, a análise de que sendo apta e necessária, não existindo meio menos gravoso, o resultado obtido vale o esforço do sujeito atingido pela norma, não sendo, portanto, excessivo, intolerável ou desproporcional o sacrifício em questão.

Como dito em linhas volvidas, esse terceiro subprincípio sofre críticas mais agudas à função de controle, dado que sua aplicação, inevitavelmente, passa por um certo subjetivismo do intérprete, seja o Poder Judiciário, sejam os órgãos de controle do próprio Poder Legislativo.

Parece-nos, todavia, que tal crítica, embora reconheçamos seus fundamentos, pois – há de fato subjetivismo na sua interpretação pelo operador do direito, como também há na decisão política²⁷⁸ -, não acrescenta em nada, à medida que desprovida de outra solução mais eficiente²⁷⁹. Ademais, a autocontenção e fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário²⁸⁰, em alguma medida, podem indicar o caminho para atenuar tal problema²⁸¹, evitando o empoderamento de um poder sobre outro.

²⁷⁷ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, in *Revista dos Tribunais* 798, 2002, p. 40, para quem o referido exame “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva”.

²⁷⁸ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 177, o autor contrapõe a crítica de outros autores, com indicações, dizendo exatamente do caráter subjetivo das decisões no plano judicial e político, e ainda acrescenta que mesmo os dois primeiros subprincípios, adequação e necessidade, sofrem influência subjetiva em determinadas situações, ideia com a qual concordamos.

²⁷⁹ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Direitos fundamentais...*, p. 78, com indicações.

²⁸⁰ Assunto a ser tratado com mais vagar no próximo capítulo.

²⁸¹ Cfr. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais...*, pp. 227-229.

Como atividade humana que é, o controle não estará imune a um certo grau de subjetivismo na subsunção dos fatos jurídicos à norma ou a compatibilidade da norma infraconstitucional à Constituição.

No que diz respeito a separação de funções, sob o ponto de vista jurídico²⁸², o que pode fazer diferença é exatamente a força de seus fundamentos e a autocontenção do poder, de forma que ao impugnar uma norma, não usurpe da competência do Parlamento e crie outra em substituição²⁸³. Em momento algum as Constituições em referência concederam poderes de substituição do Parlamento pela justiça constitucional. O chamado legislador negativo, o Judiciário no exercício de fiscalização, não está apto a exercer as funções de legislador positivo, como se revelou desviante nas decisões de reconhecimento de união estável entre homossexuais e descriminalização parcial do aborto²⁸⁴.

A constatação de que a jurisprudência brasileira usa indiscriminadamente os termos *proporcionalidade* e *razoabilidade* como se semelhantes fossem, exatamente por não analisar os três subprincípios de forma apartada, tratando do tema como “mera” razoabilidade, como se fosse um coringa jurídico, apenas reforça nosso entendimento de que o princípio, se, de fato, fosse utilizado de forma técnica e objetiva, poderia contribuir para o desenvolvimento do controle de políticas públicas de direitos sociais compatível com a constitucional separação de funções.

As críticas ao princípio da proporcionalidade, com base em algumas decisões de inconstitucionalidade da justiça constitucional brasileira,

²⁸² Necessária essa ressalva porquanto estamos convencidos que, sob o ponto de vista político, a aferição deve ser reservada ao parlamento; ao embate das maiorias e minorias; ao consenso político, não cabendo ao Judiciário tais considerações, de novo, em preservação ao princípio democrático, sob o qual não estamos tergiversando.

²⁸³ Cfr. Paulo Bonavides, *Do Estado liberal ao Estado social*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1980, pp. 362-387.

²⁸⁴ Ambas serão comentadas ao final do capítulo 9.

deveriam ser direcionadas à qualidade da fundamentação, e não propriamente ao referido princípio.

Nossa posição é de que esse princípio pode ser um importante e eficiente meio de controle dos atos legislativos, que pode ser utilizado tanto no momento da discussão política da norma, quanto a *posteriori*, em sede de fiscalização de constitucionalidade, se empregado com a devida fundamentação e critérios de autocontenção do Poder Judiciário.

PARTE II - O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO – LIMITES E POSSIBILIDADES

8. *Justiça constitucional e seus limites*

Os Tribunais Constitucionais, como órgãos de cúpula do Poder Judiciário, têm como função precípua a guarda da Constituição²⁸⁵, de forma a preservar o seu núcleo identitário²⁸⁶, com respeito aos demais poderes, em uma relação de harmonia e independência²⁸⁷.

Como todo Poder da República, o exercício da justiça constitucional é limitado pela própria Constituição. Daí decorre o sentido em se compreender tais limites de atuação desse poder²⁸⁸, ao que nos interessa,

²⁸⁵ Art. 102, I, 'a', da CRB88 e art. 223º, nº1, c/c art. 277º, nº1, ambos da CRP76.

²⁸⁶ O termo <núcleo identitário> é utilizado por Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional – Tomo I - Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, Coimbra, 2002, p. 75; Paulo Otero, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, p. 558; José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, p. 337.

²⁸⁷ O art. 2º da CRB88 e da CRP76 tratam, por coincidência, da separação de poderes. As duas Constituições também elevam o princípio da separação de poderes como limites materiais ao poder de revisão, art. 60, §4º, da CRB88 e art. 288º, alínea 'j', da CRP76.

²⁸⁸ A questão dos limites de atuação do Poder Judiciário na intervenção de políticas públicas é atualíssima no próprio Supremo Tribunal Federal, com contornos tão sérios em razão de um sem número de julgados em controle difuso, que há várias teses que estão ou serão submetidas a repercussão geral, conforme os seguintes julgados: RE 684612/RJ, de 6.2.2014, admitindo a repercussão geral, conforme ementa (o mérito ainda não foi submetido a julgamento): “Administrativo e constitucional. Implementação de políticas públicas especificamente quanto à suficiência de profissionais na área de saúde. Alegada contrariedade aos arts. 2º e 196 da Constituição da República. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.”.

Também submetido a repercussão geral, o RE 566.471/RN, discute a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamentos de alto custo, ainda que não incluídos na lista de medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, conforme regulamento próprio. Esse julgamento não foi concluído até a revisão final deste trabalho, 26.5.2017, mas em razão da relevância da discussão para o presente estudo, considerando que, no fundo, o que se discute são os limites da atuação do Poder Judiciário, resumimos os posicionamentos até

na função de controle normativo dos atos de governo, de forma especial, frente a função desempenhada pelo Poder Legislativo na concretização de políticas públicas de direitos sociais.

O atuar da justiça constitucional, em harmonia com os demais poderes²⁸⁹ e, no fundo, em conformidade com a própria Constituição, respeita e defere ao princípio democrático uma importância referencial para o exercício da sua competência²⁹⁰.

então proferidos em plenário. O relator, Ministro Marco Aurélio, fez a seguinte proposta: “O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso”. Em voto de vista, o Ministro Luis Roberto Barroso ponderou que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”, em seguida propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde, “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo” e ao final, submeteu ao plenário a seguinte proposta de repercussão geral: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos”. Em seguida, votou o Ministro Edson Fachin, ao final, propondo, de modo geral, que para que a garantia do direito à saúde seja materializada pelo Poder Judiciário devem ser observadas, de modo não cumulativo, algumas premissas: “1) controle de legalidade (não deve haver erro manifesto na aplicação da lei, nem pode existir abuso de poder); 2) controle da motivação (afерir se as razões do ato regulatório foram claramente indicadas, estão corretas e conduzem à conclusão a que chegou a administração pública); 3) controle da instrução probatória da política pública regulatória (exigir que a produção de provas, no âmbito regulatório, seja exaustiva, a ponto de enfrentar uma situação complexa); e 4) controle da resposta em tempo razoável (que impõe à agência o dever de decidir sobre a demanda regulatória que lhe é apresentada, no prazo mais expedito possível).”

²⁸⁹ Hodiernamente, já se fala em cooperação, que tem um sentido maior que harmonia, por indicar a necessidade de complementação de funções, de advertência política, cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa...*, pp. 47-48.

²⁹⁰ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *Curso de direito constitucional...*, p. 262, nota 505: “O povo é a única fonte do poder constituinte e do poder de revisão, pelo que não é admissível, em

A função típica do Poder Judiciário é interpretar e aplicar a lei, levando em consideração o ordenamento como um todo, de modo a fixar o sentido das disposições normativas que o formam ou estabelecer a relação entre as normas. O juiz compõe litígios subjetivos ou dirime conflitos normativos objetivos²⁹¹.

O exercício da função judicante dos Tribunais Constitucionais²⁹² e os seus limites exige sobriedade e responsabilidade²⁹³, em razão de inúmeros aspectos, a ressaltar o fato de: (i) servir para a interpretação e aplicação da Constituição, a qual revela a supremacia e o fundamento de validade de todo ordenamento; (ii) trabalhar com a imprecisão da linguagem constitucional, muitas vezes carregada de conceitos vagos, de conteúdo e

democracia, introduzir alterações constitucionais inovadoras não ratificadas pela vontade popular.”. Estamos no âmbito de uma Constituição escrita, portanto, considerada como única fonte originária a lei emanada do Poder Constituinte. Para nós, a Constituição é uma só, na tradição portuguesa e brasileira, qual seja, a Constituição escrita, convertida em um documento único. São normas constitucionais aquelas inseridas nesse documento. Nessa premissa é que temos dificuldade na aceitação de um dirigismo constitucional a partir de decisões ativistas dos Tribunais Constitucionais, tendo como decisões ativistas as interpretações que extrapolam o consenso jurídico na matéria examinada, ou seja, fora daquelas situações de ofensa direta à Constituição, que não respeitam as opções políticas do legislador – seja ordinário, seja constitucional; nesse sentido, José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise...*, p. 62.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 690, nota 1435, “Os tribunais exercem na garantia da Constituição uma função de controle das leis e não um poder normativo de substituição do legislador, convolvando a interpretação numa forma de criação inovadora de normas constitucionais que o constituinte nunca decidiu.”.

²⁹² Nos termos do art. 221º da CRP76, “O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.”; art. 223º, número 1: “Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277º e seguintes.”; art. 102 da CRB88, “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.

²⁹³ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise...*, p. 57-58, pugnando pela cooperação responsável entre os diversos poderes do Estado, de modo a entender os excepcionais condicionamentos de um determinado momento histórico, o respeito ao parâmetro da adequação funcional, a necessária prudência e responsabilidade de todos os poderes e por fim, que a jurisdição constitucional interfira nas opções do legislador tão somente em situações de evidente ofensa à Constituição.

valor indeterminado; (iii) representar a supremacia funcional dos tribunais, decidindo por último e referência para os demais órgãos do Poder Judiciário; (iv) com exclusividade, exercer o controle de constitucionalidade em abstrato de atos e omissões legislativas e, em última instância (a palavra final), o controle concreto de constitucionalidade.

Não é pouco, aliado ao fato de suas decisões serem de observância obrigatória, em respeito ao Estado de Direito, o que somente aumenta a responsabilidade de seu poder emanado da Constituição. Lembremos que a Constituição, enquanto estatuto jurídico do poder político, tem a função precípua de organizar e limitar esse poder, incluso, o judicial. Como veremos, o exercício do ativismo, por claramente desbordar das limitações judiciais previstas na Carta Política, enceta um desacerto na própria organização do Estado²⁹⁴.

Nessa quadra de questões que envolvem o princípio democrático, a separação de poderes e os limites da atuação da jurisdição constitucional, é que as críticas e as concessões ao nominado ativismo judicial encontram razões para existir. Em nosso sentir, o Poder Judiciário, como se nota com alguma clareza, nas duas Constituições em referência, não tem competência para criar a norma²⁹⁵ (função legislativa – de governo), e sim, controlar a fidelidade da norma, seja ela revisora ou infraconstitucional, com o núcleo identitário da Constituição e seus compromissos básicos com a liberdade, igualdade e bem-estar social.

²⁹⁴ Cfr. Vanice Regina Lírio do Vale, *Políticas públicas...*, p. 61, “Cunhar o sentido de uma política pública traçada com mais ou menos detalhamentos no texto constitucional e, mais ainda, identificar os mecanismos institucionais próprios a transformá-la em realidade, é atividade estranha à estrutura do Judiciário, e menos ainda encontra ferramental próprio do direito processual clássico. Esse é o impasse que hoje se põe, o que conduz, muitas vezes, a decisões judiciais que ainda que se apresentem em tese como progressistas e incrementadas no que toca a efetividade dos direitos fundamentais, ao fim e ao cabo revelam-se simbólicas ou inexequíveis, com risco de desprestígio ao Judiciário e ao sistema constitucional de controle do poder.”

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 140, salientando as questões que envolvem o planejamento das políticas públicas.

O controle judicial deve ser parcimonioso, deferente ao princípio democrático²⁹⁶, limitar-se aos critérios inerentes a esse poder, em conformidade com a Constituição²⁹⁷, com o ordenamento jurídico como um todo, impugnando leis que ferem de forma direta a Constituição, onde o consenso jurídico leva a conclusão de arbitrariedade e irracionalidade do legislador. Esse é o papel central que a justiça constitucional empresta ao Estado de Direito.

Adverte-nos, com muita propriedade, Gomes Canotilho que “Se a interpretação conforme a Constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis resultantes do texto e do fim da lei. Por outras palavras: a interpretação conforme a constituição deve respeitar o texto da norma interpretada e os fins prosseguidos através do acto normativo sujeito a controlo.”²⁹⁸.

O sentido da atuação da justiça constitucional é também de dar segurança jurídica ao ordenamento, rejeitando os desvios plebiscitários que vierem, por acaso, a ferir a Constituição no seu núcleo, exercendo, assim, o papel precípua de guardião dessa mesma Constituição, mas ao mesmo tempo, exercendo esse poder com autocontenção e respeito as opções democráticas do legislador, nesse caso, o ordinário, reconhecendo o Legislativo como o palco que protagoniza a democracia e o pluralismo político²⁹⁹.

²⁹⁶ Sobre a legitimidade democrática, Gonçalo de Almeida Ribeiro, *O constitucionalismo dos princípios...*, pp. 96-97; sobre os critérios de escolha de Ministros e Conselheiros, respectivamente, art. 101 e parágrafo único, da CRB88 e art. 222º, nº 1 e 2 da CRP76.

²⁹⁷ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1311, “[E]... Daqui se conclui também que a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma revisão do seu conteúdo.”

²⁹⁸ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1311.

²⁹⁹ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *O constitucionalismo dos princípios...*, pp. 83 e 93, para quem não cabe ao Judiciário o exercício de juízo de prognose ou eficácia da opção legislativa.

Admite-se, e vimos como efeito positivo, uma influência indireta no Parlamento. A partir das argumentações e ponderações *obter dictum* das suas decisões, o Tribunal acaba por criar uma atmosfera de mudança no comportamento político do Parlamento, de onde deverão vir as mudanças efetivas, os ajustes necessários nas políticas públicas, próprias de um corpo social em transformação, do dinamismo da realidade constitucional.

Com efeito, a presunção, em que pese relativa, é da constitucionalidade das leis³⁰⁰, afinal, amparada pela legitimidade constitucional de um dos poderes pilares da República. Não estamos, em absoluto, negando a relevância do Poder Judiciário para crescimento em qualidade da democracia. Tão somente não podemos deixar de registrar nossa posição bastante clara de que os poderes devem agir nos limites da Constituição, evitando dirigismo judicial que destrói o ideal democrático. Ainda que legítimo o controle da compatibilidade da norma jurídica com a Constituição, esse exercício deve ser o mais respeitante possível ao resultado, as opções políticas que se concretizam naquela norma submetida a controle³⁰¹.

Por conseguinte, o estrito cumprimento do dever legal, e aqui referimo-nos ao princípio democrático e à separação de funções, é também um dos objetivos da Constituição, que visa, sobretudo, a limitação e a racionalização do poder. Não é legítimo, em nosso sentir, um poder, ao argumento de que exerce a função de controle, substituir a função de outro poder, porquanto, ao assim proceder, este mesmo poder deixa de se

³⁰⁰ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, II...*, p. 352. Na citação, o autor trata do tema relativo a lei revisora, entretanto, a mesma presunção de constitucionalidade se aplica para a lei ordinária.

³⁰¹ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 104. Embora assim o diga, não comungamos, entretanto, com a opinião do autor, na mesma página, de que o Tribunal, no exercício da sua mais *elementar tarefa*, que é a interpretação da lei, reescreva ou altere a legislação, e ressalta – *inclusive políticas públicas*.

autocontrolar e de se submeter ao controle da própria Constituição, como fundamento de validade da sua função.

Em outras palavras, a retórica de que estaria exercendo o controle e o respeito a norma, nesses casos, traria em si, uma autodeterminação de não submissão ao controle da mesma norma que diz guardar e velar. É a máxima de que a limitação do poder é salutar para a democracia, desde que não limite a mim mesmo.

A história mundial é a testemunha maior que o poder concentrado gera consequências erráticas, tendencialmente autoritárias, valendo-se muitas vezes da retórica da defesa do ordenamento jurídico, que pode culminar com a perversidade e arbítrio frente aos direitos individuais, em especial, a liberdade.

É nesse espírito que estamos a comungar com parcela relevante da doutrina, especialmente europeia, que está a questionar, de forma incisiva, o rumo neoconstitucionalista que alguns tribunais constitucionais tangenciam, uns mais, outros menos, que espreitando critérios baseados na justiça e na moral, buscam soluções que declinam a força normativa do princípio democrático.

Dentre essas soluções, o nominado princípio de proibição de retrocesso social, que como pudemos demonstrar, não passa de instrumento de retórica, próprio para discurso político e eleitoreiro, de pouca valia para a dogmática constitucional dos países em referência.

Estamos, de tal modo, convencidos que os instrumentos jurídicos de controle da execução de políticas públicas, com acolhimento constitucional consolidado, agregados a uma mudança de paradigma das instituições responsáveis pelo controle das contas públicas, e aqui fazemos

especial referência ao Tribunal de Contas³⁰² e ao Ministério Público³⁰³, com atuação indispensável do Poder Judiciário, nos limites de sua competência constitucional, afastando-se do nominado ativismo judicial, podem contribuir, com proficuidade para que os direitos sociais ganhem um novo patamar de satisfação pelo Estado, prescindindo, portanto, de fórmulas abstratas e de pouco conteúdo, como o é o princípio da proibição do retrocesso social.

Neste diapasão, em uma concepção de Constituição como ordem quadro³⁰⁴, que respeita o pluralismo político, a preservação da margem de

³⁰² Uma demonstração de como a atuação responsável e eficiente do Tribunal de Contas, nos limites de suas atribuições, pode contribuir positivamente para o controle de políticas públicas, inclusive servindo de parâmetro para tomada de decisões judiciais, cfr. Relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União, nominado Auditoria coordenada educação: ensino médio / Instituto Rui Barbosa; Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2014, 32 p. – (Sumários Executivos). Vale citar o encaminhamento da auditoria, que bem resume como tal tratamento do problema, levado a sério, traz consequências positivas para a discussão do problema: “*A partir da apreciação dos relatórios pelos Tribunais de Contas, será encaminhada aos órgãos gestores uma série de recomendações voltadas ao aperfeiçoamento das oportunidades de melhorias identificadas. Tais recomendações deverão ser objeto de um Plano de Ação, documento que definirá as medidas, os responsáveis e o cronograma para a sua implementação. O Plano de Ação serve de subsídio para o monitoramento regular da ação pelos Tribunais de Contas, processo que servirá para verificar o cumprimento de suas deliberações e os resultados delas advindos. O Plano de Trabalho anexo ao Acordo de Cooperação Técnica da auditoria coordenada prevê o início da fase de monitoramento para 2015. Os relatórios produzidos pelos Tribunais de Contas devem servir como referencial à tomada de decisões das autoridades educacionais responsáveis pela formulação e execução de políticas públicas do ensino médio.*”.

³⁰³ O MP e a Defensoria Pública do Estado de Alagoas firmaram Termo de Compromisso concedendo ao Executivo o prazo de um ano, a partir de 13 de julho de 2011, para a inclusão no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas deste ente federado da insulina de longa duração e de curta duração, utilizadas no tratamento do Diabetes Mellitus, que correspondia a 40% da demanda judicial. O termo foi implementado pela administração pública estadual. Com este termo de compromisso, foi efetivado um direito, com eficácia *erga omnes*. Ao mesmo tempo que se mostrou apropriado ao princípio da igualdade, serve como baliza ao Judiciário para que, em casos semelhantes, possa exigir o que foi firmado e indeferir aqueles casos onde se requer o uso de medicação análoga aquela da lista oficial. Fonte: Relatório T-7060, p. 205, Biblioteca da FDUL. Muitas vezes, a solução não adversarial, traz uma efetividade social maior que a própria solução judicializada. Por fim, há possibilidade de intervenção judicial em caso de descumprimento, para execução forçada nos limites do que foi previamente acordado por autoridades competentes.

³⁰⁴ Como adotado no capítulo 6, tópico 2 deste trabalho, também, às virtudes dessa concepção como aquela que melhor dialoga com o princípio democrático e a necessária convivência do binômico continuidade e flexibilidade.

conformação diz respeito, também, a possibilidade de configuração de princípios e direitos³⁰⁵, que inclui modificar a configuração de direitos juridicamente protegidos na Constituição, afetando o âmbito de proteção da norma constitucional, sem destruir o núcleo que dá identidade a Constituição³⁰⁶. Ou seja, a ideia é de respeito aos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, para não ferir a Constituição, mas por outro, conformado as exigências do dinamismo social e da realidade constitucional.

Por tudo que foi dito, entendemos que a atuação da jurisdição constitucional, com respeito ao princípio democrático e a separação de poderes, sem se omitir do necessário controle da compatibilidade das leis com a Constituição, deva ser de autocontenção, por um lado preservando o conteúdo nuclear de determinado princípio em causa, por outro, o pluralismo político.

Para nós, é sensível a diferença entre reconhecer o direito à moradia como cláusula constitucional jusfundamental de defesa do cidadão contra ameaças injustificadas do Estado ou de particular – função própria da jurisdição constitucional – e a aferição do acerto ou desacerto da política pública de direito à moradia, com definição dos destinatários, dos meios para

³⁰⁵ Em sentido aproximado, Ingo Wolfgang Sarlet, Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada, *in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, Belo Horizonte, jan-jun 2003, p. 669: “Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção. De qualquer modo, é possível comungar o entendimento de que a proteção imprimida pelas “cláusulas pétreas” não implica a absoluta intangibilidade do bem constitucional protegido, pelo menos não no sentido de impedir todo e qualquer tipo de restrição. Não se pode negligenciar, neste contexto, que os direitos e garantias fundamentais (a despeito de constituírem limites materiais à reforma) podem ser objeto de restrição até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservadas as exigências da reserva legal (quando for o caso), bem como salvaguardado o núcleo essencial do direito restringido e observados os ditames da proporcionalidade, de tal sorte que não nos parece aceitável a tese de que o poder reformador (ainda que sempre limitado) possa menos que o legislador ordinário.”; no mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 429.

³⁰⁶ Cfr. José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos*, II..., p. 348; do mesmo autor, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, vol. I- Raízes e contexto, Coimbra, 2006, p. 189, nota 391.

garantir a sua implementação, dos limites impostos pela escassez de recursos, opções estratégicas para obtenção de um resultado – que coaduna com a função política, elementar de governo, parlamento e executivo.

A justiça constitucional deve reservar o juízo de impugnação de uma lei concretizadora de políticas públicas para casos extremos, quando a violação da Constituição se mostrar flagrante, seja no conteúdo da lei, casos excepcionais, ou mais comum, no procedimento legislativo ou executivo.

Em conclusão acerca dos limites de atuação da justiça constitucional em sede de controle de políticas públicas de direitos sociais, estamos de acordo que este controle seja forte somente quando a violação à norma constitucional seja evidente, motivado pelo consenso jurídico acerca da incompatibilidade da decisão legislativa com o núcleo identitário da Constituição. Quando, a toda evidência, existir a possibilidade de uma outra interpretação do princípio em causa ou “[S]...adequado suporte material para a medida legislativa adoptada”³⁰⁷, deve prevalecer a legitimidade democrática do Parlamento.³⁰⁸

Como pretendemos demonstrar no próximo capítulo, na doutrina³⁰⁹ e na jurisprudência da justiça constitucional brasileira, o ativismo

³⁰⁷ Trecho extraído do Acórdão 425/87, *apud* Miguel Nogueira de Brito, *Medida e intensidade do controlo da igualdade...*, p. 119.

³⁰⁸ Em sentido aproximado, o entendimento acerca do fenómeno do controle de políticas públicas, realizado pela justiça constitucional portuguesa, José de Melo Alexandrino, *Controlo Jurisdicional das Políticas Públicas: regra ou exceção?*, versão provisória de intervenção proferida no II Encontro de Professores de Direito Público, que teve lugar na Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, nos dias 16 e 17 de janeiro de 2009, p. 14, *apud* Jorge Silva Sampaio, *O controle jurisdicional...*, p. 419, “não cabe, pelo menos, nos sistema jurídico-constitucional português, uma regra de controlo jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, embora isto não invalide que, na presença de um parâmetro jurídico adequado [...], os tribunais não estejam habilitados, sem com isso interferirem na esfera própria das funções política e legislativa, a apreciar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de um acto ou omissão relevantes no ciclo de uma política pública>.”.

³⁰⁹ Em sentido contrário ao que defendemos aqui, entre muitos, citamos alguns autores brasileiros que defendem um controle judicial mais forte das políticas públicas, amparados, teoricamente, pela doutrina neoconstitucionalista: além do protagonista desta doutrina no Brasil, Luis Roberto Barroso, já apontado na nota 225 *supra*; Eduardo Appio, *Controle*

judicial, o protagonismo do controle difuso por toda a justiça brasileira³¹⁰, desaguando no Supremo Tribunal Federal³¹¹, ou no controle abstrato da norma, de forma mais contida, na retórica de controle de efetividade de políticas públicas eleitas ou mesmo o preenchimento de omissões, em sede de controle de inconstitucionalidade por omissão, por mais que possa sugerir um Poder Judiciário fortalecido na defesa de direitos subjetivos, expõe a inconsequência do desrespeito às escolhas dos órgãos de soberania adequados para tanto, governo e legislativo, avança sobre o limitado orçamento. A despeito de resguardar o direito individual do sujeito, que reclama uma prestação jurisdicional, não incomum, com objeto excepcional,

judicial de políticas públicas no Brasil, Curitiba, 2005; Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, São Paulo, 2008; Oswaldo Canela Júnior, *Controle judicial de políticas públicas*, São Paulo, 2011; Ada Pellegrini Grinover, *O controle jurisdicional de políticas públicas*, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013; Ana Paula de Barcelos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, 2002, embora em obra mais recente, *Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa – devido procedimento na elaboração normativa*, Belo Horizonte, 2016, encontramos um recuo significativo para a autora nas possibilidades de controle, cuja obra foi prefaciada por Barroso, que já dava uma pista desta mudança na p. 17, no subtítulo do prefácio, 'Saindo do caminho'.

³¹⁰ As consequências do ato jurisdicional de *lege ferenda*, à primeira vista soam de forma positiva no meio social, entretanto acabam por causar discriminação e desigualdades, ao favorecer quem tem condições de acesso ao Judiciário, em detrimento de outros, que a par de sua hipossuficiência, não as tem, sem que esse poder possa visitar as razões das carências públicas, mormente quando se decide em tutela antecipada ações individuais.

³¹¹ Uma nota final acerca de uma particularidade brasileira. Deve-se redobrar as atenções para decisões em controle difuso, de repercussão geral, tomadas pelo STF, no que tange a concretização de políticas públicas, parametrizadas em norma-princípio, de conteúdo vago e baixa vinculatividade. A despeito de uma tentativa de homogeneizar o padrão da política pública, desconsidera o país de dimensões continentais, com realidades sociais tão diversas, a exigir padrões de conduta diversos, que deve ser uma preocupação do ambiente político. O que queremos registrar é que o tratamento judicial não pode ser igual em questões que envolvem um Estado que oferece um serviço público, embora deficitário, organizado, e outro que não oferece o serviço público em condições minimamente aceitáveis. Ver nota 346, que cita a Rcl 4374/PE, onde a repercussão geral daquela decisão desconsidera o fato de que o salário mínimo em São Paulo vale muito menos que o salário mínimo no interior de Alagoas.

em detrimento do igual tratamento da coletividade³¹². Não se ataca o problema da efetividade do direito social como um todo.³¹³

³¹² A título de exemplo, as filas para cirurgias de todos os tipos que são desrespeitadas por decisão judicial, que simplesmente as desconsidera, mesmo sendo organizadas pelo Estado.

³¹³ A demonstrar a mesma preocupação, Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 74.

9. A ilegitimidade do ativismo judicial

Inicialmente, trazemos à baila o conceito de ativismo judicial de Elival da Silva Ramos³¹⁴ para quem “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”.

Não há dúvidas, como assinala o autor, da conotação negativa das práticas ativistas pelos membros do Poder Judiciário, com as quais também discordamos, uma vez que desnatura as funções próprias estabelecidas na Constituição, entre muitos argumentos: (i) pela clara usurpação de poderes outros³¹⁵, senão aqueles delineados pela Constituição³¹⁶; (ii) pela falta de estrutura do Judiciário, material e humana, para indicar políticas públicas com o mínimo de consistência em fundamentos fáticos; (iii) pela possibilidade desta atuação gerar decisionismo extravagante; (iv) porque o Estado Democrático de Direito, que é o âmbito que estamos a falar, não previu tal super poder, nem mesmo se a retórica for para beneficiar os mais carenciados, como soa bem dizer; e (v) porque acreditamos, ainda que não desconhecendo os enormes problemas que

³¹⁴ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo Judicial...*, p. 131; vale registrar que o autor é um crítico desse movimento ativista judicial.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 132, onde o autor registra que o fenômeno *golpeia mais fortemente o Poder Legislativo*, que pode se dar na decisão de inconstitucionalidade de lei produzida de forma regular ou na conformação de leis, seja aumentando o âmbito de proteção (v.g. inclusão de fornecimento de medicamentos fora de lista do governo), reduzindo o seu conteúdo (v.g. crime de aborto - ver o comentário completo ao final deste capítulo).

³¹⁶ Cfr. Daniel Giotti de Paula, Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política, *in As novas faces do ativismo judicial*, André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (org.), Salvador, 2011, p. 302, “Contrapondo-se a autocontenção, é um mecanismo de afirmação do próprio poder jurisdicional além dos limites impostos pela ordem jurídica positiva ou pela prática judicial consolidada.”.

envolvem o parlamento brasileiro, é o *locus* adequado e constitucionalmente correto para a indicação das políticas públicas³¹⁷.

Em momento algum a Constituição delibera competência ao Poder Judiciário para criar leis, nem mesmo quando está em causa uma omissão legislativa. Tal ingerência desse poder no Legislativo é disfuncional, deturpa a estrutura orgânica do Estado, empodera Ministros/Conselheiros sem legitimidade política para tanto. As ferramentas do Judiciário são as normas postas e válidas, pertencentes ao ordenamento jurídico, cabendo a este Poder a interpretação e aplicação das mesmas, segundo a Constituição, e não a novação da lei, seja na forma de criação direta de preceitos normativos nele não contidos, seja na manipulação errática por meio de interpretação da norma, quando nela não caiba interpretação, senão o seu próprio sentido literal.

Nenhuma Constituição sobrecarregou ao Poder Judiciário, exclusivamente, dar eficácia às suas próprias normas. A eficácia é o resultado da ação harmoniosa dos três poderes. Um só poder, por mais que se sinta capaz e legítimo, jamais haverá de atingir a almejada eficácia social da lei, sem que os demais atuem em cooperação de funções.

A retórica, muitas vezes utilizada, nas decisões ativistas, com uso de princípios constitucionais e a ponderação entre eles, para dizer mais do que a norma diz, em verdadeiro processo de mutação constitucional³¹⁸,

³¹⁷ Cfr. Catarina Santos Botelho, *Os direitos sociais em tempos de crise...*, p. 487.

³¹⁸ Cfr. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo, 1986, p. 9. A autora conceitua mutação constitucional como “a alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.”.

subverte os limites impostos pelo constituinte, pelo Estado de Direito³¹⁹. Em outras palavras, os limites semânticos do texto devem ser respeitados³²⁰.

³¹⁹ Na defesa da função de um Judiciário hipertrofiado, Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, São Paulo, 2008, p. 195; não vislumbrando ilegitimidade do ativismo judicial, salvo em casos extremos de abuso, Marcia Aparecida de Andrade Freixo, O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes, in *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, v.1, n.1, jan/jun, 2014, pp. 59-83.

³²⁰ Quando a CRB88 preceitua no seu art. 226, §3º que “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, parece bem definido o limite semântico para o reconhecimento da união estável - entre o homem e a mulher. Registre-se que não estamos aqui a defender uma ou outra posição jurídica acerca da proteção dos direitos individuais e patrimoniais dos homossexuais (o tema é contemporâneo e importante, o que justifica a necessidade da discussão), mas a dizer que não caberia ao Judiciário, por interpretação analógica e ponderação com princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção da segurança jurídica, modificar o sentido literal do texto da Carta Política. Para tanto, é prevista a reforma da Constituição, que tem seu espaço já definido na própria Constituição. As possibilidades de extensão ou restrição de regras devem ser levadas a efeito pelo Parlamento. A decisão da ADI 4277/DF, de 5.5.2011, que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo por meio de interpretação do art. 226, §3º, da CRB88, carrega o vício do ativismo judicial, em nosso sentir, ao usurpar a função constitucional do Legislativo. Vejamos alguns trechos da ementa, com vistas a ressaltar o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, sem qualquer juízo de valor sobre o mérito da decisão: “(...) União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. (...) 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia da vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. (...) 3. Tratamento constitucional da instituição da família. Reconhecimento de que a Constituição Federal não empresta ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. (...) Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. União estável. Norma constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do

Em toda oportunidade em que um Tribunal Constitucional utiliza de seu poder de dizer por último, a imiscuir nas funções dos demais poderes, este mesmo Tribunal será colocado a prova, sem demora, ainda que não seja para rever seu posicionamento específico da decisão proferida, mas o seu modelo de intervenção em política pública. Coerência e integridade não é opção de quem julga, mas sim atributos de uma boa decisão.

O julgador não fala por si, fala pela norma, fundamenta o seu saber, a sua compreensão sobre o fato jurídico a partir da própria norma. Pode ser frustrante para os inventores, criativos, moralistas, populistas. Mas para esses, o palco deve ser outro, não o da toga.

Não existe maldade ou bondade no ativismo judicial. O ativismo, por si, fragiliza a produção democrática do direito³²¹, coloniza o espaço público.

O Judiciário pode e deve intervir quando está em causa uma questão de interpretação da norma perante um fato jurídico e não quando está em causa uma preferência pessoal do julgador ou de determinada parcela da sociedade³²². Neste último caso, o foro para o debate é a instância democrática, o Parlamento.

gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de “entidade familiar” e “família”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.”

³²¹ Cfr. Lênio Luiz Streck e outros, *Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”, in Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jul/dez, 2009, pp. 75-83 (78).

³²² Vide HC 124.306/RS, de 9.8.2016. Nesta decisão, por maioria, decidiu o STF em descriminalizar o aborto quando a interrupção voluntária da gravidez ocorrer no primeiro trimestre de gestação. Observe-se que esta decisão, embora não seja do plenário, tomada na primeira turma daquele Sodalício, deixa clara a fundamentação ativista, de absoluto desrespeito ao Parlamento, ao ponderar o bem jurídico protegido, direito a vida do nascituro

Barroso³²³ elenca três causas principais para o fenômeno da judicialização da política: (i) o reconhecimento da importância de se ter um Judiciário forte e independente; (ii) a crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos, que gera desilusão com a política

com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, sua autonomia, integridade e a igualdade de gênero, além do argumento metajurídico de que a criminalização gera custos sociais para o sistema de saúde, sem reduzir o número de abortos no país. Uma só pergunta demonstra que os fundamentos do acórdão para a decisão, desprendido de discussão no campo democrático, é, por si só, ilegítima: qual o poder conferido pela Constituição ao STF para dizer que o aborto no primeiro trimestre da gestação não é crime e no segundo ou terceiro é? Por que não 60 dias ou 100 dias? Destacamos alguns trechos da ementa:

(...) 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.”. Bem diferente da decisão brasileira, a evidenciar o princípio democrático, o projeto de lei da Assembleia da República que tratava da interrupção voluntária da gravidez foi levado a referendo popular, ao qual o Tribunal Constitucional manifestou a constitucionalidade da medida, a teor do Acórdão nº 617/2006.

³²³ Cfr. Luis Roberto Barroso, Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *in As novas faces do ativismo judicial*, André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (org.), Salvador, 2011, p. 230.

majoritária³²⁴; (iii) os próprios atores políticos preferem preservar-se de decisões polêmicas, que geram desgaste político³²⁵. No Brasil, outro fator preponderante, acrescenta o autor, (iv) é o fato da Constituição ser muito abrangente e analítica³²⁶, o que faz com que praticamente todos os temas sejam passíveis de controle constitucional pelo Judiciário, seja na forma difusa, por qualquer magistrado, ou na forma concentrada, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com atenção, percebemos que o primeiro fator elencado acima é consequência normativa-constitucional do Estado de Direito e do controle jurídico de todo o ordenamento – guardião da Constituição -, entre eles, da atividade intervencionista (item iv). Vejamos.

Com efeito, as Constituições em referência são generosas em prever direitos sociais, que se conectam com o compromisso de promoção estatal do bem-estar, da igualdade e da justiça social³²⁷. Essa tríade de objetivos gerou um modelo de Estado intervencionista³²⁸ nos domínios social e econômico da sociedade, que deveria materializar-se nas funções de governo, aqui abrangidas a legislativa e a administrativa, por meio de políticas públicas.

³²⁴ Cfr. Eduardo Appio, *Controle judicial das políticas públicas...*, p. 27. O autor utiliza o mesmo argumento de Barroso para justificar a maior intervenção judicial nas políticas públicas; os pontos negativos da representação política é, de fato, uma discussão global, que se agrava nos países denominados de terceiro mundo ou em desenvolvimento, como Brasil, Venezuela, Bolívia, Peru e Equador. Parece-nos que o déficit cultural, tanto no sentido *strictu sensu*, de educação de base, quanto no sentido histórico, facilita a manipulação eleitoral e a ausência de criticidade; em sentido aproximado, Vanice Regina Lirio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 103, justificando o ativismo judicial na ausência de respostas específicas ao estado de coisas inconstitucional.

³²⁵ Cfr. Vanice Regina Lirio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 110.

³²⁶ A justificativa do autor não explica o fenômeno de judicialização da política de forma genérica, mas tão somente o caso brasileiro, porquanto em Portugal temos uma Constituição também analítica e nem por isso há envolvimento do Tribunal Constitucional na mesma intensidade.

³²⁷ Art. 1º da CRP76 e art. 3º da CRB88.

³²⁸ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial...*, pp. 283-289.

Não nos constrange repetir que um Estado forte, intervencionista, como quis o constituinte, mandatário do poder emanado do povo, exige um poder político representativo e atuante, que melhor se identifica com o poder do Parlamento. Por outro lado, também previu esse Estado constitucional que o Judiciário fosse o controlador jurídico destas atividades.

Pois bem, a partir da constatação de que muitas promessas deste Estado intervencionista não foram cumpridas, é natural que a sociedade volte suas expectativas e pressões a este Poder, de posição neutral politicamente, de forma a exigir a complementação dos direitos pelo Estado, de imediato, individual e coletivamente.

O resultado, sabemos, é que o caminho da judicialização, por alguns visto como solução, não alcançou a efetividade esperada do direito social, por todos os fatores visitados ao longo desse trabalho. Ao contrário, sabemos que o nominado *voluntarismo judiciário*³²⁹ ignorou os limites normativos e os fáticos – como o respeito a liberdade de conformação do legislador e a reserva do possível (política, financeira e jurídica) -, causando enorme descompasso nas políticas públicas³³⁰, a partir da constatação de ferimento do princípio da igualdade – vide capítulo 11.

O segundo argumento justificante do ativismo judicial, acima mencionado, representa o temor em deixar a cargo do legislador e do governo a questão relativa a políticas públicas³³¹.

Em que pese concordar com o diagnóstico, ou seja, há uma crise de representatividade, discordamos da solução. Não nos parece plausível

³²⁹ *Ibidem*, p. 288.

³³⁰ Cfr. Guilherme Valle Brum, *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*, Rio de Janeiro, 2014, p. 198.

³³¹ Cfr. Luis Roberto Barroso, *Constituição, democracia e supremacia judicial...*, p. 234, “O ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”.

justificar o controle de políticas públicas de direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, ao extremo de criar e manipular normas de direitos sociais, no déficit empírico de representação³³². Em nosso sentir, há que se encontrar uma solução que não prescindia do princípio democrático, sendo a representação popular a sua base. Talvez em um quadro de maturidade da democracia, no Brasil de hoje, ainda não atingida, permita uma melhor representatividade. É um processo lento, mas necessário para o Estado de Direito.

Registre-se. Compreende-se a preocupação dos autores citados, mas a solução defendida, que, afinal, tem amplo apoio na doutrina brasileira, ou seja, o controle judicial do ambiente político, não nos parece a melhor solução, ainda que seja penoso para o Brasil a convivência com os desmandos, corporativismo e corrupção. Há como combater esses males, sem comprometer o ideal democrático. O Ministério Público e o Tribunal de Contas mais atuantes, o Judiciário menos lento, a pressão popular – também chamamos de controle social –, a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa, são instrumentos que podem e devem ser utilizados para o combate da chaga da corrupção, do corporativismo.

A partir das constatações que pudemos evidenciar neste trabalho, concluímos que o sentimento de desilusão política não deve prevalecer como fundamento de descarte das instâncias majoritárias, posto que é absolutamente inevitável que os direitos sociais sofram influência do termômetro político e socioeconômico conjuntural. Faz parte da essência da norma de direito social, o que não deixa de ser uma virtude, como vimos, a flexibilização na concretização da norma.

Mais que uma mera opção do constituinte pelo princípio democrático, de que decorre o da separação de poderes, a

³³² Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas...*, pp. 107-111. A autora ainda acrescenta dois argumentos: (i) a escolha constituinte por maior espaço ao direito; (ii) possibilidades intermediária de controle, sem radicalismo no tudo ou nada’.

indeterminabilidade e sujeição aos limites da reserva do possível e do politicamente adequado são estruturais desses direitos e qualquer que seja a fórmula utilizada para concretização dos mesmos, fora das instâncias majoritárias, ainda que visto como benéfico sob o ponto de vista social, é indesejável e até mesmo inexecutável³³³.

A representatividade política frágil a invocar a defesa de um maior controle político-jurídico pelo Poder Judiciário, deve ser visto com necessária cautela. Primeiro, que se o regime é democrático, e aqui vale para Portugal e Brasil, é fruto de muito sacrifício, embates políticos e perdas humanas³³⁴. Preservá-lo, ainda que não desconhecendo suas fragilidades, é essencial para manutenção da liberdade.

A qualidade da democracia é fruto do crescimento cultural e educacional de um povo, premissa pela qual não podemos nos abster de lutar.

Por outro lado, ainda que não se negue a possibilidade de manipulação do Parlamento, em detrimento do interesse verdadeiramente público, não faltam razões para imaginar que tal também possa ocorrer em um ambiente de 11 ou 13 cidadãos de notável saber jurídico e conduta ilibada³³⁵, não obstante a escolha seja mais criteriosa, visto as vicissitudes do humano.

³³³ Cumpre registrar, como constatação clara do que foi dito, que a crise econômica que afligiu toda a Europa, a partir de 2008 e muito especialmente, o caso de Portugal, e porque não, a crise econômica que mais uma vez bate às portas do Brasil, está a indicar a necessidade de ajuste fiscal e previdenciário, entre outras medidas, seguramente a atingir os direitos sociais. No Brasil, o debate mais intenso de hoje é sobre as reformas trabalhistas e previdenciárias, PL 6787/2016 e PEC 287/2016, respectivamente, além do novo regime fiscal, já aprovado com a promulgação da Emenda Constitucional 95/2016, de 16.12.2016.

³³⁴ A recém história portuguesa, com seus 41 anos de ditadura, 1933-1974, fala por si. O mesmo se aplica ao Brasil, com a ditadura militar entre 1964-1985.

³³⁵ O Supremo Tribunal Federal é formado por 11 ministros, nomeados na forma do art. 101 da CRB88 e o Tribunal Constitucional Português, 13 Conselheiros, na forma do art. 222 da CRP76. Não estamos aqui a fazer qualquer especulação sobre a atual composição dos Ministros e Conselheiros, mas tão somente defendendo uma posição jurídica de prevalência do princípio democrático na decisão política. No mais, a indicação dos Ministros e

No fundo, o que está em pauta, não é saber se a decisão judicial de controle político é pior ou melhor, boa ou má, mas compreender que cada um dos atores constitucionais desempenham um papel fundamental, baseado na repartição de funções declinada pelo Poder Constituinte. Nesse caso, estamos de acordo que em matéria de política pública, o jogo é resolvido no campo majoritário, pelo bem da democracia.

Quanto ao terceiro argumento, de cunho eminentemente político, parece-nos ligar com as explicações do segundo argumento. O sistema político brasileiro, de frágil representatividade, é um convite para que os governantes busquem, nos temas mais polêmicos, como, *v.g.*, utilização de células-tronco³³⁶, casamento entre homossexuais, terras indígenas,

Conselheiros, para além dos atributos normativos, objetivos e subjetivos, é também política. No Brasil, pela Presidência da República, com aprovação no Senado Federal; em Portugal, pela Assembleia da República.

³³⁶ ADI 3.510/DF. O voto do Ministro Gilmar Mendes expressa muito bem o que estamos a criticar: “Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O julgamento desta ADI nº 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloquente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência. É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. (...) Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que

entrincheirarem-se nas decisões judiciais, a incentivar, pela conduta

permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias". Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* - ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de Garcia de Enterría - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amicus curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, "o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente". Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje."

negativa, omissiva, principalmente, o debate político nos Tribunais, de certa forma, a abdicarem do seu poder de representantes do povo.

Merece, ainda, destaque, dois pontos que demonstram o caminho do ativismo judicial na recente história constitucional brasileira, a partir da Constituição de 1988.

O primeiro, a corrente doutrinária nominada de neoconstitucionalismo³³⁷, que defende uma dogmática constitucional com utilização exacerbada dos princípios constitucionais, até mesmo em detrimento das regras; que se auto-intitula sucessora do positivismo e que justifica a expansão e maior intervenção da justiça constitucional na aproximação do direito com a moral e a ética³³⁸.

³³⁷ Cfr. Ana Paula de Barcellos, Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas, *in Revista de Direito Administrativo*, 240, Rio de Janeiro, abr/jun, 2005, pp. 84-85. Segundo a autora são características específicas do neoconstitucionalismo, em dois grupos: “Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.” A particularidade, segundo a autora, é que consolidadas estas três premissas teóricas (que pertencem ao constitucionalismo moderno), o novo constitucionalismo pretende desenvolver técnicas jurídicas capazes de concretizar o ideal teórico. O segundo grupo, ainda segundo a autora, traz “do ponto de vista material, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.”

³³⁸ Para entender a doutrina neoconstitucionalista, a qual não nos debruçaremos nesse trabalho, Luis Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *in Revista da Procuradoria-Geral do Estado, São Paulo, Centro de Estudos da PGE*, jan/dez 2006, pp. 1-49; Jorge Silva Sampaio, *O Controle jurisdicional...*, pp. 313-356, com extensa bibliografia; em termos de crítica contundente e bem fundamentada, inclusive com citação do primeiro autor e outros, no

Em verdade, tal corrente doutrinária admite uma espécie de filtro do direito pela moral, quando defendemos exatamente o contrário, o direito filtra a moral e a ética. Nesse ponto, acordes com as críticas de Lenio Streck³³⁹, parece-nos insustentável construir uma teoria que, no fundo, vê o componente moral como algo capaz de ser exato³⁴⁰, porquanto desintegra o sistema, retira a coerência, cria um ambiente inseguro juridicamente.

O segundo ponto, a expansão do controle abstrato de normas, com as atuais possibilidades, no Brasil uma tendência de modulação de efeitos temporais³⁴¹, sugere um superpoder em dizer o que é válido e inválido no ordenamento jurídico infraconstitucional, às vezes muito próximo da própria função legislativa. Razão do uso, às vezes incontido, de conceitos abstratos, como igualdade, justiça, moralidade pública, ou por outra, decisões vazadas em normas-princípio, com caráter eminentemente teleológico-valorativo³⁴².

A elasticidade contetudística de tais normas veiculadoras de conceitos indeterminados propiciam a criatividade interpretativa dos Tribunais, quando em relevo uma questão polêmica.

Brasil, Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial...*, pp. 294-303; em Portugal, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 356-378.

³³⁹ Cfr. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil*, in *Novos estudos jurídicos*, vol. 8, n.2, maio/ago, 2003, pp. 257-301, acesso em 10.3.2007, siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280.

³⁴⁰ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas...*, pp. 111-115.

³⁴¹ Modulação de efeitos temporais causa ainda mais espécie quando declarada a inconstitucionalidade de determinada lei, o Tribunal “modula” tal declaração e diz que sua decisão não tem efeitos retroativos, ou seja, mesmo diante da declaração de que aquela lei não guarda compatibilidade com a Constituição, ela tem eficácia até aquele momento. O mesmo ocorreu em Portugal, na jurisprudência da crise, quando o Tribunal Constitucional, nos criticados Acórdãos números 353/2012 e 413/2014 a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade de parte dos respectivos Orçamentos de Estado, por considera-los incompatíveis com a Constituição, entretanto, ressaltou os efeitos a determinado período de tempo, em nome do interesse público.

³⁴² Referimo-nos a doutrina neoconstitucionalista, que ainda graça no Supremo Tribunal Federal, como soa dizer nas decisões acerca do aborto e células tronco, já referidas supra.

No caso específico do Brasil, a existência do controle de inconstitucionalidade por omissão³⁴³, asseverou, com maior força, o poder da justiça constitucional, à medida que, embora não bem delineada a sua exequibilidade, em tese, emerge a possibilidade de decisões criativas com força de lei, efeito deletério para a democracia.

Para nós, ainda mais grave seriam as decisões judiciais que alteram legislação aprovada pelo Parlamento acerca de uma política pública em pleno funcionamento, reconfigurando, de forma frontal, padrões objetivos de concessão de benefício, como ocorreu na sanção de inconstitucionalidade parcial da Lei 8.742/93, que alterou o universo de elegíveis a um benefício social³⁴⁴.

³⁴³ Art. 103, § 2º, da CRB88.

³⁴⁴ Rcl 4374/PE, de 18.4.2013. Chama a atenção, nesse julgamento, o fato de que a constitucionalidade da lei impugnada já havia sido declarada em outro processo, ADI 1232. Nesse caso, o controle não foi de legalidade, mas da opção eleita pelo legislador ordinário, o que nos apresenta uma situação de ativismo judicial ilegítimo. Veja a parte final da ementa: “... O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).”.

10. Potencialidades de controle judicial de Políticas Públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário

Neste capítulo, pretendemos aferir o potencial de controle do Poder Judiciário nas duas dimensões dos direitos sociais, na linha do entendimento que vimos adotando, ou seja, de uma atuação legítima.

10.1. O Poder Judiciário e os direitos sociais de defesa

O enfrentamento da justiciabilidade ou juridicização de questões afetas aos direitos sociais de dimensão negativa³⁴⁵, da mesma forma que na maioria liberdades públicas, não é visto na doutrina e jurisprudência como um problema. Há um grande potencial de controle pela justiça constitucional das demandas envolvendo este tipo de problema.

Assim como temos nos clássicos direitos e liberdades, chamados de primeira geração, como liberdade de imprensa, liberdade de livre manifestação do pensamento, o direito de ir e vir, direito a proteção da propriedade privada, os direitos sociais de defesa manifestam-se quando o Estado dificulta ou inibe o acesso à educação, criando barreiras injustificadas para instalação de uma escola; ou quando o agente público, no exercício arbitrário de seu poder, coloca em risco a saúde de determinada coletividade, ao aprovar o uso coletivo de determinado medicamento experimental; ou, ainda, quando o chefe do executivo autoriza, sem o devido processo legislativo ou administrativo, a tarifação do serviço de transporte.

³⁴⁵ Cfr. Jorge Miranda, *Manual – T - IV...*, p.109, o autor reconhece a mesma natureza jurídica para os direitos sociais de dimensão negativa e os direitos de liberdade.

Se o Estado ou o particular avança sobre esses bens jurídicos, protegidos constitucionalmente, chamados também de liberdades sociais³⁴⁶, cumpre ao Poder Judiciário, em sua autêntica função, qual seja, guardião da Constituição e dos direitos dos cidadãos, prover uma decisão que resguarde esse patrimônio jurídico.

Para além de não gerar grandes custos diretos, resolve-se, na maioria das vezes, com uma determinação judicial de omissão do Estado ou do particular, preservando a dimensão libertária ou negativa do direito³⁴⁷. Ou quando se tratar de uma ação positiva, esta limita-se a conter o abuso de direito ou a ameaça a direito subjetivo, como proteger a população contra uma ameaça de dano ambiental ou a saúde pública; proteger um particular contra o agir injustificado do Estado em excluir um indivíduo de uma escola.

A análise jurisdicional, nestes casos de abuso de poder ou ameaça a direito subjetivo, quando o direito violado subtrai um direito social individual ou de um grupo específico, na sua dimensão de defesa, deve analisar aspectos ligados a competência e legalidade, muitas vezes de atos vinculados do poder público. Como tais, não há que se falar em usurpação de poder, ou interferência ilegítima no poder de decisão estatal.

Da mesma forma, também não justifica, em um provimento que obriga o poder público a não fazer, não interferir, o chamado provimento de proibição de determinada conduta, a invocação da reserva do possível, porquanto a omissão, normalmente, não implica em gastos diretos

³⁴⁶ Cfr. Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha*, Rio de Janeiro, 2002, pp. 69 e ss.

³⁴⁷ No mesmo sentido, Ingo W. Sarlet e Mariana F. Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde...*, p. 27; Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais e justiça constitucional...*, p. 95, “É que, por natureza, o controlo judicial de um acto (portanto, de algo que o Estado fez quando se devia ter absterido) é sempre mais intenso e de efeitos mais facilmente determináveis que o controlo de um não-acto (ou seja, um vazio que existe porque algo deveria ter sido feito e não foi)”.

relevantes³⁴⁸. O próprio aparato estatal já instituído e em funcionamento é capaz de dar azo ao cumprimento da ordem judicial.

Outro aspecto que assegura a sindicabilidade na proteção dos direitos sociais de defesa, os chamados negativos, é que o âmbito de proteção da norma afetada é, na sua maioria, determinado, facilitando o uso de instrumentos processuais e da não generalização da providência pretendida.

A título exemplificativo, se uma escola particular é fechada pelo administrador público, ou não autorizada sua abertura, por motivos injustificáveis, administrado por um grupo religioso minoritário naquela comunidade, somente os pais dos alunos matriculados ou os pretendentes daquela instituição de ensino possuem interesse e, portanto, o grupo é, minimamente, aferível³⁴⁹.

É dizer, os direitos sociais de defesa, que representam o dever estatal de respeito e proteção, seja pela dispensabilidade de condicionantes fáticas, seja pela densidade normativa alta, já na própria Constituição, âmbito de proteção da norma principiológica, na dimensão negativa facilmente definível, não submetidas a políticas públicas específicas dependentes do legislador e de orçamento específico, traduzem, ao final, em uma eficiente atuação da justiça constitucional³⁵⁰, não sendo objeto de controvérsias e/ou debates acadêmicos ou jurisprudenciais.

Diversa é esta questão sobre o prisma dos direitos sociais prestacionais, cuja invocação da reserva do possível não diz respeito ao

³⁴⁸ Cfr. José Reinaldo de Lima Lopes, Em torno da “reserva do possível”, in *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, pp. 157-159.

³⁴⁹ Evidente, ressalvado os legitimados para ação coletiva, Ministério Público, associações, Defensoria Pública.

³⁵⁰ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, p. 243, em sentido aproximado, entretanto com uma visão de dogmática unitária dos direitos fundamentais, Jorge Silva Sampaio, *O controle jurisdicional...*, pp. 447-451.

indivíduo demandante, mas a impossibilidade de prestar o serviço para todos potenciais usuários daquela mesma prestação, e assim atender ao princípio da igualdade material³⁵¹. Nesse quadro, prestacional, o fazer e o criar é a regra, como tal, demanda custos e poder decisório de escolha de prioridades. É o que veremos em seguida.

10.2. O Poder Judiciário e os direitos sociais a prestação

A potencialidade de controle judicial de políticas públicas de direitos sociais, associada ao dever de promoção do Estado, em relação aos direitos sociais de defesa, é mais frágil, mais vulnerável a críticas, menos efetivo e com grande capacidade de causar distorções e perplexidades³⁵².

Não é nosso objetivo investigar a procedimentalização das ações de fiscalização em abstrato da constitucionalidade de leis, seja no Brasil, seja em Portugal³⁵³. Nosso objetivo é, exclusivamente, analisar se e como tal instrumento de fiscalização, principalmente nas omissões, pode potencializar

³⁵¹ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 119.

³⁵² A política pública, como vimos no capítulo 3, funciona bem quando planejada em uma cadeia de atos técnicos e políticos que permitam atingir um objetivo. Podemos comparar o funcionamento de uma política pública com a metáfora de uma orquestra. Em uma orquestra, a ausência de um músico, um violinista, por exemplo, não pode ser sanada com a colocação de um outro violinista qualquer. Exige do corpo técnico daquela orquestra a escolha de um músico com o mesmo padrão musical, sob pena de, ao suprir a omissão sem critérios técnicos, comprometer o padrão de qualidade ou o próprio funcionamento de toda orquestra. A supressão da omissão (ausência) sem critério técnico pode causar mais distorção que vantagens. Assim o é na política pública. A admissão voluntarista de uma omissão no plano de política pública de direito social pelo Judiciário pode causar mais danos que a ausência em si da política pública.

³⁵³ Para o leitor interessado, indicamos, no caso brasileiro, Gilmar Ferreira Mendes e outros, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 1049 e ss.; no caso português, Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional. O direito do contencioso constitucional, Tomo II, 2ª ed.*, Coimbra, 2011, pp. 144-252.

a efetividade de políticas públicas. Presume-se o conhecimento prévio das diversas formas de controle de constitucionalidade de leis nos dois países.

No caso da atividade de fiscalização abstrata da constitucionalidade de políticas públicas de direitos sociais por ação, reservada aos Tribunais Constitucionais, com exclusividade, nas duas Constituições em exame, que tem por finalidade verificar a compatibilidade das normas relacionadas com as políticas públicas às Cartas Magnas³⁵⁴, em abstrato, ou seja, não a partir de um caso concreto, de modo a remover do ordenamento jurídico aquele conteúdo incompatível com a sua Constituição.

Esse controle poderá ser realizado sobre a norma, com a consequente impugnação, ou não, da lei, aprovada ou em discussão (a depender de ser o controle prévio – possibilidade em Portugal – ou sucessivo, nos dois países), no todo ou parcialmente.

Não há dificuldade na aceitação desse controle, desde que a atividade jurisdicional se atenha ao juízo de legalidade, ou seja, um consenso jurídico acerca de que aquela disposição está acorde ou em desacordo com a Constituição.

Nesse caso, a inconstitucionalidade pode ser a inobservância de uma regra, o que seria o mais comum, ou a impugnação da lei fundamentada no princípio da igualdade, situação, para nós, excepcional, quando então o Tribunal acrescentaria a abrangência da política pública para os então excluídos de forma arbitrária³⁵⁵.

³⁵⁴ Cfr. Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 102, “[J]... Afinal, o crivo de compatibilidade com o Texto Fundamental é de se pôr como exame prévio àquela do caráter ótimo ou eficiente das escolhas políticas.”

³⁵⁵ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *As sentenças com efeitos aditivos*, in *As sentenças intermédias da justiça constitucional – Estudos luso-brasileiros de direito público* (coord: Carlos Blanco de Moraes), Lisboa, 2009, pp.49-50; o mesmo contexto, mas analisado sob o ponto de vista da omissão relativa, *ibidem*, pp. 53-54; Na hipótese em exame, nominada sentenças aditivas a prestação, segundo o autor, em controle abstrato o Tribunal português é mais restritivo que no controle concreto na admissão de tal efeito tendo em vista a dificuldade de dar força obrigatória geral, *self restraint*. No Brasil, o STF não exitaria em dar

Ao contrário, quando em processo de fiscalização da constitucionalidade de lei, a justiça constitucional vislumbra possibilidade de afetar a norma por juízos alheios a legalidade e busque fundamentos políticos, éticos, morais ou mesmo conceitos de justiça, muito próximos à atividade legislativa, para dizer que a norma não é compatível com a Constituição, ou que embora compatível deve ser integrada por outros elementos de cunho axiológico, ou seja, passe a criar situações jurídicas não previstas na norma fiscalizada ou disponha que somente tal interpretação é constitucional, vislumbramos um grande risco de usurpação do poder político e conseqüente ativismo judicial, como já rejeitamos em linhas volvidas.

A simples manipulação dos efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade, de forma paradoxal, declarando a incompatibilidade da lei com a Constituição, mas a ressaltar a produção de efeitos em determinadas circunstâncias, para o passado ou para o futuro, já tensiona, em muito, a relação entre os poderes³⁵⁶, tendendo a sua ilegitimidade.

No que tange a fiscalização de constitucionalidade de políticas públicas por omissão³⁵⁷, na esfera de concretização da norma constitucional, ou seja, definição da política pública, do âmbito de proteção daquela norma principiológica, a análise das potencialidades de um atuar do Judiciário, para compelir o legislativo a conferir concretude a norma constitucional, como

o efeito aditivo a sentença de inconstitucionalidade, tendo em vista que o faz mesmo em situações menos consensuais. Em nosso modesto entendimento, o efeito aditivo na hipótese vergastada somente seria possível quando a exclusão da aplicação da igualdade for injustificada e ilegítima, segundo o consenso jurídico. Isto porque o princípio da igualdade pode ter sido ponderado pelo legislador – princípio da proporcionalidade - no sentido de não aplicar a alguma situação, entretanto, plenamente justificado por razões maiores, próprias das escolhas políticas ou mesmo por razões jurídicas de maior relevância. São, de fato, casos difíceis. O importante, sob o ponto de vista dogmático, é saber que o controle judicial é possível, previsto em lei, mas deve ser exercido com autocontenção, de forma que a declaração de inconstitucionalidade não seja uma opção apenas, mas a consequência de inadmissão da lei impugnada por um consenso jurídico de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional. Na hipótese em exame, ver Acórdão 423/2001.

³⁵⁶ Sobre as sentenças manipulativas, *ibidem*, pp. 13-115.

³⁵⁷ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 297.

impõe o caráter compromissório do Estado Social, os nominados mandatos de otimização constitucional, tem se mostrado, ao longo da sua aplicação, de baixa efetividade.

O estudo do controle jurisdicional das omissões legislativas revela que não foi encontrada uma fórmula capaz de dar concretude a decisão judicial, por diversos fatores, a saber: (i) a separação de poderes³⁵⁸; (ii) os desafios operacionais (o magistrado não dispõe de instrumentos técnicos e de informação global para tomar decisões de forma genérica, sem afetar o sistema como um todo); (iii) a própria essência da jurisdição, que ao agir quando provocada, atua nos limites das matérias levadas a apreciação, nem sempre postas de forma que possa a decisão incidir sobre todos aqueles protegidos pela norma em discussão³⁵⁹; (iv) a dificuldade de execução da decisão que reconhece a omissão na implementação da política pública, dada a ausência de sanção possível aos outros poderes³⁶⁰; (v) por fim, o exercício de juízos de prognose³⁶¹ não está entre as funções legítimas do Judiciário, que exerce sua função com um olhar voltado para a afetação já ocorrida³⁶². Esse exercício de prognose convoca a análise da reserva do possível, nos seus três aspectos, jurídico, político e financeiro, e o balanço com as metas que se pretende alcançar³⁶³.

Diante destas barreiras, de difícil transposição, o que se tem aceito, nesse aspecto, é um efeito colateral, qual seja, a decisão judicial cria

³⁵⁸ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *As sentenças aditivas...*, p. 99.

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

³⁶⁰ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa...*, pp. 47-48, que traz exemplos de decisões judiciais que envolveu instalação e ampliação do sistema de coletas de esgoto nas cidades.

³⁶¹ Cfr. Gonçalo de Almeida Ribeiro, *O constitucionalismo dos princípios...*, pp. 83 e 93; Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 454.

³⁶² Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 1316-1317, em atenção à liberdade de conformação do legislador em confronto com a função de controle exercida pelo Judiciário, o autor nomina de princípio da não-controlabilidade do âmbito de prognose legislativa.

³⁶³ Cfr. Carlos Blanco de Moraes, *As sentenças aditivas...*, p. 101.

uma situação jurídica favorável ao implicado pela omissão do Estado, a ponto de dar-lhe condições de pleitear indenização, com base na omissão declarada pela justiça³⁶⁴.

Outro efeito indireto da decisão judicial que reconhece a omissão legislativa, é de causar um constrangimento para outros poderes, de forma que o controle social atue na cobrança de providências legislativas e governamentais para implemento de condições de sanar a omissão declarada³⁶⁵. Evidente que a eficiência desse efeito depende do grau de politização da população, da qualidade ética e moral dos representantes e da ideologia das maiorias no momento.

Há, porém, na doutrina, duas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade por omissão em que se admite, excepcionalmente, o uso do componente aditivo na sentença, de natureza corretiva ou integrativa³⁶⁶.

Segundo Blanco de Morais, tais hipóteses ocorrem quando a declaração de inconstitucionalidade por omissão causa uma lacuna técnica em decorrência do efeito ablativo da própria decisão. Será integrativa, quando o Tribunal indicar uma norma aplicável já existente no ordenamento; corretiva, quando o componente *reconstrutivo* materializa *através da revelação ou indicação de uma norma*, transforma o sentido originário do preceito impugnado³⁶⁷.

Em nenhuma das duas hipóteses admite-se reconstruir o vazio jurídico com um direito novo, de modo a não invadir o campo reservado ao

³⁶⁴ Por todos, Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas – Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, 2003.

³⁶⁵ Cfr. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, 2007, p. 99, *apud* Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 104; Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa...*, p. 46.

³⁶⁶ Cfr. Carlos Blanco de Morais, *As sentenças aditivas...*, pp. 56-67.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 56-57.

legislador³⁶⁸. O recurso somente é admitido nas chamadas sentenças *constitucionalmente obrigatórias*³⁶⁹, quando se vale de outras normas do próprio ordenamento, por exigência de justiça e segurança jurídica, de forma a evitar cenários onde a lacuna causada pela omissão afete direitos fundamentais, no caso aqui estudado, relacionados as políticas públicas de direitos sociais.

Como se vê, a hipótese acima ventilada é de difícil aplicação, quando diz respeito a políticas públicas, visto que a sua natureza é de alternativas, opções a serem tomadas pelo legislador, não preenchendo os requisitos para a obrigatoriedade constitucional citada supra³⁷⁰.

A grande perplexidade que se vê é que, de forma geral, as políticas públicas de direitos sociais estão previstas também na legislação infraconstitucional. Tanto em Portugal³⁷¹, quanto no Brasil³⁷², há legislação infraconstitucional a dar concretude às normas de direitos sociais, ao menos naquelas de maior impacto para os indivíduos em geral, como saúde, educação, seguridade social, moradia. Há toda uma regulação nesses

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 58.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 60. Tais sentenças aditivas pressuporia, segundo o autor, o preenchimento dos seguintes requisitos: "(i) que exista um vazio normativo presente numa norma julgada inconstitucional que careça de ser preenchido ou integrado pelo Tribunal Constitucional como fundamentos para a reparação imediata e com efeitos futuros de uma inconstitucionalidade parcial declarada por aquele órgão; (ii) que a reparação seja feita através da decisão de inconstitucionalidade, mediante uma operação reconstrutiva com eficácia 'self executing'; (iii) que a norma que irá preencher o vazio jurídico constitua a extensão lógica de um princípio ou de uma norma constitucional preceptiva e exequível por si própria; (iv) que a operação concretizadora realizada pelo Tribunal Constitucional a partir desse princípio ou dessa norma constitucional seja a única determinada pela Constituição, não podendo existir outras opções alternativas, também elas conformes com a Constituição, aptas para o preenchimento do vazio jurídico."

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 62, as críticas quanto a utilização deste tipo de sentença, parecem coincidir com nossa conclusão de sua pouca aplicabilidade no controle de políticas públicas, ao menos, nos limites que estamos a traçar nesse trabalho.

³⁷¹ Lei n. 56/79, de 15 de setembro, institui o Serviço Nacional de Saúde; Lei n. 46/86, de 14 de outubro, institui Lei de Bases do Sistema Educativo Português.

³⁷² Lei n. 8080/90, institui a Política Nacional de Saúde; Lei n. 13.005/2014 institui o Plano Nacional de Educação.

setores a indicar ao cidadão como o Estado pretende proceder em cada demanda social: no ensino fundamental, médio e superior, na saúde pública, nas pensões e aposentadoria.

A pergunta a seguir é o porquê de tantas promessas não cumpridas se há legislação dando suporte ao agir estatal.

Podemos notar, portanto, outras causas da inefetividade das políticas públicas, a incidir a juridicização das demandas sociais.

Um segundo plano de omissões, podem ser encontrados nos programas orçamentários, ligados a execução governamental em si (executivo e legislativo), das políticas já traçadas em planos estratégicos gerais. E quando se fala em orçamento, vem à tona um dos maiores problemas dos direitos sociais sujeitos a prestação estatal, a questão relativa a reserva do possível, jurídica, política e financeira, que já tratamos, com mais vagar, no capítulo 6.

Nessa quadra, há omissões ilegais, que de fato são sindicáveis pelo Poder Judiciário, como o não cumprimento de limites mínimos³⁷³, como veremos no quadro das modalidades de controle, mas também omissões que não são ilegais, que estão contidas nas escolhas de prioridades políticas, estas, em nosso sentir, de impossível justiciabilidade, salvo se descumpridas as premissas constitucionais.

A omissão legislativa, quando não é manifestamente ilegal, mostra-se de difícil controle, porquanto pode representar, inclusive, ser fruto de uma política pública que busca o incremento de um determinado setor

³⁷³ Cfr. José Reinaldo de Lima Lopes, Em torno da “reserva do possível”..., p. 171, quando diz que “[V]...A impossibilidade orçamentária ou a impossibilidade jurídica não existem como fatos da natureza. São fatos institucionais. (...) A reserva do possível não pode ser acatada quando Executivo e Legislativo manipulam de tal forma o orçamento a criá-la de forma artificial ou, melhor, de a criá-la quando observadas as outras condições ela não existiria.”. O autor chama a atenção para possibilidade de manipulação do orçamento pelos governos, de forma a criar falsas *reservas jurídicas do possível* para a efetividade do direito social.

social, em detrimento de outro³⁷⁴. Um determinado governo, diante de um quadro de escassez moderada, poderá optar, na lei orçamentária, por incrementar o ensino fundamental e médio, reduzindo investimento público em políticas de acesso ao ensino superior. Aos defensores do princípio da proibição do retrocesso social, seria inconstitucional tal decisão política, entretanto, vemos como uma política de governo, em conformidade com a Constituição. Ao que tudo indica, a transparência motivacional da decisão governamental parece ser suficiente para acalmar o ambiente jurídico, ou deveria ser.

Com efeito, entendemos que há pouco espaço para controle judicial na incompletude de políticas públicas justificadas pelas escolhas das instâncias majoritárias, quando se respeita o princípio da legalidade. Isto porque, como vimos no capítulo 6, a liberdade de conformação do legislador possibilita a eleição de prioridades, que agrupada às limitações financeiras, ainda que em época de normalidade orçamentária, sujeita os direitos sociais a compressão do âmbito de proteção efetiva do Estado.

As restrições do âmbito de proteção, já vimos, quando amparadas por razões fundamentadas, ou seja, limitações fáticas provocadas por escassez de recursos, por eventos naturais ou escolhas de outras prioridades, permitem, em nosso sentir, inclusive algum retrocesso social³⁷⁵, que se não é desejável, o é provável que aconteça, por um em número de questões a influenciar o ambiente político.

Superada a questão das omissões legislativas, seja na espécie normativa primária, de planos de ação gerais em cada um dos direitos sociais, seja na espécie de execução de lei orçamentárias, temos que o *iter*

³⁷⁴ Maria Paula Dallari Bucci, *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo, 2002, p. 251.

³⁷⁵ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controle jurisdicional...*, p. 447, *in verbis*: “[T]... Portanto, embora não seja vedada a modificação *retrocedente*, os poderes públicos ficam obrigados a *fundamentar* e justificar a imperiosa necessidade de voltar atrás, num passo circunstancialmente necessário.”.

entre o planejamento da política pública e a disposição do serviço pelo Estado permite controle mais forte pelas instâncias jurisdicionais³⁷⁶.

As omissões nas leis orçamentárias ou na execução final das tarefas vinculadas, quanto a determinada política pública social, demonstra, no fundo, uma questão de governo.

Para além da insuficiência de recursos, que é um fenômeno mundial, ao menos em países em desenvolvimento e do terceiro mundo, entre muitos, podemos citar três fatores que estão a prejudicar a eficácia social ou efetividade dos direitos sociais: (i) os recursos são desviados para outros fins, diversos dos que foram originalmente destinados – muitas vezes mantendo-se a rubrica de gastos com saúde e educação; (ii) os recursos públicos estão sendo engolidos pela burocracia e pela corrupção; (iii) as prioridades estatais não dão prevalência real aos mandamentos constitucionais na questão dos direitos sociais, muitas vezes, por razões relacionadas com a agenda eleitoral.

E é justamente neste ponto que os legitimados, principalmente, em ações coletivas – Ministério Público, associações de classe, Defensoria Pública -, com apoio institucional dos órgãos de controle interno e externo, cabe aqui destacar a estrutura de controle dos Tribunais de Contas, podem e devem provocar o Poder Judiciário, em nosso entender, sem ferir as reservas políticas e funcionais dos outros poderes, e, então, promover uma verdadeira viragem no cenário de controle de gastos públicos com políticas sociais.

A rigor, todo e qualquer cidadão tem o direito de postular a execução da política pública no ponto que o aflige, que avança sobre o seu direito subjetivo. Percebemos, entretanto, que compelir o Poder Público, com

³⁷⁶ Nunca se gastou tanto dinheiro público com educação e saúde no Brasil e certamente em Portugal e, ainda assim, as carências se avolumam, as reclamações de atendimento a saúde são cada vez maiores, a educação pública fica cada dia mais defasada se comparada ao ensino privado, somos incessantemente atormentados com as notícias de insolvência do caixa da seguridade social, a achatar aposentadorias e pensões.

todas as suas vicissitudes, a cumprir o que determina a lei, exige mais que boa vontade, mais que indignação individual de um ou outro cidadão, exige postura institucional de fiscalização constante, nas instâncias administrativas e judiciais, quanto aos procedimentos, por exemplo, licitatórios, quanto a conduta administrativa do gestor público.

As instâncias democráticas de governo continuam sendo as detentoras do poder de escolha e execução da política pública. Todavia, se o recurso público é escasso e a demanda crescente, deve-se buscar maior eficiência e esta somente é atingida a partir de instrumentos de aferição e controle, até mesmo para indicar onde e porque a política vai mal.

Esta veia coativa e coercitiva do Poder Judiciário, com possibilidade de responsabilização civil, criminal e administrativa de gestores públicos, pode provocar grandes transformações na efetividade do direito social. Mas o Judiciário somente age se provocado por legitimados.

A partir da constatação que o aparelhamento burocrático do Estado, somado aos desvios humanos, é grande fonte de desperdício público, o controle é fundamental. A inércia dos legitimados, que deveriam fazer esse controle, preventivo ou repressivo, em prol de um consenso político ou do discurso retórico de que a promoção de política pública deve ser um campo reservado as instâncias democráticas, deixam o Judiciário a mercê do controle insuficiente das ações individuais.

Firme nesse contexto, pretendemos abordar o problema da tutela do controle judicial, de forma a demonstrar, com mais vagar, a ineficiência das ações individuais.

11. A tutela individual e coletiva dos direitos sociais

Nosso objetivo é analisar os meios mais eficientes e adequados para discussão de uma política pública, por via judicial. Aqui não se trata de prescrever acerca do amplo acesso a justiça como garantia constitucional. O confronto importante nessa matéria diz respeito a utilização da ação individual e da ação coletiva.

Mirando a *ratio decidendi* das ações individuais em sede de controle de políticas públicas, normalmente utilizada em razão de negativa de prestação estatal, podemos observar que são sempre as mesmas: a dignidade da pessoa humana e o direito à vida³⁷⁷. De fato, são fundamentos constitucionais, que visam proteger bens jurídicos de valor inquestionável. Entretanto, ao voltar os olhos ao princípio da igualdade em sentido material³⁷⁸, que também tem *status* constitucional, ou seja, a equidade de tratamento que deve existir entre todos cidadãos usuários daquele sistema público, cujo regramento estatutário não permite tal diferenciação, percebemos claramente que a decisão judicial faz mais injustiça que justiça, apesar de atender ao pleito que se funda na vida e na dignidade humana³⁷⁹.

³⁷⁷ Ver AgRe. 393.175-0/RS, de 12.12.2006: “[T]...entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”; AgRe. 271.286-8/RS, de 12.9.2000, *leading case* do fornecimento de medicamentos para AIDS, com diversas citações de precedentes.

³⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Melo, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, 1993, p. 21, propõe critérios para identificação do desrespeito à isonomia.

³⁷⁹ Em temas de direito a saúde e prestação de medicamentos, encontram-se decisões de todos os tipos e gostos, como condenação em prestação de próteses de valores elevadíssimos, tratamentos sem comprovação de eficácia ou diversos dos protocolos médicos estabelecidos, pronto acolhimento em UTI, em detrimento das políticas públicas coletivas de gestão de leitos.

Não está em causa a ponderação entre reserva do possível – outro argumento comum nestas decisões - com o direito à vida. Em verdade, o ponto de vista que queremos ressaltar nessa matéria é a incontornável submissão ao vaticínio da finitude dos recursos financeiros de um lado, e o princípio da igualdade, de outro. Não é uma sentença de morte ao ser humano que busca o atendimento, mas a conclusão das limitações estatais de dar o atendimento desejável a todos em situação similar.

Difícil entender esta posição quando estamos diante de um caso específico, mormente quando nos afligem questões morais, religiosas e éticas, porquanto a vida tem valor inestimável. Sob esse ponto de vista, alinhamo-nos. Entretanto, sob o ponto de vista jurídico, o passivo das promessas não cumpridas é muito maior que a capacidade do Estado de realizá-las. Se não assumirmos uma postura responsável, estaremos simplesmente trocando pacientes de leitos. Retirando da UTI e condenando à morte os desamparados de uma decisão judicial e trocando por aqueles que, amparados por uma tutela de urgência, com base no direito à vida, merecerão o mais alto grau de tratamento. No fim e ao cabo, o direito à vida é o mesmo, mas a solução revela uma escolha seletiva, trágica.

A decisão jurídica de determinada ação individual pode ser perfeita, porquanto carregada de fundamentos deduzidos a partir de normas válidas e fatos comprovados. Entretanto, nos pleitos de direitos sociais, por meio de ações individuais dessa natureza, o esgotamento da norma não esgota a necessidade de decisões jurídicas, porquanto o direito social posto dessa maneira – direito a vida - e o seu âmbito de proteção são universais, ilimitados³⁸⁰.

³⁸⁰ Cfr. Neil MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, tradução Waldéa Barcellos, São Paulo, 2006, p. 127.

No caso brasileiro, o vale tudo das ações individuais em busca de prestações sociais, encontrou terreno fértil, adubado no ativismo judicial³⁸¹, levando a situações, no mínimo, paradoxais.

De um lado, o Estado não cumpridor das promessas constitucionais, tampouco no mínimo, objetivadas nos fundamentos do Estado Social, que visa oferecer condições para uma vida digna para todos. Por outro, este mesmo Estado, forçado a atender uma decisão judicial de um único cidadão, oferecendo a este o máximo, ou seja, acima daquilo que a lei concretizadora define como atendível, em detrimento da maioria a quem sobram ainda menos recursos.

Não estamos a falar de um direito subjetivo já prescrito na instância majoritária. Esse, plenamente sindicável. Não há como defender a negativa de jurisdição a um direito violado, por ser individual ou mesmo a negativa de provimento de uma petição, com foco nas consequências políticas.

O que se questiona são os pleitos que buscam o socorro de situações limites, fora do âmbito de proteção do direito legislado. É a possibilidade de um provimento jurisdicional, com base em posicionamento individual do Juiz, de integração de um direito social não regulado, baseado em normas-princípios, ou o que é mais comum, de uma extensão de um direito a situações excepcionais, como medicamentos caríssimos, muitas vezes, somente encontrados no exterior ou tratamentos experimentais ou mesmo que não experimentais, não disponíveis para todos, em igualdade.

³⁸¹ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as Políticas Públicas...*, p. 596, chamou de *ativismo judicial despreparado*. A distribuição de medicamentos de forma individual, sem levar em conta as políticas públicas do setor, resolvem problemas pontuais, prejudicando a política pública como um todo. O autor chama a atenção que apesar de exemplos de sucesso, resolvem problemas isolados, retirando recursos de outros programas mais abrangentes. O que poder-se-ia tirar de positivo nestas demandas individuais, segundo o autor, é um diálogo institucional entre os poderes, capaz de acelerar providências coletivas, quando a omissão se mostra injustificada.

Referimo-nos a utilização do direito como instrumento de preservação de posições jurídicas privilegiadas em detrimento da busca por uma política pública que atenda, de fato, pessoas com nível de assistência social abaixo da linha imaginária do mínimo existencial³⁸².

Reis Novais coloca luz sobre o princípio da igualdade³⁸³, ao imaginar se o Juiz não deveria ponderar, para ele, sim, acerca da legitimidade da negativa do poder público em prestar determinado serviço, em razão de não poder prestar a todos o mesmo padrão de serviço. Estaria, assim, justificada a atuação estatal, não cabendo ao Judiciário intervir individualmente.

O mesmo raciocínio pode ser estendido à reserva do possível, seja para prover a prestação, seja para negar. O argumento estatal somente poderá ser levado a efeito se a todos é negado, com justificativa na escassez de recursos, e desde que os recursos não estejam sendo aplicados em áreas menos essenciais para o interesse público.

Por óbvio, nas ações coletivas, a discussão ganharia contornos mais amplos, podendo o embate ser mais efetivo, inclusive ao ponto de responsabilizar o administrador ou encetar providências legislativas no sentido de constranger as instâncias majoritárias a estabelecerem políticas preferenciais³⁸⁴.

³⁸² Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa...*, p. 41, “[E]... a desigualdade e a tendência de políticas públicas gerais de não beneficiarem primeiro os mais pobres – têm suscitado a discussão acerca do que aqui se denomina de promoção equitativa dos direitos. A promoção equitativa de direitos significa, de forma simples, uma diretriz política no sentido de priorizar as ações que atendam os mais necessitados no esforço de respeito, proteção e promoção dos direitos, sobretudo nas suas dimensões mais básicas relacionadas com a superação permanente da pobreza extrema. Isto é: os esforços estatais devem se concentrar em garantir o mínimo existencial aos mais necessitados.”

³⁸³ Cfr. Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 120; no mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes, Em torno da “reserva do possível”..., pp. 171-172.

³⁸⁴ Cfr. Guilherme Valle Brum, *Uma teoria para o controle judicial...*, p. 36; Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa...*, p. 43.

Em nosso sentir, nessas questões não está em confronto tão somente o direito à saúde, à educação, à previdência, de um lado e a reserva do possível de outro. Indo além, a judicialização individual do direito social desigualdade as oportunidades de acesso, implica em descobrir o direito de muitos, para cobrir o direito de poucos. Limites orçamentários são, de fato, estrangulamentos fáticos que impedem a prestação de um serviço essencial, entretanto, mais do que isso, a intervenção judicial individual, e em excesso, leva a inefetividade, seja do meio de realização do direito, seja pela incompleta abrangência³⁸⁵.

Para nós, urge encontrar meios para ações governamentais racionais e transparentes do âmbito de proteção do direito social em causa e suas limitações, de forma a melhor definir a classificação dos fatos pertinentes, e assim não criar situações paradoxais, onde um paciente morre na porta de um hospital por falta de procedimento simples, enquanto outro a sofre tratamento excepcionalíssimo em hospital particular em centro de referência no exterior, sob o manto do vexame e descaso estatal, no primeiro, e protetor exacerbado, no segundo. Para ambos, o fundamento

³⁸⁵ A incompletude de uma intervenção judicial em políticas públicas, ainda que coletiva, é tratada com incomum precisão pela Ministra Carmem Lúcia, na decisão monocrática do RE 650.085/SP, que no inteiro teor cita outros acórdãos, que bem ilustram nosso pensamento. Destacamos os trechos: “Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em números necessários para tal desiderato. [...] A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, algumas em pior situação, por falta de verbas, aguardam por idêntica solução? [...] Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 e 167 da Constituição Federal.”.

jurídico a ser utilizado, para desqualificar o serviço público ou extrapolar a função estatal, é sempre o mesmo, o direito à vida.

Esta equação que reúne promoção de direitos sociais, escassez de recursos, escolhas do conteúdo protetivo, não é simples, muito menos indolor, tangencia o implacável, o trágico. A igualdade substancial é uma meta inatingível, sabemos, mas nem por isso podemos descuidar do esforço de sua aproximação.

Por exemplo, no campo da saúde, vimos novas tecnologias surgindo, os tratamentos ficando cada vez mais custosos, a indústria de medicamentos desenvolvendo novas terapias³⁸⁶, também mais custosas, enquanto a população está envelhecendo e uma enorme lista de fatores circunstanciais, como problemas regionais, carência de recursos humanos, de centros de tratamentos, bolsões de pobreza, tudo a desafiar o legislador e o governo na intenção de construir uma política pública viável e menos desigual para os potenciais usuários.

³⁸⁶ Veja a multicitada decisão da Min. Ellen Gracie, SS 3073-RN, de 14.02.2007, que com acerto, ponderou o atendimento do individual, frente ao coletivo: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (f. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante.”

Não há razão que justifique a preponderância do individual sobre o coletivo³⁸⁷. Ademais, decisões que visam atender necessidades médicas excepcionais, não previstas em protocolos e, alguns casos, sem qualquer comprovação da comunidade científica quanto a eficiência do tratamento, são, para além do que foi dito, uma porta aberta a corrupção, ao desvio de dinheiro público, porquanto, invariavelmente justificam a aquisição do produto sem passar pelo necessário processo licitatório³⁸⁸.

A conta é simples. Se os direitos sociais têm custos, e altos custos, as demandas judiciais individuais procedentes geram altos custos. Como elas se avolumam a cada dia, e aqui estamos falando de um problema muito particular do Brasil, sem correspondência em Portugal³⁸⁹, o volume de recursos públicos é gigantesco, a obrigar o administrador a desviar os recursos de determinado programa para atender a ordem judicial. A pergunta que se faz é: como ficam aqueles beneficiários do programa afetado que teve recursos disponibilizados para outro atendimento?³⁹⁰

É sabido que o exemplo citado na nota acima não é o único. Ao contrário, reflete uma cultura brasileira de solução de litígio individual sem pensar no coletivo. Não seria o caso de questionar, como fez o autor citado, se o êxito individual na demanda judicial implica no êxito coletivo? Em outras

³⁸⁷ Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 357 e ss.

³⁸⁸ O que se pondera e critica são as distorções nas decisões judiciais que muitas vezes tutelam pleitos individuais na área da saúde, muitas vezes prescritos por médicos que não trabalham no sistema público. Há uma contradição em alguns pleitos, eis que feitos por pessoas que não utilizam o sistema público para a prescrição, mas querem valer-se do público para o tratamento. O fato de o Brasil prever na CRB88 a universalização 100% gratuita e integral dos serviços de saúde é combustível para tais pleitos individuais, alimentados por profissionais de estatura ética duvidosa, não comprometidos com o público e, às vezes, não raros, partícipes de grandes organizações criminosas, junto com advogados, representantes das indústrias de medicamentos e os próprios laboratórios.

³⁸⁹ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 487.

³⁹⁰ Cfr. Virgílio Afonso da Silva, *O Judiciário e as Políticas Públicas...*, p. 597, o autor cita um exemplo de demanda onde cerca de 100 portadores de uma doença rara recebem, em razão de decisões judiciais, tratamento gratuito, gerando custo anual de US\$10 milhões, valor suficiente, segundo dados estatísticos, para combater a fome endêmica de aproximadamente 250 mil pessoas ao ano.

palavras, não deveríamos repensar a forma do atuar do Poder Judiciário brasileiro em casos de direitos relacionados a saúde³⁹¹, a partir de provocação dos órgãos públicos competentes já citados, ou mesmo da sociedade civil organizada?

No que tange às liberdades públicas e na dimensão negativa dos direitos sociais, a ação individual atinge o seu objetivo. Tal resultado não encontra correspondência similar nas demandas envolvendo direitos sociais prestacionais. Os direitos sociais têm caráter coletivo, ou seja, não se bastam no individual, dado que as demandas se multiplicam de forma muito parecida em toda a coletividade³⁹².

Como dito no início, nossa oposição ao enfrentamento do controle judicial de políticas públicas pela via da ação individual não sacrifica a garantia constitucional de acesso à justiça. Nesse ponto, colocamo-nos de acordo com Ingo Sarlet³⁹³, para quem a defesa individual não pode nunca deixar de existir, mormente para casos, de fato, especiais, cujo descortinamento pelo juiz é uma questão intrínseca ao Estado de Direito. Ocorre que, o olhar para o todo demonstra que a judicialização individual de problemas conectados às políticas públicas de direitos sociais não trouxe a solução esperada.

Cláudio Pereira de Souza Neto³⁹⁴ sintetiza seis razões para priorização das ações coletivas: (i) as decisões de âmbito coletivo garantem

³⁹¹ No mesmo sentido, demonstrando preocupação com as distorções causadas por ações individuais, mormente no caso brasileiro, Cláudio Pereira de Souza Neto, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais...*, p. 527.

³⁹² A falta de um hospital ou de uma escola afeta toda a sociedade envolvida. A carência é coletiva, não é individual, portanto, deve ser resolvido o problema de forma a abranger toda aquela comunidade, ainda que presumida a afetação.

³⁹³ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde*, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. I, Coimbra, 2011, pp. 245 e ss.

³⁹⁴ Cfr. Cláudio Pereira de Souza Neto, *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais ...*, pp. 543-544.

a universalização da prestação; (ii) as decisões desorganizam menos a administração que o impacto de milhares de ações individuais; (iii) há maior cuidado na discussão dos aspectos técnicos; (iv) causa mobilização social para atuação política através da sociedade civil organizada; (v) evita a desigualdade de oportunidades, que ocorre no caso das ações individuais, que privilegia aqueles que tem acesso qualificado a justiça; (vi) é possível analisar o impacto orçamentário da decisão.

De Fato, a universalização da prestação respeita o princípio constitucional da igualdade material, como já falamos supra e permite uma racionalização dos serviços públicos.

Ademais, em ação coletiva é sensivelmente mais fácil agrupar argumentos técnicos de diversos setores do objeto em discussão. Por exemplo, se se está em discussão a ampliação da lista de medicamentos ou de serviços de saúde oferecidos pela rede pública, poder-se-á ouvir médicos, comunidade científica, especialistas da área de orçamentos e finanças – para fornecer elementos acerca dos impactos financeiros no Estado – de forma que uma futura decisão a ser tomada, possa encontrar um terreno mais fértil para a concretização daquele direito em discussão.

A ação coletiva potencializa a participação popular, por meio dos meios de comunicação social, agregando à ação judicial um fator preponderante para as instâncias majoritárias, qual seja, o controle social.

Pode ocorrer que uma discussão em um processo judicial ganhe envergadura nacional, pública, que acaba por gerar o efeito secundário já analisado nas omissões legislativas, qual seja, a pressão para que o Parlamento viabilize a concretização ou ampliação de determinada política pública, visto fazer parte da realidade constitucional esse olhar atento para o dinamismo social.

Por mais que tenhamos enorme dificuldade em aceitar a intervenção judicial em políticas públicas, há sempre espaço para discussões judiciais nessa temática que podem resultar em um grande ganho de efetividade, sem usurpação do poder, que se realiza pelos instrumentos processuais disponíveis, possibilitando o chamado diálogo institucional³⁹⁵.

Nestes termos, uma ação coletiva poderá ter o resultado impositivo, qual seja, quando a instrução revelar uma omissão não justificada ou uma ilegalidade flagrante, um consenso jurídico de que a inércia estatal não se coaduna com a Constituição. Neste caso, a política pública, em termos excepcionais, será conformada pela decisão judicial.

Por outro lado, a ação coletiva poderá ter um resultado propositivo, na conclusão de que a via judicial não tem legitimidade para conformar a política em discussão, mas servirá como meio para que as instâncias majoritárias, por constrangimento ou por força do controle social, respondam àquela demanda social, seja a justificar a não implantação, seja para implementá-la, na forma da lei.

³⁹⁵ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas...*, pp. 129-131.

12. Parâmetros de controle e fiscalização das políticas públicas

Sem desrespeitar a separação de funções dos Poderes da República, sem dispor de métodos ativistas de controle, por nós visto como uma disfunção, as Constituições em referência dispõem de mecanismos de controle da atividade política, que, se bem manejados, permitem garantir melhor aproveitamento dos recursos públicos de forma a prover os interesses públicos, os compromissos sociais assumidos e desejados pelo povo ao proclamar a Constituição daquele Estado.

Não há como dispensar, por completo, a atuação do Poder Judiciário, Ministério Público³⁹⁶, Defensoria Pública³⁹⁷ e Tribunal de Contas³⁹⁸, legitimados que são para o controle das ações estatais, *lato sensu*, de forma a garantir o escopo perseguido pelas políticas públicas, que é a concretização dos direitos fundamentais.

Com efeito, foi dito e repetido, com bastante ênfase, que se o recurso é escasso, as demandas sociais são crescentes, resta aos governos, tratar os recursos públicos como um bem em extinção, com vista ao atingimento do interesse público, com alteridade, transparência, participação democrática e probidade. Afinal, serão esses recursos que potencializarão o bem-estar social, com vistas à diminuição da desigualdade social e, quiçá, oferecimento de dignidade a seu povo.

A partir de uma inevitável conclusão que o controle judicial, além de previsto constitucionalmente, é salutar para o desenvolvimento dos

³⁹⁶ Art. 127 e 129, ambos da CRB88; em Portugal, art. 219º da CRP76, o Ministério Público tem atribuições diversas do caso brasileiro, portanto, não exerce a função de fiscalização, ao menos, da forma como nos deparamos com o Brasil, porquanto o Brasil tem órgão diverso de representação do Estado, Advocacia Geral da União, art. 131 da CRB88.

³⁹⁷ Art. 134 da CRB88; sem correspondente função na Constituição portuguesa.

³⁹⁸ Art. 107º da CRP76; arts. 70 e 71, ambos da CRB88.

compromissos assumidos no modelo de Estado Social, nosso esforço, neste capítulo, é encontrar algum parâmetro que identifique os níveis de intervenção judicial aceitáveis na atividade de controle de políticas públicas, a partir de tudo que foi dito até o momento³⁹⁹.

Vamos admitir três níveis potenciais de intervenção, forte, fraco e intermédio, sendo que, neste último, as hipóteses mais difíceis serão postas, situações que tangenciam, de um lado, a usurpação do poder, a prevalência das instâncias majoritárias, mas, por outro, a imperiosidade de algum controle judicial, a bem do interesse público, da efetividade social.

As hipóteses mais difíceis, quais sejam as que compõem o nível intermédio, são as mais expostas às críticas, seja daqueles que defendem a maior contenção da atividade judicial, seja daqueles que defendem um maior ativismo judicial, contornados no discurso da efetividade dos direitos. Sempre há alguma chance, nessa matéria, para considerações que resvalam para o subjetivismo do intérprete.

Procuramos não os afastar das vigas mestras do nosso trabalho dogmático de respeito irrestrito a normatividade suprema da Constituição, da separação de funções, da liberdade de conformação do legislador, pressuposto da democracia, das inevitáveis condicionantes fáticas, jurídicas e políticas que afetam os direitos sociais, tudo sem olvidar que a função

³⁹⁹ Todas as premissas por nós desenvolvidas ao longo deste trabalho, e a desenvolver neste capítulo, para o controle judicial de políticas públicas, parece-nos bem sintetizadas na proposta de Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 160, “[N]...1ª) de que o controle de políticas públicas é atividade que remete à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, portanto, é de ser encarado sempre **a partir de uma perspectiva da coletividade dos destinatários de direitos fundamentais**; 2ª) que o controle de políticas públicas, vocacionado à progressão nos níveis de efetividade de direitos fundamentais, **deve estar sempre vincado por um caráter pedagógico em relação à aferição que se desenvolveu das estratégias de ação e decurso pela Administração Pública**; e 3ª) de que a ação de controle substitutiva, mesmo quando desenvolvida pelo Judiciário, **se constitui absoluta exceção ao desenho constitucional de funcionamento do poder**, e que, portanto, é de ser minimizada em suas possibilidades de aplicação.” (grifo nosso).

precípua da Constituição é organizar e limitar os poderes, em respeito aos direitos e garantias fundamentais.

O importante é que o controle judicial não pode ser dispensado e não o foi no constitucionalismo moderno, no Estado Democrático e Social de Direito.

Os desmandos políticos e desvios de conduta estão a olhos vistos, tudo a indicar que se os recursos públicos fossem bem aplicados, poderíamos avançar muito em políticas públicas capazes de diminuir as desigualdades sociais⁴⁰⁰.

12.1. Alto potencial de intervenção judicial nas políticas públicas de direitos sociais

O controle judicial de políticas públicas pode ser inserido tanto no contexto de análise formal como substancial da política pública.

A política pública é controlada, sob o ponto de vista formal, principalmente no que tange a tramitação do processo legislativo e administrativo para elaboração e execução dos serviços públicos. Os parâmetros de controle realizados pelo Judiciário, nesta espécie, dizem respeito ao princípio da legalidade, que norteia a atividade pública, inclusive o Poder Legislativo, que também realiza atividades vinculadas⁴⁰¹.

No processo legislativo, há legitimados constitucionais específicos para propor projetos de leis relativas a algumas matérias, assim como há

⁴⁰⁰ Cfr. José Manuel Sérvulo Correia, *As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde*, In *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, *Direito Público, Privado e Vária*, Coimbra, 2010, pp. 547 e ss.

⁴⁰¹ Vide nota 404 infra.

necessidade de respeitar o rito, o quórum, os prazos. No momento da execução, deve ser respeitada, por exemplo, a impessoalidade nas escolhas dos prestadores de serviço público, que devem ser escolhidos por critérios de concorrência pública, com a menor interferência subjetiva possível, salvo situações excepcionais.

No mesmo passo, podemos afirmar que não há processo legislativo respeitante à Constituição quando, por exemplo, não viabiliza a discussão democrática dos projetos de lei. Há que existir um amplo debate e ponderação das prioridades e escolhas, de forma a construir uma política pública que atenda aos preceitos democráticos, não meramente restrita à representação política tradicional, por meio do voto. Compreende-se que a tomada de decisões será tanto mais democrática, quanto permitir a participação do debate público acerca das políticas públicas, por meio de sindicatos, associações de classe, organizações não governamentais⁴⁰².

Evidente, pois, que a obstaculização da participação da minoria no processo legislativo seria outra forma de desrespeito a democracia e, portanto, um vício formal a ser sanado pelo controle judicial. As hipóteses devem ser avaliadas no caso concreto, levando em conta a independência dos poderes e o consenso jurídico.

Recentemente, o Ministro Luis Fux⁴⁰³, do Supremo Tribunal Federal, concedeu uma tutela liminar, reconhecendo o vício formal na

⁴⁰² Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa* ..., pp. 56-57.

⁴⁰³ MS 34530/MC/DF, de 14.12.2016. A leitura da decisão, no que tange a possibilidade de controle jurisdicional, possui quatro fundamentos importantes: (i) as disposições regimentais do Congresso Nacional são autênticas normas jurídicas, portanto, dotadas de imperatividade e de caráter vinculante; (ii) partindo do pressuposto do primeiro tópico, a fixação de tal regramento denota autolimitação voluntária por parte dos próprios legisladores, o que decorre a ausência de discricionariedade quanto ao seu cumprimento; (iii) esta vinculação prévia, ao garantir certeza e previsibilidade das regras do jogo, funciona como *elemento indispensável para a institucionalização e racionalização do poder*, promovendo o necessário equilíbrio entre maioria e minoria; (iv) a sindicabilidade judicial assegura, zela, pelo cumprimento das regras do jogo democrático, de modo a assegurar o pluralismo necessário e exigido constitucionalmente no processo de elaboração das leis.

tramitação do processo legislativo de projeto de lei por iniciativa popular, determinando o retorno do projeto à Casa Legislativa de origem para regular tramitação. Alguns dirão que a decisão monocrática constituiu uma indevida intervenção em assunto *interna corporis* do Legislativo, que tal como proferida, em alguns casos poderia acarretar o indevido trancamento de pauta exclusiva do Parlamento.

Ocorre que, assim como afirmamos acima, a decisão revelou um vício formal, posto que se o projeto é de iniciativa popular, seu rito deveria ter seguido outro caminho, sendo desvirtuado pelos parlamentares, para alcançar a celeridade que a maioria desejava, entretanto, com atropelo de um procedimento vinculado. Esta é a intervenção que entendemos de acordo com a Constituição, quando pautada em argumentos exclusivamente de legalidade.

O controle formal encontra menos resistência, já que é objetivo, porquanto seu parâmetro de controle é o princípio da legalidade, o que, por si só, limita considerações axiológicas de ordem moral e ética, permitindo uma convivência menos conflituosa entre os poderes⁴⁰⁴. Por esta razão, há possibilidade de um controle forte nessas hipóteses.

Mas não é só o controle formal que permite uma intervenção forte em políticas públicas.

Passaremos a analisar outras situações onde o controle judicial do conteúdo da política pública tem potencial forte de intervenção. São situações bastante restritas, mas com amparo constitucional.

As regras constitucionais, que fixam propósitos rígidos a serem seguidos pelos governantes, como disposto nos art. 208, IV e §§ 1º e 2º, c/c

⁴⁰⁴ No mesmo sentido, em admitir o controle formal de atos legislativos, extrínsecos a proposta de lei, no caso de atos vinculados, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, pp. 1321-1323.

art. 211, §2º, todos da CRB88⁴⁰⁵ e art. 74, número 2, 'a', da CRP76⁴⁰⁶, são passíveis de controle forte pelo Poder Judiciário.

Em que pese parte da doutrina brasileira apontar um exemplo de usurpação de poder, o caso citado no parágrafo anterior – nota de rodapé -, assim não entendemos. A educação infantil, como mandamento constitucional disposto em regra, possui alta densidade normativa, a não comportar flexibilização “se” e “quando”. Como regra constitucional, a

⁴⁰⁵ Acerca da aplicação do controle judicial sobre a política pública de ensino infantil, assim decidiu o STF, no AgRe n. 410.715-5/SP, de 3.2.2006, conforme destacamos da fundamentação: “A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda a criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. (...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivos, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário - mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.”. A possibilidade de controle parece-nos prevista na própria Constituição, neste caso, a partir da leitura dos citados §§1º e 2º do mesmo artigo, onde dispõe o legislador constituinte: §1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo; §2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. Tenho como clara tal possibilidade, em primeiro lugar, em razão da previsão constitucional expressa de se se tratar de direito subjetivo, e não mera pretensão jurídica, o que invoca o maior grau de proteção dispensada pelo constituinte, pela eficácia plena e aplicabilidade imediata; em segundo plano, em razão da previsão da sanção de responsabilização pessoal do governante por ato omissivo. Embora tenhamos muitas ressalvas com o controle exercido pelo STF em relação as políticas públicas em hipóteses de normas-princípio, no caso de a política vir definida por uma norma-regra, defendemos o controle forte. No mesmo sentido, AgRe 761127/AP, de 24.6.2014, assim ementada: “Implementação de políticas públicas. Deterioração das instalações e instituição pública de ensino. Construção de nova escola. Possibilidade. Inexistência de violação ao princípio da separação de poderes. Garantia do direito à educação básica. Precedentes. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.”

⁴⁰⁶ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 434; Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, p. 282.

aplicabilidade enfrenta tão somente o plano da validade⁴⁰⁷, jamais da ponderação, cabendo ao Judiciário preservar sua plena observância.

Há alguma discricionariedade na forma como é concretizada a política pública vinculada a regra, entretanto, sem hipótese de não ser concretizada.

Outra hipótese de controle judicial forte contido na Constituição Brasileira, sem correspondência na Portuguesa, é a imposição de respeito a limites objetivos mínimos do orçamento na locação de recursos públicos, sob os quais os governantes não têm possibilidade de discricionariedade⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Cfr. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 92.

⁴⁰⁸ No caso de política pública de saúde: Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:... § 2º 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.

No caso de política pública de educação: Art. 212. 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.

E ainda vinculação de receitas de contribuições sociais (espécie de tributo) para o custeio da seguridade social: Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Pode existir juízo de conveniência e oportunidade na extrapolação do mínimo ou na forma de utilizar esses recursos, desde que respeitada a vinculação dirigente da Constituição.

De fato, não há grandes questionamentos no que tange ao mínimo a ser locado em áreas eleitas pelo constituinte, já que normatizado por regras⁴⁰⁹.

Vale um registro da importância em levar a sério esta possibilidade de controle. A rubrica, por exemplo, saúde, impõe limite mínimo de gastos públicos na CRB88, como nas Constituições dos Estados federados, como já dissemos. O controle mais fácil é a observação do contingenciamento de verbas no padrão estabelecido.

Todavia, não vimos como única forma de controle. Entendemos ser passível de se questionar, inclusive, se determinada locação de recurso, feita, por exemplo, com a rubrica saúde, pode ser considerada, objetivamente, uma aplicação de recursos públicos em saúde, ou é uma operação contábil disfarçada para satisfação da exigência constitucional, quando, na verdade, o recurso aplicável dito à saúde, não atende nenhum objetivo, de fato, vinculado a este direito social.

A hipótese que se apresenta no parágrafo anterior é de controle de eventual desvio de finalidade na execução da política pública, ou seja, verba orçamentária que deveria ser aplicada em saúde (mínimo vinculado), ser aplicada em outra área. A título de exemplo, verba pública destinada a construção de um aterro sanitário, deve ou não ser considerado investimento em saúde.

Nestas hipóteses, há que se reconhecer a sindicabilidade judicial, seja a *posteriori*, normalmente detectável na prestação de contas, ou

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

⁴⁰⁹ Cfr. Elival da Silva Ramos, *Ativismo judicial...*, p. 168.

mesmo, preventiva, na análise da proposta orçamentária ou execução orçamentária, nesta última, antes de seu contingenciamento para o destino fraudado.

Não estamos defendendo uma intervenção judicial sobre o juízo de discricionariedade do legislador sobre onde aplicar o recurso destinado a determinado direito social, mas o controle de eventual fraude na composição do orçamento de recurso público vinculado. O que foi relatado pode revelar a necessidade de intervenção judicial baseada na legalidade, haja vista um possível desvio de finalidade de verba pública, plenamente sindicável, porquanto compromete investimento em área prioritária, segundo mandamento constitucional.

A objeção normalmente levantada da falta de condições materiais (objeção operacional) do Judiciário para tal confronto não parece aplicável nas hipóteses acima, a levar em consideração o apoio institucional possível de técnicos dos Tribunais de Contas, por exemplo.

Ressalve-se, por óbvio, que sobra alguma margem para discricionariedade do poder público no contingenciamento de receita pública destas áreas prioritárias. Sem dúvida, zonas cinzentas, onde ficará a dúvida sobre a fiel aplicação do recurso público na área vinculada. Entretanto, quando não se tratar de evidente desvio de finalidade, a se comprovar no caso concreto, no devido processo legal, a partir da justificativa do governante, é sempre salutar que o controle judicial respeite a autocontenção, em nome da prevalência das decisões tomadas nas instâncias majoritárias.

Devemos, sobremaneira, ter como certa que a possibilidade de controle nesta modalidade se dá pelos mesmos legitimados da fiscalização de constitucionalidade, onde o argumento da falta de recursos operacionais pode ser superado com apoio técnico especializado. Não há que se falar em falta de legitimidade, uma vez que o controle de regras ou desvio de

finalidade é um controle de legalidade, portanto, jurídico. Não passa por avaliação política a adequação da quantidade de recursos aplicados, quando se está diante de uma regra que estabelece quantidade mínima.

Eventual decisão favorável a intervenção deverá impor ao Estado a readequação do orçamento, sem indicar a nova locação do recurso impugnado, visto que caberá ao legislador/governante a sua adequação à política pública de direito social vinculada.

Se o controle for a *posteriori*, como soa comum, ou seja, já finalizado o exercício financeiro, não vimos qualquer problema em determinar a compensação da verba orçamentária faltante para aquele específico direito social implicado.

Perpassando por outra hipótese de intervenção com alto potencial de controle, podemos citar toda e qualquer ação ou omissão estatal que afete, frontalmente, direito subjetivo líquido e certo, consagrado na política pública já concretizada e implementada pelo poder estatal. Estamos aqui nos referindo as ações judiciais individuais ou coletivas, que visam, não a uma ampliação de determinada política, mas a pura obediência do poder público ao determinado na lei orçamentária⁴¹⁰.

São hipóteses que podemos chamar de discriminatórias e/ou injustificadas, portanto, ilegais, onde a aplicação, pelo juiz, da regra de subsunção clássica do fato à lei, da aplicação do princípio da igualdade, na forma mais elementar, é suficiente para fundamentar sua intervenção em controle difuso. Assim, se um administrador público deixa de suprir determinada região de vacinas em um programa nacional de vacinação, ou se não há, em determinado município, um médico para atendimento no serviço público, porque todos foram dispensados, ou, ainda se o governante se omite diante uma situação de completa ausência de infraestrutura para o

⁴¹⁰ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos fundamentais e direito à justificativa...*, pp. 42-43.

funcionamento de uma escola do ensino fundamental, o potencial de intervenção judicial será sempre alto. A toda vista, não se trata de criar obrigações, posto que já estão dispostas em lei.

Tais situações são absolutamente diversas do manejo de ações individuais em face do Estado, quando a pretensão é a ampliação do conteúdo protetivo do plexo normativo da política pública, onde eventual decisão favorável cria obrigações não previstas em lei. Essas hipóteses já foram por nós rechaçadas nos capítulos destinados aos limites da justiça constitucional, da ilegitimidade do ativismo judicial e dos efeitos negativos das tutelas individuais.

12.2. Baixo potencial de intervenção judicial nas políticas públicas de direitos sociais

Embora tenhamos reconhecido no título anterior algumas hipóteses de controle forte, inclusive de conteúdo da política pública, não olvidamos que o controle judicial material ou substancial das políticas públicas de direitos sociais enfrenta enormes divergências na doutrina e jurisprudência. Na sua maioria, pode ser considerado um controle de potencial fraco, visto as inúmeras barreiras fáticas e jurídicas já dissecadas nos capítulos das objeções ao controle judicial e limites da justiça constitucional. Assim, vejamos.

A princípio, não acreditamos viável o controle judicial na fixação das metas e prioridades e do resultado final esperado pela política pública, a partir de intervenção judicial direta nos orçamentos⁴¹¹, tampouco o controle

⁴¹¹ As exceções estão tratadas no tópico anterior e no posterior, respectivamente, por indicar preceitos normativos dispostos por regras e por verdadeiro desvio de finalidades.

no atingimento das metas fixadas pelo Poder Público, porquanto redundaria em invasão do espaço próprio dos demais poderes⁴¹². Com efeito, o conteúdo da política pública de direitos sociais que possa ser planejado para o atingimento das metas é próprio das instâncias democráticas e o seu resultado depende de inúmeros fatores circunstanciais que não são passíveis de aferição no campo jurídico⁴¹³.

Vimos, inclusive, que a concretização efetiva dos direitos sociais é gradual, imposta pelas condicionantes fáticas, jurídicas e políticas⁴¹⁴. Como não imaginar, deste modo, que o resultado alcançado está dentro de um cenário de gradualidade possível?

A que se propõe estas espécies de controle?

A fixação de novas metas e o controle de resultado, parte-se da ideia de que o Judiciário deve atacar a causa e não o efeito. Diante de uma fragilidade na execução de determinada política pública, que poderia ser aferida em uma ação individual ou coletiva, a intervenção judicial seria na

⁴¹² No mesmo sentido de nossa aproximação, Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, pp. 147-155; em sentido oposto ao que pensamos, Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas...*, pp. 117-118. Alguns exemplos citados pela autora, entendemos que não se trata de controle de metas e resultado, mas do controle de execução pura e simples da política pública já implementada e com orçamento disponível, que rotulamos de omissões discriminatórias ou injustificadas, que está referido no título anterior. Percebemos que no seu novo livro, *Direitos fundamentais e direito à justificativa – devido procedimento na elaboração normativa*, a autora citada dá prioridade às instâncias majoritárias, como forma de dar efetividade ao direito social. Designadamente, o Capítulo 3 – o novo papel para o direito Constitucional: fomento à democracia nos espaços democráticos – após tecer considerações acerca das limitações do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, no capítulo anterior, revela que de fato, acredita na maior capacidade de fomento de políticas públicas pelo Parlamento e governo.

⁴¹³ Cfr. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional...*, p. 474. Para nós, esta impossibilidade de controle, o autor classificou como uma modalidade de controle, nominando-a de controle diferencial, “[N]...consiste naquelas situações em que os juízes, admitindo a maior autoridade democrática e a superioridade epistémica do legislador e da Administração, acabam por respeitar deferentemente as decisões destes órgãos.”. Por mais razão, todas as limitações do Poder Judiciário, já descritas nos capítulos 8 e 10.

⁴¹⁴ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Direitos Fundamentais e direito à justificativa...*, pp. 38-39, embora a autora apresente possibilidades de controle diversos do nosso entendimento, colocamo-nos de acordo com o seu diagnóstico da complexidade da política pública.

composição futura do orçamento, de forma a garantir o direito fundamental, com remanejamento e provisão de recursos⁴¹⁵. Seria uma correção de rumos na política pública.

Essas situações enfrentam os mesmos problemas de legitimidade do controle de políticas públicas.

Para levar a sério tal providência, a decisão judicial haveria de intervir em uma política pública existente, ou seja, em uma etapa final de execução de determinado programa social anteriormente desenvolvido, mas que apresentasse problemas no seu alcance e/ou na sua extensão – verdadeira correção de rumos, como já falamos.

Sem usurpação de poder, não vislumbramos que o Judiciário pudesse encontrar alguma fórmula capaz de contribuir, legitimamente, para essa intervenção, de forma eficiente e passível de êxito. A valoração do conteúdo da política pública deve ser feita pelas instâncias majoritárias. Ainda que em causa bens considerados essenciais para a dignidade humana, o controle jurídico quanto a metas e resultados somente poderá encontrar respaldo naqueles autores que defendem o ativismo judicial, valores como normas e um Poder Judiciário superior aos demais, na fórmula do *pode quase tudo*.

Uma intervenção nesta esfera exigiria juízo de valor se tal meta é boa ou má para o resultado esperado e, se decidir que a meta está inadequada, deveria indicar uma outra, o que traria maiores dificuldades, práticas e jurídicas.

⁴¹⁵ Entre os autores brasileiros, acerca do tema, Sandoval Alves da Silva, *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumentos de implementação*, Curitiba, 2007; Américo Bedé Freire Junior, *O controle judicial das políticas públicas*, São Paulo, 2005; Alceu Maurício Junior, A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais, *in Revista Diálogo Jurídico*, n.º 15, Salvador jan/mar, 2007, disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf.

Primeiro, tal providência desconsidera a reserva dos demais poderes para a destinação orçamentária. Bem ou mal, o parlamento e o governo devem decidir acerca das alocações de recursos, em um primeiro momento, respeitando as vinculações constitucionais. Em um segundo momento, manejando a sobra dentro da discricionariedade que é própria da administração pública e da essência das políticas públicas, como dito, a despeito de críticas, às vezes, com ondas mais socializantes, outras vezes, liberalizantes.

De uma forma ou de outra, de novo, respeitados os limites impostos pelas regras orçamentárias dispostas na Constituição, que não são poucas, haverá sempre críticas sobre a alocação de recursos. O que não podemos deixar de levar em consideração é que a prevalência de determinada tendência política está intimamente ligada ao funcionamento das regras democráticas, valor que assume prevalência no Estado de Direito.

Aqui tocamos no ponto crucial deste tema. A questão da legitimidade para decidir acerca das políticas públicas de direitos sociais. Não podemos defender, em hipótese alguma, a ideia de que ao vir do Judiciário, presume-se legítima a decisão, à medida que a racionalização da separação de funções visa, desde sua criação, evitar o poder absoluto, a concentração, o empoderamento absoluto.

Ainda contribui pela ilegitimidade da intervenção judicial nas metas e resultados, o déficit de representação política, vício não oculto, embora intrínseco de toda decisão judicial, de essência contramajoritária.

Para além da falta de legitimidade, e também já debatido nesse trabalho, temos o déficit de *expertise* ou a falta de recursos materiais, dito operacionais⁴¹⁶, para consecução de tal fim. Quanto a este ponto, estendemos nossa oposição ao controle tanto nas ações coletivas, e com

⁴¹⁶ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Constitucionalização das políticas públicas...*, p. 115.

mais razão, nas ações individuais. Qualquer mensuração ao conteúdo da meta ou o atingimento do resultado, seja para corrigir rumos, seja para impor determinada providência adicional, está, por nós, rechaçada.

No processo judicial tradicional o déficit de *expertise* é resolvido com a tradicional prova pericial. O mesmo não ocorre em matéria orçamentária.

Há de se reconhecer, nesta esfera, a enorme complexidade do contingenciamento de gastos nas políticas públicas, a considerar os diversos campos do conhecimento que envolvem a execução das mesmas, a saber, economia, administração pública, fiscalidade, direito público, tributação, para além da reserva política. Sendo assim, difícil é imaginar uma perícia que possa abarcar todos esses conhecimentos.

Assim é que, ao analisar uma determinada política pública de direito social, em seu conteúdo, para fins de controle, em razão das limitações próprias do meio processual, o Judiciário poderá incorrer em enorme equívoco, podendo comprometer uma ou outra política específica, na tentativa de “corrigir rumos”.

Entender que o Judiciário pode dizer onde o recurso deve ser locado e quanto, é, no mínimo, desconhecer a forma de atuação desse poder. Por mais das vezes, o processo decisório, procedente ou não da Corte Constitucional, demanda tempo, necessário para reflexão jurídica, sem abster do devido processo legal, que tem como corolários o contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, para além de sobrecarregar o desconhecimento técnico suficiente para a tomada de decisão eminentemente política, há que se ter em conta o tempo, a celeridade exigível para tais providências. Tudo parece-nos conspirar contra tal método de intervenção.

E as dificuldades desta ideia de intervenção não param por aí. Imaginemos, pois, no caso de não existir planejamento adequado para determinada carência de serviço público. Seria possível, ou mesmo desejável, tal intervenção judicial? Por mais razões, e sem rodeios, defendemos que não. Seria impossível, do ponto de vista da dogmática jurídica-constitucional, que uma decisão judicial criasse uma afetação orçamentária para o futuro, alicerçada na demanda, porém, sem qualquer planejamento de execução⁴¹⁷.

O remanejamento de recursos públicos baseado em juízo de valor sobre os resultados obtidos, de forma a comprometer verbas para exercícios futuros, traz em si um exercício de prognose impróprio para os meios disponíveis no controle judicial, haja vista a complexidade técnica já referida, que envolve o planejamento de uma determinada política pública.

Tal remodelagem da política pública, feita pela via judicial, para ser incluída no orçamento, haveria de levar em consideração o impacto financeiro, considerando a regra básica de que toda despesa deve indicar a fonte de custeio.

Com efeito, sem tal providência, a decisão judicial não passaria de mais uma promessa de execução, sem qualquer vinculatividade ao governo futuro. Apesar de sua aparente boa intenção, a não compatibilidade com a realidade sobre a qual deveria incidir, causaria mais frustração que efetiva concretização. Sem a vinculatividade exigível na lei orçamentária, sequer poderia ser fiscalizada, e, em consequência, a possibilidade real de ineficiência repetida.

Ademais, em se tratando de política pública, tal estratégia de intervenção deveria levar em consideração que a questão posta não se resolve em um exercício financeiro, ao passo que, é sabido, a carência por

⁴¹⁷ É sempre bom lembrar as virtudes do planejamento da política pública, como o faz Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 139.

determinado serviço não se esgota em curto espaço de tempo. A demanda por serviço público é de longo prazo, o que imporia em necessária alocação de recursos para exercícios seguintes, providência imperativa para a efetividade da política desejada. Referimo-nos a continuidade dos programas sociais.

Mais a mais, é de notar que se a indicação de determinado valor a ser investido for fixa, pode esta não ser suficiente, uma vez que a decisão judicial, em nenhuma hipótese revelar-se-á completa sob o ponto de vista normativo de toda a política pública.

Se, por outro lado, o provimento indicar a necessidade de alocar recursos em determinada política, mas não disser o quanto, o resultado poderá ser desastroso, porquanto perde-se o parâmetro de criticidade acerca da adequação entre o custo e o benefício⁴¹⁸.

Não estamos aqui a defender a ineficiência ou a eternização da omissão, mas a combater o decisionismo e o método de intervenção. A inteligência da decisão judicial intervencionista não mede a consequência da carência de recursos para outros programas, tão ou mais relevantes que o analisado. E o que nos impõe tal crítica é a conclusão que a decisão judicial que realoca recursos, está, no fundo, vetando outros programas e como tal, sem embargo de outras considerações mais amplas do órgão decisor, tem o potencial de criar mais distorções que soluções, gerando efeitos que podem ser ainda mais danosos do ponto de vista social.

⁴¹⁸ A título de exemplo, se uma demanda postula a construção de um hospital e a Justiça Constitucional define pelo provimento, simplesmente a determinar que o Estado reserve verba no próximo orçamento para tal fim, percebe-se claramente que a decisão é incompleta, à medida que não disse o local, o tamanho do hospital, as especialidades incluídas, o número de leitos, e muito menos, a procedência dos recursos para tal fim. No mais, construído o hospital, há que se ter verba orçamentária necessária para manter o seu funcionamento. Daí advém as inúmeras e incontornáveis barreiras para uma intervenção judicial no orçamento.

Voltamos a questão da justiça na decisão que privilegia uma determinada política pública, vista de forma apartada, em detrimento do todo. Já dissemos que os recursos são limitados. Se sobrevém uma determinada decisão de atendimento a determinado seguimento, outros haverão de ser descobertos. Ao analisar o caso concreto, o Magistrado não tem visão do todo e da complexa cadeia de providências necessárias para atendimento de determinada situação. Em sendo assim, inexorável a conclusão de tal lógica, levada a efeito, cria uma espécie de direito de preferência⁴¹⁹, não menos desigual e injusta que a própria ineficiência da política impugnada.

Resta, nesse ambiente, o controle interno das próprias instâncias e o controle social, de modo que a responsabilidade de cada governo com o interesse público haverá de ser esperada para uma correção de rumo quanto as metas ou procedimentos, em busca de melhores resultados.

Inevitável, após todas essas considerações, é se perguntar se o enorme esforço para o controle judicial de políticas públicas, se postos a serviço de um debate democrático, por meio, não só do parlamento, como também de associações de classe e organizações não governamentais ou mesmo agências reguladoras, não seria mais útil e eficiente, para além de legitimar as propostas?

A resposta a esta pergunta é afirmativa. Por tudo que foi dito, o Judiciário não seria mesmo capaz de atender a todas as demandas contingenciais de determinada política pública de direito social.

O controle possível, nesse aspecto, seria residual, não sobre a política pública, mas eventuais desvios dos agentes públicos no cumprimento das políticas públicas, como favorecimentos pessoais, corrupção, nepotismo.

⁴¹⁹ Cfr. Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, p. 150. Já vimos os efeitos negativos de ações individuais em contraposição às ações coletivas. O mesmo se aplica na hipótese de intervenção, ainda que em ação coletiva, de igual modo com potencial de afetar o princípio da igualdade, já em contexto mais amplo, se a comparação se estender a âmbitos de proteção de diversas políticas públicas.

Esta instância de controle é desejável, regulada na legislação pertinente à administração pública e penal, mas não diz respeito a política pública em si. É óbvio que quanto mais correicionado for o agente público, melhor pode-se esperar de seu desempenho, ao menos no quesito legalidade.

Com muitas reservas, anunciamos que a jurisprudência brasileira está, por mais incrível que possa parecer, plena de decisões que controlam o conteúdo das políticas públicas. Criam, modificam, manipulam, ampliam a incidência normativa, inclusive no Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, seja em ações que visam o fornecimento de medicamentos, tratamentos de saúde excepcionais, fomento de políticas públicas de proteção ao idoso, aos menores e deficientes físicos, sem o necessário debate acerca dos inúmeros aspectos que envolvem a implementação de políticas públicas, como já visitamos ao longo deste trabalho⁴²⁰.

Nesse modelo de decisões, classificamos como desrespeito absoluto às instâncias democráticas, muito além de contaminarem o desenvolvimento de outras políticas públicas em andamento, fere o princípio da igualdade e eleva o Judiciário a uma instância criadora de direitos, desvirtuando a sua necessária função de guardião do sistema jurídico como um todo, precipuamente, da Constituição.

Haveria de perguntar aos julgadores/legisladores, nestes casos, se a decisão vale para todos, de onde provém os recursos e qual programa social deverá ser interrompido para o cumprimento da decisão, afinal, ninguém discorda que os recursos são limitados e no mais das vezes, escassos.

⁴²⁰ Re 581.352/AM, de 29.10.2013; AgRe 727.864/PR, de 4.11.2014. Ambos os julgados revelam a atividade criativa, com citações de diversos princípios (mix) de conteúdo aberto, de baixa densidade, como proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso, rejeitando a reserva do possível como limitação fática ou jurídica. Em suma, são julgados em linha de oposição com a proposta teórica deste trabalho.

Os argumentos estão narrados supra, quando falamos das ações individuais.

Muitas vezes, a decisão judicial sequer cogita ou se apercebe se já existe uma política pública em andamento ou em construção para o agasalhamento do direito subjetivo pleiteado - hipótese de intervenção forte possível, como visto no título anterior –, ou se o direito pleiteado não mereceu densificação infraconstitucional, portanto, de baixa sindicabilidade – salvo se o direito estiver previsto por regra. São situações absolutamente diversas, que merecem, em nosso sentir, soluções também diversas.

É bom lembrar que a mera cogitação de uma omissão legislativa na concretização da política pública, na hipótese de judicialização baseada somente no preceito constitucional, onde defendemos um baixo potencial de resolutividade judicial, resulta, no mínimo, em dois efeitos, como já visto no capítulo 10: a responsabilização do poder público pela omissão – embora de forma excepcional, também do governante – e o acionamento do controle social⁴²¹, não obstante ser esse último efeito mais eficiente em democracias mais avançadas política e culturalmente.

Na jurisprudência portuguesa, com exceção do período 2012-2014⁴²², nominado de jurisprudência da crise, o que percebemos é, efetivamente, a autocontenção do Tribunal Constitucional e sua deferência às políticas públicas fomentadas pelas instâncias majoritárias, seja na hipótese de ampliar, seja quando inevitável o retrocesso social.

Esta constatação, como já dissemos no capítulo 4, resta evidente quando analisamos o retrospecto da justiça constitucional ao rechaçar a utilização do princípio da proibição do retrocesso social e quando verificamos que a despeito de sete revisões constitucionais de largo alcance na

⁴²¹ Em termos aproximados, Vanice Regina Lírio do Valle, *Políticas públicas...*, pp. 138-139.

⁴²² Sobre o comportamento do Tribunal Constitucional português, nesse período, voltaremos a falar no último capítulo.

Constituição Portuguesa, não há uma decisão sequer de controle de constitucionalidade destas leis revisoras, o que indica o consenso jurídico, ao menos majoritário, de que o Tribunal não tem a função de intervir diretamente em políticas públicas, no sentido de impugnar preferências majoritárias eleitas pelo Parlamento, ressalvadas as hipóteses de ferir o princípio da legalidade.

Em Portugal, o enfrentamento das carências, por exemplo, na questão do financiamento público da saúde, veio com uma solução governamental e outra revisionista da própria Constituição, sem interferência do Tribunal Constitucional nos dois momentos.

Em um primeiro momento, por meio do Decreto-Lei 57/86, de 20 de março, instituiu-se as taxas moderadoras na saúde pública. Tal decreto foi submetido ao Tribunal Constitucional⁴²³, que o declarou compatível com a

⁴²³ Acórdão 330/89. Duas questões foram debatidas pelo Tribunal nesse acórdão, uma formal e outra material. A primeira, diz respeito a violação da reserva parlamentar estabelecida pelo artigo 168º, n.º I, alínea f, segunda parte, da Constituição, por se tratar de um diploma governamental emitido sem autorização legislativa – o entendimento do Tribunal é de que não se tratava de estabelecer a política em si, mas tão somente o desenvolvimento de uma política já estabelecida nas suas bases gerais; a segunda, a violação ao princípio da gratuidade do serviço nacional de saúde, artigo 64º, n.º 2, da CRP76 – foi assim entendida: “Ora, a verdade é que o conceito de «gratuidade», ao ser assumido pela Constituição, ganha uma conotação «normativa» (lato sensu), e com isso perde a «determinação» absoluta de que aparentemente se revestia. De facto, se nesse contexto não seria impensável continuar a entender esse conceito no seu sentido puramente etimológico, e assim excluindo radicalmente a possibilidade de exigir um qualquer pagamento aos utentes do SNS, como condição, correspectivo ou consequência do recurso que façam às respectivas prestações (ou a algumas delas), não é menos pensável entendê-lo em termos menos estritos, como visando essencial e fundamentalmente garantir aos mesmos utentes que não terão eles de suportar individualizadamente os custos daquelas prestações, pelo que, isso sim, não lhes há de poder ser exigida, por cada uma de tais prestações, uma contraprestação destinada directamente a transferir (ainda que só parcialmente) para eles o custo da prestação em causa — uma contraprestação, isto é, que tenha como objectivo o «pagamento» (o pagamento do «preço») do serviço prestado — ou, então, tal que (designadamente por força do seu montante) venha a ter praticamente um efeito equivalente (e subverta, desse modo, o que poderá qualificar-se como conteúdo essencial mínimo de qualquer ideia de «gratuidade»).”

(...)

Constituição. Percebe-se claramente da leitura do referido acórdão e das declarações de votos divergentes, que, embora literalmente contraditória, a cobrança de taxas moderadoras e o então princípio da gratuidade do serviço público de saúde, aquele Sodalício manteve-se coerente com a liberdade do legislador (*lato sensu*) em ‘desenvolver’ a política pública de saúde, em consonância com o disposto na Lei de Bases daquele serviço, Lei 56/79.

Em um segundo momento, o princípio da gratuidade do acesso ao sistema público de saúde, previsto na CRP76, artigo 64º, n.º 2, alínea a, foi alterado; a expressão “gratuito” foi substituída na Revisão Constitucional de 1989, em seu artigo 36º, pela expressão “tendencialmente gratuito”.

O que transparece é que o Tribunal Constitucional português esforça-se no sentido de compatibilizar as eventuais necessidades contemporâneas das políticas públicas de direitos sociais, ao texto atemporal da Constituição, emprestando valor ao palco mais democrático de todos os poderes. No caso em exame, percebe-se claramente que o Tribunal antecipou a própria revisão constitucional, que veio a referendar o entendimento anterior, mas sempre protegendo o princípio democrático.

Em outra quadra, ao examinar a questão da moradia – crédito bonificado da habitação -, política pública modificada pelo Parlamento, novamente o Tribunal Constitucional deu o exemplo de reverência ao

“Pois bem: tomado nesse mais amplo sentido o conceito de «gratuidade», com ele já será compatível a exigência (ou a exigência em certos casos) aos utentes do SNS de «taxas moderadoras» como as estabelecidas no artigo 4.º do diploma em apreço, em desenvolvimento do que ficara logo previsto no artigo 7.º da Lei n.º 56/79. É que tais taxas visam tão-só — como expressamente se deixou acautelado nesse artigo 7.º — «racionalizar a utilização das prestações» facultadas pelo serviço em causa: o seu objectivo — como se lê no relatório do Decreto-Lei n.º 57/86 — é unicamente o de «moderar a procura de cuidados de saúde, evitando assim a sua utilização para além do razoável». Por outras palavras — ainda do mesmo relatório — tais taxas têm em vista «garantir uma maior racionalidade na utilização dos limitados recursos humanos, técnicos e financeiros postos à disposição do Serviço Nacional de Saúde», contribuindo «para reservar as prestações de cuidados de saúde aos utentes que delas careçam», e não, de modo algum, fazer pagar por esses utentes os preços daqueles cuidados, prestados pelo SNS.”.

princípio democrático e das escolhas políticas, ao manter o preceito legal como constitucional⁴²⁴.

Voltando na questão da intervenção judicial, identificamos a possibilidade de escolhas jurídicas levarem a uma regressividade do próprio direito fundamental, seja pela opção de um discurso decisório fundamentado no conteúdo vago da dignidade da pessoa humana, seja pela opção de escolha de proteção de determinado bem jurídico, em detrimento de outros, que no exame democrático careceria de maior atenção.

No exame de decisões que apontam pela proteção da dignidade da pessoa humana, há um grande exemplo do que acabamos de dizer, envolvendo, em nosso modesto sentir, a regressividade, em potencial da decisão. No Recurso Extraordinário nº 580.252⁴²⁵, de 16.2.2017, decidiu-se pela cominação de dano moral em favor do preso que ficou submetido a condições físicas incompatíveis com o princípio da dignidade humana.

Em verdade, a matéria de fundo era as condições precárias do sistema prisional. A decisão não enfrentou o problema do sistema prisional, qual seja, as condições sub-humanas de encarceramento no Brasil, e tampouco criou uma saída honrosa ao problema, mas apenas uma compensação, que estimula, quem sabe, a manutenção do *status quo* pelo Estado, à medida que, com o crivo do Judiciário, criou uma zona de conforto, no sentido de não fazer nada, em troca de ser condenado a uma simples indenização. E pior, incerta, futura, gravando futuras gerações.

Em outra decisão que demonstra a peculiaridade de uma decisão vaga, em que pese a boa retórica, esta da lavra do Ministro Ricardo

⁴²⁴ Acórdão nº 590/2004. Os fundamentos desta decisão estão expostos no tópico 4.2 supra.

⁴²⁵ Ao julgar o recurso, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese 365 de repercussão geral: “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.

Lewandowsky, discute-se o mesmo tema, precariedade do sistema prisional, com a sinalização da seguinte solução: “...competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo, a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância dos direitos fundamentais dos presos [...]”. Mais uma vez não se diz como fazer e como executar tal ordem judicial. Não enfrenta a questão de fundo, não aponta caminhos, não descortina a nuvem negra que pesa sobre o Estado no tema tratado.

Apesar do recorrente ativismo judicial visto por parte do Supremo Tribunal Federal, há esperanças de mudanças, em sede de controle de políticas públicas pela justiça constitucional brasileira. No exame da questão do instituto chamado de desaposentação⁴²⁶, tema 503 de Repercussão Geral⁴²⁷, ainda que por maioria, a Corte Suprema indicou que o caminho para o reconhecimento de tal direito não está na mutação constitucional feita pelo Judiciário, como em outras quadras, mas no Parlamento, na decisão política de conceder ou não tal benefício.

Diverso do ambiente de protagonismo e ativismo judicial, insista-se na busca de soluções que apontem para a efetividade dos direitos fundamentais, sem desrespeitar os princípios estruturantes do Estado de Direito. Há sempre o risco da regressividade ou inefetividade no controle judicial da política pública. A projeção do princípio democrático nas escolhas da melhor política pública é, de fato, o caminho para efetividade do direito social.

Nesse viés, percebemos que o direito tem, de fato, seu espaço de intervenção na política, entretanto, deve ser feito com *granus salis*.

⁴²⁶ Ver detalhamento da decisão, capítulo 4.2, supra.

⁴²⁷ Tema 503 está assim redigido: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.”.

Rejeitamos a ideia de um discurso retórico, vago, indeterminado. Em outras palavras, quem diz muito, sem apontar como, está simplesmente discursando, utiliza o palanque da justiça sem apontar soluções concretas.

A construção da política pública jamais deve desprezar a compreensão, o entendimento de que se trata de escolhas, muitas vezes trágicas, ao privilegiarem um grupo social ou um direito em si, em detrimento de outro, inclusões e exclusões, ainda que implícitas, não são um querer, é inevitável e inexorável.

Essa linha de tensão entre incluir e excluir faz parte da luta democrática, é o que move a democracia. Maiorias e minorias não são eternas.

Frisamos essa questão para dizer que as variáveis das políticas públicas são externas ao direito. A própria democracia não é algo insuscetível a fatores de outra ordem, que não a política. A economia, a cultura social, por exemplo, são elementos que mudam as cores da democracia. Nas lições de Bobbio, a democracia real “[A]... que se nutre desta contínua troca entre produtores e consumidores de consenso (ou, inversamente, entre consumidores e produtores de poder)”⁴²⁸.

A democracia americana nos traz um exemplo atual do que estamos a dizer. Em 2008, a eleição de Barack Obama para Presidente dos Estados Unidos da América, emergiu ao mundo um recado bem diverso que a mesma sociedade quis demonstrar na eleição de 2016, de Donald Trump. Não se pode dizer, todavia, que não foi democrática a escolha do mesmo povo, por algo tão diferente, em curto espaço de tempo. A democracia não mudou, o que mudou foi o entorno, os influxos de outros elementos, como economia, imigração, religião, o sentimento de nacionalismo, que estão a influenciar o consentimento do povo.

⁴²⁸ Cfr. Norberto Bobbio, *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*, tradução de Marco Aurélio Nogueira, 6ª ed., São Paulo, 1997, p. 141.

Na linha que defendemos neste trabalho, concluimos que a intervenção judicial no orçamento, feita de forma positiva, como lecionado por alguns, não encontra respaldo constitucional, para além de pouca efetividade no campo fático, quando não prejudicial.

Parece-nos que o caminho a ser percorrido para o desenvolvimento dessa questão, a fugir do controle direto, mas contribuindo para o desenvolvimento de uma política pública eficiente, passa pelo diálogo do Judiciário com outros poderes e órgãos. Cabe destacar, a título de exemplo, a estrutura, o saber e o *expertise* dos Tribunais de Contas.

Embora, no Brasil, bem estruturado, estes tribunais encontram-se muito aquém de sua capacidade de atuação, em muitos aspectos, motivado pela própria forma de escolha de seus membros. Há que se desenvolver uma parceria mais séria e positiva entre o Poder Judiciário e Poderes Legislativo e Executivo, com apoio técnico dos Tribunais de Contas, de modo a envolver esta estrutura de poder em prol do desenvolvimento eficaz dos direitos sociais⁴²⁹.

O diálogo com os demais poderes também não se apresenta como uma solução fácil, embora se mostre viável e desejável. A construção de um consenso político sobre determinada política, se fora assomada a um consenso jurídico, na etapa de formulação, pode melhor responder aos anseios da efetividade, para além de sua legalidade presumida.

Não há nos dois ordenamentos uma indicação formal de diálogo. Os poderes, embora a proclamada harmonia, funcionam de forma hermética, menos no Brasil, e totalmente hermético em Portugal. Qualquer tentativa de aproximação é vista com muita desconfiança pelo ambiente jurídico, pela possibilidade de quebra da imparcialidade do magistrado.

⁴²⁹ Cfr. Vanice Regina Lírio do Valle, Tribunais de Contas e a construção de uma cidadania afeita à coisa pública, in *Interesse Público*, v. 40, Belo Horizonte, 2006, pp. 123-138.

Enfim, há um caminho a percorrer nesse sentido, mormente em tempos de crise financeira⁴³⁰, quando os recursos deixam de ser escassos, para se transformarem em raros.

12.3. Os casos difíceis. Potencial intermédio de intervenção judicial. Um percurso a descobrir

Duas advertências prévias. À primeira vista, o leitor pode chegar a conclusão que nossa proposta nominada de intermédia confronta com o que acabamos de defender no tópico 12.2, imediatamente supra. Nosso esforço está em demonstrar que não são as mesmas hipóteses de interferência. Naqueles casos, tratados como de potencialidade fraca, o que rejeitamos foi uma intervenção positiva, criadora e manipuladora de políticas públicas, por um Judiciário ativista, protagonista, decisionista. Ao passo, o que aqui passaremos a defender é uma intervenção verdadeiramente de potencial mediano, própria de legislador negativo, sem criação de novas políticas ou manipulação das existentes, mas que sirva de barreira para os grandes desvios de finalidades.

A segunda advertência é a de que os casos difíceis estão mais sujeitos a críticas e, de fato, representam uma zona cinzenta nessa matéria, um percurso ainda a se definir. Todavia, o ambiente acadêmico é o mais propício a discutir tais problemas, sem que se tenha, concretamente, de entregar uma solução definitiva. O que nos move é a possibilidade, quem sabe, de contribuir para o debate acadêmico que eventualmente extrapole a pretensão imediata do conhecimento, do saber.

⁴³⁰ Voltaremos a fazer referência ao momento de crise financeira no último capítulo.

Começemos por distinguir a ausência de recursos para aplicação em políticas públicas de direitos sociais, com a alocação inadequada de recursos em áreas não prioritárias, em épocas em que as prioridades constitucionais ainda não foram atendidas minimamente. A primeira, resume-se a uma constatação orçamentária, peremptória, chamada reserva do financeiramente possível. A segunda, pode ser classificada como deturpação dos fins do Estado Social. Não vamos nos comprometer em citar causas que importem em alocação inadequada de recursos. Sabemos que elas existem, não são poucas, algumas em razão da complexidade técnica de se implementar um orçamento público, aliada a burocracia, o agigantamento do Estado dirigente, muitas outras, por questões políticas menos republicanas, desvios de caráter, favorecimento pessoal, corrupção, clientelismo.

Bem sonhada a hora em que o Estado, por meio de seus órgãos de controle nos diversos poderes⁴³¹, culminando com ações que podem ser levadas ao Judiciário, atuar, no sentido de divisar a inexistência de recursos com a resistência de seu governo em reconfigurar a alocação de recursos para o atendimento de necessidades prioritárias, não no sentido ideológico, mas no sentido dos compromissos inarredáveis de Constituição^{432 433}.

Ousamos discordar, em parte, de decisões reiteradas da Suprema Corte brasileira assim ementadas⁴³⁴: “A administração não pode justificar a frustração de direitos previstos na Constituição da República sob o fundamento da insuficiência orçamentária.”. Temos a convicção que falta ao enunciado completar o raciocínio, com a ressalva - *salvo se demonstrada*

⁴³¹ De forma abrangente, o Ministério Público, art. 127 e 129 da CRB88, no estrito cumprimento do seu dever constitucional, qual seja de postular ações na defesa do interesse público e do cumprimento da Constituição.

⁴³² Cfr. Ana Carolina Lopes Olsen, *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, Curitiba, 2008, pp. 210-211.

⁴³³ Parece não existir dúvidas de que em toda atividade humana, se o controle for mais rígido e valorizar a transparência, surgirão mazelas e boas práticas, a gerar, em consequência, responsabilidade social e preocupação com a eficiência.

⁴³⁴ Cfr. Re 658.171.

cabalmente a insuficiência de recursos ou a impossibilidade de remanejamento dos escassos recursos. Em suma, somamos ao enunciado a necessidade de fundamentação, com demonstração concreta da insuficiência de recursos.

Em outras palavras, se a frustração na concretização do direito social estiver devidamente fundamentada e demonstrada em *escassez de recursos e ausência de possibilidade de remanejamento de áreas não essenciais*, como ocorre nas hipóteses de austeridade financeira, a administração pública e o Poder Legislativo podem, legitimamente, recorrer ao retrocesso social ou frustrar expectativas de continuidade de uma dada política, suspendendo-a, até o retorno da normalidade financeira.

Vejamos até onde nossa proposta de intervenção judicial, que chamamos intermédia, não confronta com tudo que dissemos em linhas volvidas.

Recorde-se, inicialmente, que não é sem razão que foi dito supra, que a liberdade de conformação do legislador é também limitada pelos compromissos da Carta Política⁴³⁵. Entender os limites, é de fato, a hipótese que buscamos.

Com efeito, como já dissemos no tópico 12.1, a Constituição brasileira impõe limites formais para alocação de recursos. Mas para além desses limites formais, há uma série de tarefas e mandados de otimização em direitos sociais que necessitam de implementação governamental e não estão suficientemente resolvidos. São as prioridades públicas eleitas pelo

⁴³⁵ Temos como compromissos prioritários aqueles objetivos fundamentais do Estado. Por sua natureza, os direitos fundamentais, em ordem de prevalência, aqueles com elo mais forte e mais próximo de afetar a dignidade da pessoa humana. Na prática, entenda-se construção ou manutenção de escolas, qualquer gasto no sentido de melhorar a qualidade do ensino público fundamental, destinação de verbas para a saúde, construção ou reforma de hospitais, ampliação da rede de atendimento, investimento em área de saneamento básico, ou seja, todo e qualquer investimento público que resulte em benefício direto para o cumprimento do objetivo de diminuir as desigualdades sociais e promover o bem-estar social.

constituente, que democraticamente exerceu seu papel naquele momento histórico⁴³⁶.

Nesse diapasão, temos como parâmetros: (i) por princípio, a liberdade de conformação do legislador tem limites formais; (ii) para além de limites formais, há limites materiais (compromissos do Estado Social⁴³⁷); (iii) há diferença substancial entre falta de recursos com inadequação da alocação de recursos.

Desses três parâmetros podemos retirar algumas conclusões: (i) a falta de recursos é limitadora da atividade governativa; (ii) se o Poder Público cumpre os limites formais e satisfatoriamente, ou vamos exagerar, minimamente, as promessas do Estado social, está livre para conformar as políticas públicas, inclusive em áreas não prioritárias; (iii) se o Poder Público, entretanto, não cumpre os limites formais por inadequação no contingenciamento do recurso público, a possibilidade de intervenção é forte; (iv) se o Poder Público, em que pese cumprir os limites formais, pela mesma inadequação na alocação de recursos, descumpra compromissos materiais

⁴³⁶ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, 2002, pp. 242-244, "Se é assim, e os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento. No caso brasileiro, esta conclusão se chega igualmente em decorrência de um conjunto de compromissos internacionais assumidos formalmente. Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre direitos das crianças e também o Pacto de São José da Costa Rica obrigam os Estados signatários a investirem o máximo dos recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos nos seus textos."

⁴³⁷ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas...*, p. 98, "[N]... a vinculação jurídica dos fins constitucionais não se reduz a um mero pretexto retórico. Ou seja: a capacidade da autoridade pública de associar suas políticas públicas aos fins constitucionais por meio de argumentação retórica não satisfaz a imposição constitucional. As políticas públicas têm de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes."

do Estado social, estamos diante da intervenção ora investigada, qual seja, intermédia.

Com efeito, a intervenção judicial não poderá ser forte, porquanto não há infringência de regra constitucional. Não poderá ser fraca, pois há descumprimento de um ideário constitucional, que não pode ser visto como mera promessa, somada a constatação de que a escassez não ocorreu por inexistência absoluta de recurso ou impossibilidade de transferência de recursos, mas por eleição de aplicação de recurso em outras áreas, ditas não prioritárias.

Tal cenário pode ser visitado ao mirar as metas de um governo, a lei orçamentária e o panorama social do Estado. Ao deparar com o contingenciamento de recurso público em área não prioritária, que revele uma distorção entre o que foi prometido pelo governo como meta, para além da própria Constituição - ou como consequência dela - e a inadequação na aplicação do recurso público, sobressai uma potencial capacidade de intervenção judicial.

Em nosso sentir, é possível demonstrar, através de um certo consenso jurídico, o desvio de finalidade nas escolhas orçamentárias. Não em todas, evidente que não. São hipóteses fronteiriças, extremas, mas não incomum em leis orçamentárias.

Partimos de uma premissa de que não há governo democrático, seja qual for a ideologia política, que não tenha como metas⁴³⁸ políticas públicas de educação, saúde e previdência social - programas do Estado Social - e ao mesmo tempo não estejam em déficit nessas áreas⁴³⁹.

⁴³⁸ Art. 84, XI, da CRB88.

⁴³⁹ A situação fática em análise diz respeito a circunstância bem clara de que o mínimo orçamentário para aplicação de receitas em áreas prioritárias foi atingido, não obstante, há promessas não cumpridas, estabelecidas nas próprias metas de governo, como construção de hospitais, o aumento de leitos e médicos, a ampliação de tratamentos ou medicamentos já testados, o atendimento mais célere de pacientes, entre outros.

Vejamos, pois, uma situação de fato, hipotética, que pode aclarar nosso raciocínio.

Imaginemos a circunstância de um determinado governo assumir compromissos não prioritários que envolvam a promoção de algum evento, como uma Copa do Mundo ou uma Olimpíada⁴⁴⁰. Como todo compromisso estatal, este envolverá despesas com verbas públicas, portanto, deverão estar dispostas em lei orçamentária. É mandamento constitucional que toda proposta de gasto público seja acompanhada de fonte de receita. Ou seja, na hipótese, deverá o governante, a maioria legislativa, dizer de onde sairão os recursos e se estes recursos não farão falta no atendimento das políticas públicas em andamento, desnecessário dizer, com demandas com o signo da escassez.

Enfim, desenhado esse quadro, que, claramente envolve questões subjetivas - escolhas políticas, mas outras objetivas - despesas prioritárias – para ficar no chamado mínimo existencial: saúde-educação-previdência social, temos que é possível imaginar que, ao menos nas questões objetivas, montante do recurso, natureza da receita, prioridades não atendidas, é sindicável o agir judicial.

⁴⁴⁰ Se providências tivessem sido tomadas desde o início, por parte do Ministério Público, quando o Brasil assumiu o compromisso de sediar eventos esportivos como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, no sentido de contestar tal projeto frente a promessas constitucionais não cumpridas pelo Estado brasileiro – e pelo governo da ocasião -, já que muito havia que ser feito no Brasil em tema de direito a saúde básica, incluso saneamento, educação e habitação, certamente o Judiciário poderia intervir nessa matéria, evitando o que se viu: desperdício de dinheiro público com construção de estádios, financiamento para ampliação da rede hoteleira e mesmo aparato de segurança, quando se tratou, à toda evidência, de dois eventos privados, em que só os particulares lucraram. O juízo de controle judicial poderia vir sobre a legalidade da escolha, porquanto a alocação de recursos, certamente, descobriu áreas prioritárias. Em nosso sentir, tais eventos somente poderiam ser financiados com dinheiro público se todos os compromissos de prestação social do Estado brasileiro estivessem sendo cumpridos em um bom nível de satisfação. Não é difícil entender que ao invés de construir arenas esportivas, o Estado brasileiro deveria ter construído hospitais e escolas, sejam públicas ou em parceria com o setor privado. Como já foi dito, a eleição das prioridades é do parlamento/governo, mas desde que as áreas essenciais estejam em pleno funcionamento.

A reflexão que se propõe é acerca do acerto na escolha entre despesas não prioritárias, como financiamento de atividades esportivas (poderia ser cultural ou propaganda), em detrimento de gastos em áreas essenciais, prioridades constitucionais⁴⁴¹ e metas governativas.

Posta esta questão, a liberdade do legislador parece-nos ficar limitada pela constatação, até pela obviedade, que a depender do grau de não cumprimento das prioridades (déficit social), o Estado possa ser compelido a rever o compromisso pela inconstitucional locação de recursos em área não essencial, em detrimento de áreas carentes, de prioridade constitucional mais acentuada. Veja que as prioridades constitucionais podem ser conferidas, inclusive, nas metas daquele governo.

O crivo jurídico pode ser feito a luz do princípio da proporcionalidade – adequação, meio e proporcionalidade em sentido estrito da medida constrictiva do orçamento em áreas de saúde, educação e previdenciária em prol de uma atividade sócio-cultural esportiva – e deste juízo decorrer obrigação de não fazer (proibir o uso do recurso público na política impugnada), e, ainda, obrigar a transferir o contingenciamento público antes locado de forma inadequada para as áreas sociais mais importantes, a escolha do Parlamento⁴⁴².

⁴⁴¹ Não nos parece lógico e tampouco defensável, gastos excessivos com publicidade, com estádios de futebol, com embelezamento de praças públicas e com parques aquáticos, quando há crianças fora da escola ou doentes com péssimas ou nenhuma condição de atendimento à saúde, em seu nível mais básico.

⁴⁴² Embora o fato seja diverso, há alguma semelhança na fundamentação da proposta de tese. Tese de repercussão geral no RE 684.612/RJ, de 6.2.2014, assim ementada: “Administrativo e constitucional, Implementação de políticas públicas especificamente quanto a suficiência de profissionais na área de saúde. Alegada contrariedade aos arts. 2º e 196 da Constituição da República. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.”.

Não obstante o mérito ainda não tenha sido analisado até a conclusão deste trabalho, em maio de 2017, o que importa é o registro que a matéria relativa a possibilidade de intervenção judicial na política pública deficiente, a partir da eleição de prioridades – na

Nenhuma das hipóteses ventiladas na nota anterior exclui, por último, a devida auditoria a ser feita, de ofício, no Brasil, pelos Tribunais de Contas⁴⁴³, com as repercussões administrativas previstas em lei⁴⁴⁴.

Registre-se o que é importante. Há uma diferença sensível entre esse controle que estamos propondo e o controle fraco do tópico anterior. Naquele, rejeitamos a interferência direta na política pública, o agir judicial em criar ou manipular determinada política, seja na meta, seja no resultado. No controle intermédio, ao contrário, estamos a defender o compromisso com a meta do governo e os objetivos constitucionais. Estes refletir-se-iam em um juízo negativo, em que o Judiciário impugnaria determinada política pública ou aporte de receitas, sem direcionar a despesa pública, devolvendo ao Parlamento a escolha de outra prioridade, que seria vinculada aos compromissos do Estado Social.

Em outras palavras, não estaria o Judiciário destinando recursos para determinado programa social específico, mas sinalizando para o administrador público a necessidade de implementação das políticas públicas que gozem de prevalência constitucional, em detrimento de utilização destes recursos em setores secundários.

hipótese, ausência de comprovação da impossibilidade de remanejamento orçamentário -, revela que, de fato, diante de inúmeras promessas não cumpridas em relação ao absolutamente necessário, hipótese que no Brasil é uma trágica realidade, o agir judicial, ainda que nos limites da separação de funções, mostra-se absolutamente essencial. Registramos, contudo, que não há uma resposta quanto as consequências do descumprimento judicial. Defendemos que há que se responsabilizar, por meio de ação própria postulada pelos legitimados, o governante recalcitrante por crime de responsabilidade, art. 85 da CRB88. Se o descumprimento for de ente estadual ou municipal, a intervenção federal, conforme disposto no art. 34 e 35, da CRB88. Temos como certo que em toda e qualquer intervenção judicial em que se processe e julgue um agente público por desvios de conduta na execução de políticas públicas, seja corrupção ou qualquer outra que macule a legalidade do ato administrativo, a própria política pública está sendo controlada, ainda que de forma indireta.

⁴⁴³ Art. 71 da CRB88.

⁴⁴⁴ Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, p. 370.

Nesse passo, as instâncias majoritárias elegeriam outra locação para os recursos impugnados, desde que em programas sociais definidos pelas metas do governo. Em outras palavras, se destinado determinada porcentagem do orçamento para a saúde, tal decisão incorporaria a verba de construção de estádio, por exemplo, para a mesma rubrica de saúde, em percentual maior, o que permitiria a melhoria do quadro social nessa área, em detrimento de atividades esportivas que são, normalmente, exploradas pelo setor privado.

Essa solução resolveria a questão do déficit de *expertise*, porquanto, a decisão judicial apenas bloquearia o recurso público para o fim inicialmente destinado.

A consequência esperada desse tipo de intervenção judicial é, de fato, a busca do atendimento dos compromissos básicos e elementares de um Estado Social.

A tutela adequada, nesse caso, seria por meio do controle abstrato de constitucionalidade das leis, pelos legitimados na Constituição, por incompatibilidade da lei orçamentária com o núcleo identitário da Carta Política.

Um outro efeito sensível do maior controle da qualidade na eleição dos gastos públicos seria a preocupação dos próprios agentes públicos com a fiscalização externa e o controle social das políticas públicas. O aumento da transparência gera maior controle e o maior controle gera resultados mais eficientes⁴⁴⁵, com projeção na qualidade das escolhas políticas. Efeito semelhante já discorremos nas decisões judiciais acerca das omissões, em controle abstrato.

A admissão de que os direitos sociais jamais atingirão a sua plenitude e universalidade, não é um passaporte para a inação. Ao contrário,

⁴⁴⁵ Não nos esqueçamos dos princípios que regem a Administração Pública previstos no art. 37 da CRB88, de onde destacamos o princípio da eficiência.

é uma advertência factual de que a escassez de recursos invoca a sua boa aplicação. As promessas descumpridas pelo Estado não podem ser encaradas como desígnios de um povo. Ainda que reconheçamos a finitude da oferta e a interminável demanda social, e ainda que defendamos a liberdade de conformação do legislador, não há que deixar ao largo das discussões jurídicas o tema da adequada aplicação de recursos⁴⁴⁶, como um cheque em branco do detentor do poder ao seu representante ou às perigosas maiorias voláteis⁴⁴⁷.

Devemos registrar o que é importante. Ao rotular tal tipo de controle judicial como uma intervenção de média potencialidade, estamos advertindo que nossa proposta não se apresenta como solução para todo e qualquer situação onde ocorra uma mera divergência ideológica de opiniões em relação a determinada escolha de uma política pública encetada no ambiente parlamentar.

A utilização inapropriada de qualquer ferramenta de controle pode levar ao descrédito, a usurpação de poder, ao empoderamento ilimitado do Judiciário nas esferas políticas de decisão.

Urge que aceitemos tais propostas como, de fato, situações difíceis e excepcionais de controle, um desafio imenso no terreno jurídico-político, visto que o ambiente onde a intervenção eventualmente deva atuar, contramajoritário, reconheçamos, nestas hipóteses, é mesmo limítrofe com o a regra estabelecida no palco democrático.

⁴⁴⁶ ADPF 45-9/DF, de 29.4.2004; ADI 4048/DF, de 14.5.2008, com todas as ressalvas que já tratamos acerca do ativismo explícito na *ratio decidendi*, o que devemos extrair dos acórdãos citados é a consciência do compromisso constitucional, da probidade administrativa e do dever de fundamentação.

⁴⁴⁷ O problema da efetividade dos direitos sociais, que guarda relação íntima com a eficiência dos gastos públicos, não deve resumir-se ao inexorável resultado das escolhas políticas de 4 em 4 anos. Há um padrão, um compromisso a ser seguido, um dever do Estado, dos governos, dos órgãos responsáveis pela fiscalização da lei e também do Judiciário, em dar sentido e força aos anseios do Estado Social. Se assim não fosse, não seriam os direitos sociais tão fundamentais.

Uma forma eficiente de controle é sem dúvida uma responsável fundamentação jurídica, baseada em laudos técnicos, auditagens e consenso jurídico. Deve-se evitar, a luz dos maiores valores do constitucionalismo moderno, o protagonismo judicial descrito em fórmulas padronizadas de conteúdo vazio ou baixa densidade, de notável valor retórico, que não indica o caminho, a sugerir efeito apenas moral.

A admitir a possibilidade desta intervenção judicial, estamos a dar passos no enfrentamento de mudança de paradigma no ambiente político e jurídico para o controle da eficiência dos gastos com políticas públicas. Afasta-se assim, a lógica da improdutiva discussão sobre o mínimo existencial, do discurso retórico da independência de poderes ou de proibição de retrocesso social.

13. O controle judicial em tempos de crise econômico-financeira

Com relação aos períodos de crise econômico-financeira, a primeira constatação que se chega, e talvez a mais fácil, é que o constituinte brasileiro e o português não previu o chamado estado de necessidade financeira⁴⁴⁸, que seria, em apertada síntese, prever medidas excepcionais austeritárias para contenção de despesas públicas e/ou para aumento de receitas, em um período determinado, a partir da constatação, objetiva, de que o Estado enfrenta uma crise financeira que compromete sua capacidade de solver seus compromissos internos e externos⁴⁴⁹.

Ainda que não haja tal previsão, certo é que realidade social demonstrou que o estado de necessidade financeira existe, de forma a desafiar o estado de coisas, as verdades postas, as convicções jurídicas, o direito adquirido, a legítima expectativa e tudo o mais que dependa diretamente ou indiretamente do provimento estatal⁴⁵⁰. Há que se admitir,

⁴⁴⁸ Há previsão, nas duas constituições, para suspensão do exercício de direitos, nos casos de estado de sítio ou de emergência, art. 19º da CRP76 e do estado de sítio ou de defesa, arts. 136 e 137 da CRB88. Ocorre que essas duas situações excepcionais afetam diretamente direitos ligados às liberdades públicas, não dizem respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais; no mesmo sentido, Maria Benedita Urbano, Estado de crise econômico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional, *in A crise e o direito público, VI Encontro de Professores portugueses de direito público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*, Lisboa, 2013, pp. 10-11, acesso em 5.5.2017, http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf.

⁴⁴⁹ Semelhante previsão o fez o constituinte francês, artigo 16 da Constituição francesa de 1958.

⁴⁵⁰ Cfr. Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...*, pp. 236-237, para quem “a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas [...] significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma, pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.”.

embora controverso, que a crise econômico-financeira é um fato jurídico com enorme relevância e repercussão jurídica⁴⁵¹, a ponto de modificar os paradigmas do controle de constitucionalidade pelos tribunais constitucionais.

Não estamos em terreno em que se encontre estudos prontos, conclusões seguras, verdades indiscutíveis, se é que elas existem no direito. Tão importante tema para o direito constitucional contemporâneo – a crise não é um tema novo, novos são os desafios da justiça constitucional perante o dinamismo da realidade constitucional, cada dia mais desafiador, e a necessidade de manter-se coerente a um sistema jurídico pré-ordenado - está a merecer maior atenção e diálogo, de modo a trazer luzes no sentido de adotar posições mais seguras e, até certo ponto, previsíveis dentro da imprevisibilidade da quadra excepcional.

O estado de necessidade econômico-social ou econômico-financeiro foi admitido por Jorge Miranda⁴⁵², como capaz de suspender algumas incumbências que confere alcance prático aos direitos fundamentais sociais, entretanto, advertiu para alguns pressupostos: (i) não haver alternativas a nível de receitas ou despesas do Estado; (ii) garantir o conteúdo mínimo para subsistência imposto pela dignidade da pessoa humana; (iii) observar os princípios da universalidade, igualdade e proporcionalidade, ou seja, que as medidas valham para todos em igual situação e que respeite a adequação e os meios restritivos eleitos; (iv) existir prévia aprovação de lei.

Pois, diante de tais circunstâncias, diríamos inarredáveis, necessário que o sistema político-jurídico encontre alternativas para o diálogo, entre si⁴⁵³, e com a dinâmica econômico-social, sob pena de um

⁴⁵¹ Cfr. Miguel Prata Roque, *Juízos precários de constitucionalidade...*, pp. 849-896.

⁴⁵² Cfr. Jorge Miranda, *Manual - T-IV...*, pp. 495-496.

⁴⁵³ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise...*, p. 57, chamou de *cooperação responsável*, para indicar a necessidade do entendimento entre poderes da situação de

verdadeiro descontrolo do Estado, com gravíssimas consequências para o bem-estar e pacificação social.

Em tempos de crise, como o vivido em Portugal, em especial entre 2011 e 2014, e no Brasil, desde 2014, deve-se ter em conta que o Poder Judiciário não está imune às pressões políticas vindas do Parlamento, do próprio Executivo e da sociedade em geral. É natural que as críticas aumentem, haja vista o potencial conflitivo das decisões, que convalidam ou repelem corte de pensões, ajuste fiscal, acordos internacionais, que acabam por refletir o momento de tensão, seja do povo, em relação às medidas restritivas de direito, seja entre as instituições da República.

Se o recurso público é, inexoravelmente, escasso, a medida das possibilidades reais é calculada pelo orçamento anual. Não se trata de um reducionismo liberal, ou de uma leitura atrofiada da Constituição. Trata-se de uma constatação inequívoca. Por muito tempo, na falta de dinheiro, alguns Estados passaram a imprimir mais notas, como se a quantidade de dinheiro disponível para gastar e fazer compromissos tivesse correlação com a capacidade de uma impressora.

Os resultados, todos sabemos. Moeda desvalorizada, hiperinflação, imenso endividamento público, bancarrota estatal. Exemplos não faltam. Ao final, a ficção financeira levada a efeito por governos que não respeitam a lógica contábil da paridade entre receita e despesa acaba por prejudicar, de forma mais grave, as classes sociais menos favorecidas, porquanto são elas que não dispõem de mecanismos de proteção do capital.

Se o retrocesso no âmbito de proteção da norma de direitos sociais em situações de normalidade já é admitido, pelas razões já vistas e defendidas neste trabalho, em tempos de crise deixa de ser uma opção

exceção, de forma que não caminhem em pressupostos diversos até o retorno à normalidade constitucional. Se o Parlamento admite a situação excepcional e o Judiciário mostrar-se imune as contingências econômicas, o colapso parece inevitável.

política, para significar a política possível. É preferível a transparência na assunção das dificuldades momentâneas ao aumento no número de promessas não cumpridas. Parece mais justo admitir à população que o momento exige um esforço extra, a manter a disponibilidade de certos serviços públicos de forma ainda mais precária, a gerar expectativas de assistência que não chegarão.

A transparência deve indicar não só a escolha do que será atendido, como também, das necessidades que serão preteridas. A história nos ensina que as crises econômicas não são eternas, em verdade, são cíclicas, muitas vezes precedidas de um momento de abundância, outros não, mas se forem tratadas seriamente pelos Poderes da República, com transparência e eficiência, haverão de cessar mais rápido do que se tomadas medidas voltadas a esconder a realidade ou negar que a crise exista.

Assim é que diante da crise, a discussão deve ser ainda mais democrática das prioridades a serem cumpridas pelo orçamento. O debate democrático dividirá responsabilidades e engajará toda a sociedade no difícil momento de superação de uma crise financeira. Registre-se o que é importante. A alocação de recursos escassos deve levar em conta se eles são suficientes para permitir o acesso universal e igualitário aos serviços que serão prestados⁴⁵⁴.

Por isso estamos defendendo, desde o início, a conformação de políticas públicas pelo Parlamento, palco para o protagonismo dos desejos das maiorias, com possibilidade de audição da minoria. Esse ambiente democrático não é conformado nos tribunais, cujas decisões tem outra

⁴⁵⁴ Cfr. Maria Benedita Urbano, Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional..., p.16, ao tratar da seriedade do problema, anuncia: “[M]... No caso do combate à crise económica e financeira, o que temos é um confronto governabilidade v. legalidade ou juridicidade, ou então, eficiência económica v. segurança jurídica, igualdade e solidariedade.”.

lógica. O ambiente jurídico é menos favorável a mudanças, principalmente, em curto prazo.

Não obstante as dificuldades da justiça constitucional em adequar-se às mudanças, advirta-se, na quadra de excepcional crise financeira, se admitida de forma institucional, a partida, pelo Parlamento (como é desejável), ou pelo governo (como ocorreu em Portugal em 2011), além do reforço pela transparência, para uma compreensão do momento institucional, há que se buscar uma adequação funcional dos três Poderes da República, no sentido duplo: adaptação dos parâmetros de funcionamento e entendimento, como também, esforço conjunto para retorno à normalidade⁴⁵⁵.

Levar a sério o direito social, compreende levar a sério a escassez e a crise, de modo a tornar sustentáveis os deveres do Estado, como um todo, que inclui não só o dever prestacional, mas o respeito e proteção dos demais direitos, incluso, os de liberdade. Se o provimento for ilimitado, haverá de ser cobrado mais tributos ou comprometer a renda daqueles que dependem do Estado como pagador, servidores públicos e fornecedores (ou ainda o aumento da dívida pública externa), sem falar nas obrigações decorrentes dos deveres constitucionais chamados negativos, até patamares de insustentabilidade institucional.

Nem sempre a solução está no aumento de tributos ou corte de despesas em todas as áreas. Muitas vezes, medidas de realocação de

⁴⁵⁵ Cfr. José de Melo Alexandrino, *Jurisprudência da crise...*, pp. 57-58, enquanto persistir a afetação da normatividade constitucional, “[O]... respeitado o parâmetro da adequação funcional, a necessária prudência e responsabilidade: (i) aos órgãos do poder político diretamente legitimados pelo Povo deve caber a primeira responsabilidade pelo regresso à situação de normalidade, razão pela qual no âmbito desse objetivo (Acórdão nº 396/2011) a jurisdição constitucional apenas se deve considerar autorizada a interferir nas opções do legislador em situações de evidente ofensa à Constituição, por violação de regras precisas ou por indefensabilidade manifesta das soluções adoptadas; (ii) ao Tribunal Constitucional exige-se, por sua vez, um reforço da sensibilidade política, mas também da responsabilidade e da transparência.”.

recursos para áreas prioritárias como saúde básica e educação fundamental, reduzindo recursos de áreas como habitação, ensino superior ou cultura, já permitem o equilíbrio. O importante, repita-se, é o reforço no diálogo e na transparência.

Por tudo, imperioso discutir um direito de crise. Não este, que se mostra justificante ao descumprimento de obrigações assumidas por maus governantes⁴⁵⁶, mas o direito de crise que olha para o futuro, que indica possibilidades de prover mais, a partir do sacrifício imposto por medidas austeritárias.

Esse momento exige mais do que nunca controle por parte dos poderes, sem embargo do Parlamento, como palco da discussão democrática. Imprescindível o controle da execução dessas medidas, que sem dúvida, incluirá a participação do Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. O esforço deve ser comum.

Ao admitir o estado de necessidade financeira na esteira dos demais poderes, como o foi no caso português do Acórdão nº 396/2011, o Judiciário compromete-se a uma maior autocontenção em relação às demandas de impugnação de leis que refletem esse estado excepcional, com a necessária adequação dos paradigmas jurídicos de controle de políticas públicas, ressaltando, por óbvio, a transitoriedade, sem, no entanto, olvidar da demarcação da justa medida das decisões, mormente quando afligem direitos⁴⁵⁷. O que deve ser sempre evitado pelo controle judicial é o exercício de prognose, já que este cabe aos demais poderes⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Alguns autores, como Maria Benedita Urbano, Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional..., p. 10, apontam para o perigo de banalização na constitucionalização do estado de necessidade financeira, ao ponto de tal retórica passar para uma providência do cotidiano governamental.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 21, defende “[M]... uma actuação diferente dos juizes constitucionais, quando confrontados com a obrigação de controlar medidas de combate à crise, no contexto de uma situação anormal e extrema, gravemente perturbadora da estabilidade do Estado, provocada por factores económicos e financeiros.”, assumindo a autora a particular relevância da justiça

Justa medida exige transparência, fundamentação e ponderação por parte do governo e parlamento, de forma que as escolhas sejam feitas por critérios não só políticos, mas principalmente técnicos, já que o momento de crise não permite desproporção entre meios e fins.

Revisitaremos, em breve síntese, o percurso da forma como as medidas de austeridade tomadas pelo Parlamento e Governo português foram tratadas pelo Tribunal Constitucional⁴⁵⁹, de forma a, tomando como referencial contemporâneo, podermos tirar alguma conclusão.

A primeira fase das medidas austeritárias, 2011-2012, gerou uma jurisprudência nominada da crise, de compreensão, por parte dos conselheiros do Tribunal Constitucional português, de que eram medidas necessárias e legítimas, dentro de um quadro de exceção financeira⁴⁶⁰. Ou seja, a partir de um acordo internacional firmado pelo governo, o Parlamento assentiu no quadro de emergência, formulando leis restritivas de direitos sociais e, finalmente, o Judiciário ratificou as propostas legislativas, tudo no

constitucional em países onde o estado de necessidade financeira não está regulado na Constituição.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 24, reconhece que a linha é tênue entre um tratamento jurídico, ainda que politicamente contextualizado, do tratamento puramente político – “Mas esta leitura política não deve ser confundida com o controlo da bondade e oportunidade das opções de governação contidas nas normas sindicadas.”; no mesmo sentido ao que acabamos de dizer acerca do juízo de prognose, a autora traz a colação: “[M]... ao submeter ao princípio da proporcionalidade uma medida que agrava as taxas do imposto sobre rendimentos do trabalho individual, poderão os juízes constitucionais ajuizar que uma solução que passasse por uma menor tributação desses rendimentos acompanhada da tributação de rendimentos de capital seria igualmente apta para atingir o fim prosseguido e seria menos onerosa para a generalidade dos cidadãos?”

⁴⁵⁹ Para uma análise mais detida desse percurso, Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional...*, pp. 711-723.

⁴⁶⁰ Cfr. Maria Benedita Urbano, Estado de crise económico-financieira e o papel do Tribunal Constitucional..., p. 23, “A principal tarefa dos juízes constitucionais nestas alturas de crise é a de conciliar os imperativos de necessidade com a observância da legalidade³⁶. Dito de outro modo, o principal papel dos juízes será o de acomodar a constituição às situações de crise e emergência.”.

sentido de que tais medidas eram excepcionais e transitórias, a exigir um esforço conjunto para superação do quadro de crise⁴⁶¹.

Um segundo momento no percurso da crise foi inaugurado com o Acórdão 353/2012. O Tribunal permaneceu assente ao momento de gravidade financeira excepcional, que justificavam restrições a direitos de forma transitória, bem como uma desigualdade legítima – referência entre trabalhadores do setor público, mais afetados que aqueles do setor privado - no mesmo sentido do Acórdão 396/2011. Por outro lado, impugnou a lei orçamentária daquele ano, considerando-a inconstitucional, por sopesar que as afetações a direitos deveriam ser gradualmente menores, cabendo ao legislador encontrar outras alternativas⁴⁶².

Além de controversa fundamentação⁴⁶³, que mereceu muitas críticas da doutrina⁴⁶⁴, a mudança de rumo implicou em uma maior tensão entre o Legislador e o Judiciário, nomeadamente, pela falta de diálogo prévio. O repentino recuo surpreendeu Governo e Parlamento.

Na sequência desse acórdão, a doutrina divisa o terceiro momento, marcadamente mais tenso entre o Tribunal Constitucional e a maioria parlamentar. Em sucessivos acórdãos⁴⁶⁵, a justiça constitucional portuguesa julgou inconstitucional as medidas de austeridade do plexo da

⁴⁶¹ Acerca desse quadro específico, Carlos Blanco de Moraes, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites: autópsia de um Acórdão controverso*, separata de JURIS-MAT, Portimão, 2013, pp. 56 e ss.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 56, o autor cunhou a expressão 'prova de vida do Tribunal', como que a reagir as pressões do momento anterior, onde fora acusado de submissão ao governo e parcialidade ideológica nas decisões.

⁴⁶³ A decisão causou maior estranheza ao restringir os efeitos para o passado e futuro, não obstante excepcionar a validade da medida para aquele ano orçamental, com fundamento no interesse público de excepcional relevo. A exceção acaba por confirmar a regra transitória, ou seja, demonstrou inconsistência na sua argumentação.

⁴⁶⁴ Já citado, *O Tribunal Constitucional e a crise – ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luis Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014.

⁴⁶⁵ Cfr. Acórdãos nº 187/2013, 474/2013, 862/2013, 413/2014, 574/2014 e 575/2014.

crise, demarcando, nesse sentido, que para aquele Sodalício, o governo deveria encontrar outras fontes – sem citá-las -, para a superação da crise.

Note-se que o Tribunal não aguardou o fim do período demarcado no acordo internacional, 2011-2014, como citado nos primeiros acórdãos para iniciar a transição para a normalidade. Arrimado nos mesmos princípios que antes eram relevados para convalidar medidas restritivas: princípio de confiança, da igualdade e proporcionalidade, acrescido do princípio da igualdade proporcional⁴⁶⁶, mas já não demonstrando aderência concreta ao estado de necessidade financeira, pelo menos a ponto de justificar a restrição, embora não a tenha negado como findo, o Judiciário deixou bem claro, no nosso entendimento, que o controle judicial, mesmo quando inicialmente tolerante a situações extremas, tem enorme dificuldade em manter-se coerente e íntegro em todas as suas decisões, em face das pressões políticas e sociais. O diálogo institucional fragilizou-se no meio da crise⁴⁶⁷.

O exemplo português do controle judicial em tempos de crise abre mais questionamentos que soluções. A enorme dificuldade em dialogar com os outros poderes, bem como de manter coerência, ao menos em uma quadra de excepcional emergência, no caso, financeira, e grande tensão social e política, demonstra que o direito de crise é, de fato, uma lacuna a se preencher.

É extremamente difícil apontar critérios objetivos para abordagem do problema *estado de necessidade financeira*, seja na esfera política –

⁴⁶⁶ Cfr. Miguel Nogueira de Brito, *Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional...*, pp. 113-119.

⁴⁶⁷ Cfr. Catarina Santos Botelho, *Os direitos sociais em tempos de crise...*, p. 490, no mesmo sentido, sobre a evolução da jurisprudência da crise, em etapas “[F]... (i) adesão à retórica da crise como fundamento de um certo *favor legislatoris*; (ii) matização desta posição, através de (diretas) indiretas ao legislador, no sentido de que, com o avançar do tempo, a tolerância da jurisdição constitucional ao argumento da crise seria menor; (iii) formulação do juízo de constitucionalidade segundo uma lógica de normalidade, dando como superado o argumento da conjuntura económico-financeira excecional.”.

escolha de medidas a serem tomadas, por quanto tempo e como retomar a normalidade -, seja na esfera jurídica – convivência com os princípios constitucionais da igualdade, proporcionalidade, proteção da confiança e os limites admissíveis de restrição a direitos fundamentais. Não há soluções postas a esse problema.

Temos sérias dúvidas se haveria de existir a constitucionalização do nominado estado de necessidade financeira, com regras mais rígidas.

A recente história portuguesa também deixou muitas dúvidas sobre até que ponto a postura do Tribunal Constitucional foi positiva para a guarda dos direitos fundamentais, visto que, como demonstrado, aquele Sodalício pendeu ora para o lado da tolerância à restrição, ora para o do estrito respeito aos direitos concretizados, funcionando como uma barreira ao legislador, que se vista de forma positiva pelo controle social, já não se tem uma resposta pronta pelo aspecto econômico e social.

Os dois momentos do Tribunal Constitucional em relação à crise, senão três, se levado em consideração aquele em que admitia efeitos pontuais à determinada lei inconstitucional, o que é muito controverso no aspecto jurídico, possuem pontos positivos e negativos.

A grande verdade é que gerou e continua a gerar insegurança jurídica. Para o cidadão, por não saber até onde vão seus direitos e restrições; para a instância política, uma sensação de que nem tudo que foi posto em determinada decisão, vale para a próxima, de forma que as opções do Parlamento serão sempre condicionadas ao sim ou não de um outro poder, que fala por último, e não a regras claras de interpretação constitucional ou mesmo a um concerto entre os poderes.

No Brasil, a crise econômica que se abateu a partir de 2014 ganhou contornos mais dramáticos em razão da crise política, 2015/2017.

Constatou-se, com alguma clareza, que uma das razões para o agravamento foi a falta de transparência do governo em relação a crise financeira. Pressionado pelas urnas, 2014 foi o ano da ausência completa de responsabilidade governamental, ao não dar o devido tratamento a crise, a esconder uma realidade que já se fazia incontornável.

O diagnóstico da crise veio, de fato, em 2015, e somente quando superada a crise política, com o impedimento da Presidente da República, é que o governo teve força política para pensar algo a respeito.

De fato, não há critérios específicos no Brasil para o enfrentamento da crise, nem políticos, quanto mais jurídicos. O que se observou, com a Emenda Constitucional n. 95, de 15.12.2016, foi uma tentativa do governo de frear os gastos públicos com o congelamento nominal das despesas com políticas públicas, sem qualquer diferenciação de qual seria o direito, ou seja, primou-se, nesse aspecto, pela igualdade formal.

Ainda é cedo para qualquer análise acerca do controle judicial dessa política implementada, porquanto uma vez impugnada a emenda constitucional, por meio de controle de fiscalização em abstrato, a ação direta não tem data para julgamento⁴⁶⁸.

O que se pode dizer, de antemão, é que é uma medida austera de controle de gastos públicos, que não leva em consideração a retomada do

⁴⁶⁸ ADI n. 5643, foi ajuizada pela Federação Nacional dos Servidores e Empregados públicos estaduais e do Distrito Federal – FENASEPE. Argui-se a desconformidade com a CRB88, por afetar os princípios da segurança jurídica e igualdade, os direitos sociais, cláusulas pétreas – direitos individuais – e princípios da ordem econômica, em virtude de ter sua eficácia atrelada “à anulação ou supressão de direitos fundamentais e principalmente por restringir pelo período de 20 anos o funcionamento pleno de programas governamentais que notoriamente se sabe realizadores dos propósitos da República e construtores de uma democracia consistente em prover a todos acesso a serviços conexos com a dignidade da pessoa humana” capaz de impor “grave retrocesso nos serviços públicos”. Os fundamentos destas ações já conhecemos. O que é imprevisível é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, haja vista a renovada composição dessa Corte Constitucional nos últimos anos e a demonstração, segundo decisões relativas a políticas públicas de direitos sociais, de ausência de coerência e integridade.

crescimento - porquanto a correção anual dos gastos diz respeito somente a inflação - e tem longo período de vigência, 20 anos. Por si só, parece conflitar com a transitoriedade do que habitualmente é visto num ciclo de crise.

Como a Constituição brasileira é mais rígida que a Portuguesa no aspecto de contingenciamento de despesas com saúde e educação, dois clássicos direitos sociais, como já visto no capítulo anterior, há uma grande expectativa acerca da posição que será adotada pelo Supremo Tribunal Federal nessa seara.

Para além desta medida de cunho econômico-financeiro, há na pauta política duas grandes reformas, uma trabalhista, de patamar infraconstitucional, e outra previdenciária, a exigir reforma constitucional. As duas prestam ao discurso de controle de gastos públicos futuros, não foram até o momento enfrentadas pelo Judiciário, de forma que, no aspecto que nos interessa nesse trabalho, o controle judicial carece de qualquer possibilidade de ser comentado.

Se levarmos em consideração a liturgia histórica do STF, quando se tratou de grandes reformas constitucionais, como foi o caso da previdência em 1998 e 2003⁴⁶⁹, as decisões das impugnações foram, no aspecto geral, de autocontenção e respeito ao princípio democrático.

A experiência brasileira nos informa que são continuamente tomadas medidas pontuais, paliativas, normalmente tardias, longe de atacar o problema como um todo, sem cuidado com a transparência, cujo debate democrático é atropelado pela premência e necessidade, demonstrando uma certa incipiência da esfera política-administrativa.

Deixamos, a propósito, em aberto o tema do controle de políticas públicas em tempos de crise financeira. Há muito a ser pensado, debatido,

⁴⁶⁹ Emendas Constitucionais n. 20, de 15.12.1998 e n. 41, de 19.12.2003.

testado. Não há uma só verdade que possa impor um entendimento minimamente justificado.

Nesse estágio de amadurecimento do Estado Social na Constituição portuguesa, 41 anos, e na Constituição brasileira, 28 anos, com algumas crises financeiras vivenciadas nos dois países, parece-nos que a fórmula em que o Estado se compromete a fazer de tudo um pouco, acaba por enfraquecer a realização do direito já concretizado, em algumas situações, com tendência para o nada ou uma péssima qualidade do serviço oferecido, como já pontuamos supra.

De fato, o reconhecimento do aumento da demanda por direitos sociais a desafiar a escassez de recursos, mormente em cenários austeritários, leva a função governativa a ter que eleger, entre aquelas obrigações estabelecidas pelo constituinte para um momento ideal, aquelas políticas públicas que não podem ser suprimidas, por sustentarem os direitos sociais perturbadores da dignidade da pessoa humana e, a partir daí, em um cenário mais favorável, ir aumentando a prestação de serviços em quantidade e qualidade.

Por tudo, o esforço da doutrina e prática constitucional deve ser no sentido de reforçar as instituições democráticas, exigir transparência governativa e um controle judicial de políticas públicas que se sustente no núcleo que identifica a Constituição, em suma, uma reafirmação do Estado Social de Direito⁴⁷⁰.

⁴⁷⁰ Cfr. Maria Benedita Urbano, Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional..., pp. 29/30.

Conclusões

1. O reconhecimento da fundamentalidade do direito social não é um diagnóstico ideológico, ao contrário, apresenta-se como fruto de uma opção constituinte de afirmação do Estado Social, por meio da concretização de seus objetivos ou tarefas fundamentais. Agrega-se a essa primeira constatação, a fundamentalidade material dos direitos sociais, em razão da correspondência intrínseca do objeto tutelado pelo núcleo destes direitos e o núcleo que identifica as Constituições em referência, designadamente, a dignidade da pessoa humana.

2. As políticas públicas de direitos sociais funcionam como um programa de ação governamental que resulta de um conjunto de processos juridicamente regulados, porém, politicamente conformados, visando coordenar os meios à disposição do Estado para concretização de objetivos socialmente relevantes determinados pelo constituinte. O planejamento apresenta-se como elemento crucial para a eficiência da política pública.

3. O nominado princípio de proibição do retrocesso social, como fórmula de controle judicial de políticas públicas, não se sustenta no plano jurídico e dogmático nas Constituições em referência deste estudo porque, em suma: (i) não há identidade e autonomia conceitual, porquanto seu âmbito de proteção já encontra-se abrangido pelos princípios da proporcionalidade, segurança jurídica e proteção da confiança; (ii) choca-se frontalmente com o princípio democrático, à medida que não respeita as opções políticas de determinado momento histórico, como também subverte o direito das escolhas das futuras gerações e conformação à realidade constitucional, de modo a comprometer a continuidade da Constituição; (iii) cria uma proteção ainda mais reforçada para os direitos sociais já concretizados, em comparação aos próprios direitos de liberdade, a considerar que a estes é

admitida a restrição pelo legislador ordinário, desde que preservado o seu núcleo essencial; (iv) olvida das limitações fáticas, ou seja, da reserva do financeiramente possível, embora a sua relativização sugira uma sobrevida.

4. A defesa do princípio de proibição de retrocesso encapsula um grande apelo social, de raiz ideológica, baseado em um raciocínio intelectual envolvente e simpático às causas sociais, que empresta serviços ao discurso político, de uma retórica social permissiva em tempos de normalidade econômica, porém, insustentável, ainda que se ultrapasse as demais barreiras dogmáticas, na quadra de crises econômicas.

5. Não comungamos com a ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais por três razões: (i) a expressão, por si só, enseja a ideia de que o dever estatal de concretização do direito social seja, tendencialmente, reduzido ao mínimo e não a um patamar ideal de efetividade do direito, a servir como um bálsamo a acomodação por parte do Estado nas suas obrigações constitucionais nesta esfera; (ii) a indefinição de quem estaria legitimado a estabelecer o conteúdo mínimo e mesmo qual seria este patamar, à medida que o mínimo em um país em desenvolvimento pode ser muito pouco em um; (iii) a desconsideração das circunstâncias fáticas, como crises econômicas, tragédias naturais e outros eventos que podem comprometer a obrigação determinada de forma absoluta, como se não fosse possível a existência desses eventos agudos.

6. Nossa posição sobre o conteúdo mínimo ou essencial dos direitos sociais é de que somente possa existir tal limite de proteção para aqueles direitos sociais cujas políticas públicas foram previamente estabelecidas na própria Constituição. Para os demais, a regra seria de respeito ao princípio democrático e todas as condicionantes para sua efetividade.

7. A dimensão negativa das normas de direitos sociais implica em deveres de respeito e proteção do Estado frente ao indivíduo e postulam direitos

subjetivos destes mesmos indivíduos; como tal, justifica-se um alto grau de justiciabilidade. Na sua dimensão positiva, estes direitos reservam deveres de promoção do Estado e pretensões jurídicas, até que possam ser concretizados e exigíveis como direitos subjetivos, em razão da própria indeterminação da norma e, por essa razão, tem baixo potencial de justiciabilidade.

8. São objeções e/ou limitações ao controle judicial de políticas públicas de direitos sociais: (i) a indeterminabilidade da norma antes da sua conformação pelo legislador por refletir no objeto sindicável; (ii) o princípio democrático, designadamente, a dependência de opções legislativas para a concretização da norma e a liberdade de conformação do legislador; (iii) a reserva do possível, em seus múltiplos aspectos – político, financeiro e jurídico; (iv) a sua realização gradual; (v) o princípio da separação de poderes.

9. A indeterminabilidade da norma de direito social representa uma virtude para a continuidade da própria Constituição, à medida que a flexibilização do conteúdo, determinado pelo legislador ordinário permite a melhor adequação a realidade constitucional, além de não “engessar” as escolhas das futuras gerações.

10. Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade de conformação das normas de direitos sociais e a auto revisibilidade são características intrínsecas à função legislativa, ao permitir uma abertura às diversas opções políticas que se movem dentro do quadro constitucional. O pluralismo político e o respeito às escolhas das gerações futuras, porém, não se pratica de forma ilimitada, mas conforme a Constituição, respeitante aos princípios estruturantes do Estado Democrático e Social de Direito.

11. A reserva do possível apresenta-se sobre o tríplice aspecto: financeiro, político e jurídico. No primeiro, reflete as limitações financeiras de cada Estado, a partir da ideia de que a concretização dos direitos sociais na

dimensão positiva gera custos elevados. São as repercussões puramente econômicas. O segundo, diz respeito as opções políticas de determinada quadra ideológica, ora mais liberalizantes, ora mais socializantes. Por último, as limitações determinadas pelas regras orçamentárias. Postulamos ser possível retroceder em épocas de crise, como também na quadra de normalidade econômica, se as escolhas políticas forem outras, inclusive consentâneas com o novo quadro social. A alocação de recursos, respeitando os limites constitucionalmente previstos, é tarefa do executivo e do legislativo.

12. A gradualidade da norma decorre da própria estrutura da norma de direito social. É a constatação de que os direitos sociais não se implementam, nem todos, nem mesmo cada um deles, de uma só vez. Já a desejada progressividade ao infinito é utópica, porquanto as contingências fáticas e políticas haverão de contraditá-la. Ademais, o aparente retrocesso de uma determinada política pública de direito social pode ser desejável, à medida que os pressupostos fáticos que a ordenaram podem estar superados, ou existirem alternativas para desenvolvimento desta ou de outras políticas associadas a anterior.

13. Os Poderes da República, independentes e harmônicos, devem compreender a separação de funções como modelo para capacitar as instituições ao enfrentamento dos desafios constantes do Estado contemporâneo, com a finalidade última de potencializar as políticas públicas no sentido de reduzir o déficit social.

14. O exercício da função jurisdicional pelo Tribunal Constitucional exige sobriedade e responsabilidade, dentre outros, em face dos seguintes aspectos: (i) servir para a interpretação e aplicação da Constituição, a qual revela a supremacia e o fundamento de validade de todo ordenamento; (ii) trabalhar com a imprecisão da linguagem constitucional, muitas vezes carregada de conceitos vagos, de conteúdo e valor indeterminado; (iii)

representar a supremacia funcional dos tribunais, decidindo por último e referência para os demais órgãos do Poder Judiciário; (iv) com exclusividade, exercer o controle de constitucionalidade em abstrato de atos e omissões legislativas e, em última instância (a palavra final), o controle concreto de constitucionalidade.

15. O controle judicial deferente ao princípio democrático tem como limites os critérios estabelecidos pela própria Constituição, pelo ordenamento jurídico como um todo, observadas as funções inerentes a este poder, de forma a impugnar leis incompatíveis com a Constituição, cujo consenso jurídico induz a conclusão de arbitrariedade e irracionalidade do legislador. Nesse modelo, o Poder Judiciário deve praticar a autocontenção como um predicado. Não ser omissivo no controle de legalidade das políticas públicas, tampouco ativista, ao ponto de ofender o consagrado princípio democrático.

16. Nesse contexto, a prática do ativismo judicial, sobre os auspícios da doutrina nominada neoconstitucionalista, que defende um verdadeiro filtro do direito pela moral e ética, opera-se de forma ilegítima, porquanto fragiliza a produção democrática do direito, coloniza o espaço público, ao autorizar uma maior intervenção judicial em políticas públicas, sem freios, com possibilidade de criação e manipulação de normas pelo próprio Poder Judiciário.

17. A intervenção judicial nos direitos sociais de defesa, também chamados de dimensão negativa, tem alto potencial de controle, em razão da dispensabilidade de condicionantes fáticas, pela alta densidade normativa, a partir da própria Constituição, não submetidos a políticas públicas específicas dependentes do legislador; o mesmo já não ocorre nos direitos sociais a prestação, onde as limitações financeiras e políticas, o princípio da separação de poderes, o princípio democrático e o déficit de *expertise* representam um conjunto de fatores circunstanciais e jurídicos que reduzem

a potencialidade de uma atuação eficiente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

18. A dicotomia entre tutela individual e tutela coletiva deve ser tratada sobre o prisma do princípio da igualdade quando o assunto diz respeito ao controle judicial de políticas públicas de direitos sociais. As ações individuais, embora representem um importante meio de acesso à justiça, tendem a causar enormes distorções nas oportunidades de acesso a bens e serviços públicos ligados a direitos sociais, para além de não resolver os graves problemas da ineficiência das prestações estatais. As ações coletivas, por sua vez, possibilitam uma melhor análise do problema como um todo, funcionando como elemento propulsor para o debate nas instâncias democráticas e facilitar a superação do déficit de *expertise*.

19. Sistematizamos os parâmetros de controle e fiscalização de políticas públicas em três níveis: alto, baixo e intermédio potencial. No primeiro, basicamente, a judicialização é permitida porquanto afeta ao controle de regras constitucionais e políticas públicas definidas em nível constitucional; o segundo nível diz respeito às políticas públicas dependentes de conformação pelo legislador ordinário, onde rejeitamos a atividade judicial criadora e manipuladora de políticas públicas; a terceira hipótese, que nominamos de casos difíceis, diz respeito a potencialidade de intervenção judicial nos desvios de finalidades dos compromissos constitucionais prioritários, submetendo as escolhas do legislador ao crivo de justificação e fundamentação, em acordo com a Constituição.

20. Diante da constatação de que a Constituição Portuguesa e a Brasileira não preveem o estado de necessidade financeira, os Estados, por meio de seus poderes constituídos, devem buscar soluções para os inevitáveis ciclos econômicos que exigem medidas governativas austeritárias. O Poder Judiciário não pode ficar imune a estas questões que afligem, de forma

bastante contundente, direitos sociais, sensivelmente, os primeiros a serem afetados, de forma restritiva, pela crise. A busca de um consenso político-jurídico passa pela capacidade de diálogo institucional cooperativo, no sentido de encontrar caminhos que sugiram a superação da crise com maior brevidade. Há uma exigência de reforço das instituições democráticas, de maior transparência do poder na tomada de decisões e um controle judicial consentâneo com o momento excepcional, máxime a autocontenção, sem descuido da guarda do núcleo que revela a identidade da Constituição.

Referências bibliográficas

- Alexandrino, José de Melo, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol. I- Raízes e contexto*, Coimbra, 2006.
- _____ *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol. II – A construção dogmática*. Coimbra, 2006.
- _____ *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, 2ª Ed., Cascais, 2011.
- _____ *O discurso dos Direitos*, Coimbra, 2011.
- _____ Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades, *in O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014, pp. 49-68.
- _____ *Lições de direito constitucional, Vol. I*, Lisboa, 2015.
- _____ *Lições de direito constitucional, Vol. II*, reimp., Lisboa, 2016.
- Alexy, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. Alemã, São Paulo, 2008.
- Amaral, Gustavo, *Direito, escassez & escolha*, Rio de Janeiro, 2001.
- Amaral Júnior, José Levi Mello do (coord.), *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, 2010.
- Andrade, José Carlos Vieira de, O 'direito ao mínimo de existência condigna' como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do tribunal constitucional: anotação ao acórdão do Tribunal Constitucional 509/02, *Jurisprudência Constitucional*, nº 1, jan/mar, 2004, pp. 4-29.
- _____ *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Coimbra, 2012.
- _____ Os direitos fundamentais no Século XXI, *in Derecho Constitucional para el Siglo XXI, Tomo I*, Javier Perez Royo e outros (ed.), Navarra, 2006, acesso em 1.12.2016, <http://georgemlima.xpg.uol.com.br/andrade.pdf>.
- Andrade, Maria Inês Chaves de, *A fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser o Dever Ser na Dialéctica dos Opostos de Hegel*, Coimbra, 2010.
- Appio, Eduardo, *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*, Curitiba, 2005.

- Badin, Arthur Sanchez, *Controle judicial das políticas públicas*, São Paulo, 2013.
- Barcellos, Ana Paula de, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, 2002.
- _____
Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas, *in Revista de Direito Administrativo*, 240, Rio de Janeiro, abr/jun, 2005, pp. 83-103.
- _____
O direito a prestações a saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, *in Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, pp. 803-826.
- _____
Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *in Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, pp. 101-132.
- _____
Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa – devido procedimento na elaboração normativa, Belo Horizonte, 2016.
- Bachof, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa, reimpressão, Coimbra, 2007.
- Barroso, Luis Roberto, *O Direito constitucional e a efetividade das normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 7ª ed., Rio de Janeiro, 2003.
- _____
Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6ª ed., São Paulo, 2004.
- _____
Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, *in Revista da Procuradoria-Geral do Estado, São Paulo, Centro de Estudos da PGE*, jan/dez, 2006, pp. 1-49.
- _____
Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, *in Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, pp. 875-903.
- _____
“Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *in Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes*, Christine Oliveira Peter da Silva/Gustavo Ferraz Sales Carneiro (org.), Rio de Janeiro, 2010.

- _____ Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, *in As novas faces do ativismo judicial*, André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (org.), Salvador, 2011.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2ª ed., Madrid, 2005.
- Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, 1992.
- _____ *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*, tradução de Marco Aurélio Nogueira, 6ª ed., São Paulo, 1997.
- Bonavides, Paulo, *Do estado liberal ao Estado social*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1980.
- _____ Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos, *in Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, v. I*, Jorge Miranda (org.), Coimbra, 1996, pp. 19-53.
- _____ *Curso de Direito Constitucional*, 15ª ed., São Paulo, 2004.
- Botelho, Catarina Santos, *Os direitos sociais em tempos de crise – ou visitar as normas programáticas*, Coimbra, 2015.
- Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Juizo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo, 2009.
- Brandão, Rodrigo, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro, 2008.
- _____ São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?, *in Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, pp. 451-483.
- Breus, Thiago Lima, *Políticas públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, Belo Horizonte, 2007.
- Brito, Miguel Nogueira de, *A constituição constituinte: ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra, 2000.
- _____ *Lições de Introdução à Teoria da Constituição*, Lisboa, 2013.
- _____ Medida e intensidade do controlo da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional, *in O Tribunal Constitucional e*

a crise. *Ensaio crítico*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014, pp. 105-131.

Brum, Guilherme Valle, *Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas*, Rio de Janeiro, 2014.

Bucci, Maria Paula Dallari, *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo, 2002.

_____ O conceito de Política Pública em direito, in *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, Maria Paula Dallari Bucci (org.), São Paulo, 2006.

_____ Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas, in *Políticas públicas: possibilidades e limites*, Fortini, Cristina e outros (org.), Belo Horizonte, 2008.

_____ *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, São Paulo, 2013.

Cambi, Eduardo, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, São Paulo, 2008.

Canas, Vitalino, O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Lisboa, 2004, pp. 107-126.

Canela Júnior, Oswaldo, *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário* (tese), Kazuo Watanabe (orientador), Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.

_____ *Controle judicial de políticas públicas*, São Paulo, 2011.

_____ O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013.

Canotilho, José Joaquim Gomes, A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional, in *Nos dez anos da Constituição*, Jorge Miranda (org.), Lisboa, 1986, pp. 345-372.

_____ Teoria da Constituição de 1976: desenvolvimento ou revisionismo constitucional, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. 65º, 1989, pp. 497-540.

_____ /Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991.

- _____ *Constituição Dirigente e vinculação do legislador - Contributo para compreensão das normas constitucionais programáticas*, 2ª ed., Coimbra, 2001.
- _____ *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003.
- _____ Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política *in Revista de Direito Administrativo*, nº 245, São Paulo, maio/ago, 2007, pp. 87/95.
- _____ Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais, *in Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2008, pp. 35-68.
- _____ Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais, *in Estudos sobre direitos fundamentais*, 2ª ed., Coimbra, 2008, pp. 97-114.
- _____ "*Brançosos*" e *Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2ª ed., reimp., Coimbra, 2012.
- Cappelletti, Mauro, *Juizes Legisladores?*, reimp., Porto Alegre, 1999.
- Coelho, Helena Beatriz Cesarino Mendes, *Políticas públicas e controle de juridicidade: vinculação às normas constitucionais*, Porto Alegre, 2010.
- Correia, José Manuel Sérvulo, As relações jurídicas administrativas de prestação de cuidados de saúde, *In Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, vol III, Direito Público, Privado e Vária*, Coimbra, 2010.
- Costa, Flávio Dino de Castro e, A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil, *in Revista CEJ*, nº 28, mar/2005, pp. 40-53, acesso em 20.4.2017, <http://www.cjf.gov.br/revista/numero28/artigo04.pdf>.
- Courtis, Christian, (comp), *Ni un paso atrás. La prohibición da regresividad en material de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006.
- _____ Critérios de justiciabilidade dos direitos económicos, sociais e culturais: uma breve exploração, tradução de Roberta Arantes Lopes, *in Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, pp. 487-513.
- Coutinho, Luis Pereira, Formular e prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional, *in O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014, pp. 243-261.

- _____ (org. com Gonçalo de Almeida Ribeiro), *O Tribunal Constitucional e a crise – ensaios críticos*, Coimbra, 2014.
- Derbli, Felipe, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, 2007.
- _____ A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro, *in Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), Rio de Janeiro, 2008, pp. 343-382.
- Deubel, Andre-Noel Roth, *Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, 2002.
- Dimoulis, Dimitri e Martins, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 5ª ed., São Paulo, 2014.
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, 2007.
- Ferraz, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, São Paulo, 1986.
- _____ Conflitos e Tensões na Jurisdição Constitucional decorrentes da Internacionalização dos Direitos Humanos, *in Direitos Fundamentais & Justiça - ANO 8, nº 28, jul/set, 2014*, pp. 125-152.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 23ª ed., São Paulo, 1996.
- _____ Alguns questionamentos em face da doutrina dos direitos fundamentais, *in Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*, Rio de Janeiro, 2008, pp. 3-16.
- _____ O Paradoxo da justiça constitucional, *in Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. 51, nº 1 e 2*, Coimbra, 2010, pp. 17-24.
- Freire Junior, Américo Bedé, *O controle judicial das políticas públicas*, São Paulo, 2005.
- Freitas, Tiago Fidalgo de, O princípio da proibição de retrocesso social, *in Separata de Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2006, pp. 783-850.
- Freixo, Marcia Aparecida de Andrade, O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes, *in Revista Intervenção, Estado e Sociedade v.1 n.1*, jan/jun, 2014, pp. 59-83.
- Garcia, Ana Paula Prado, Controle social, *in Dicionário de políticas públicas*,

Vol. 2, Carmem Lúcia Freitas de Castro e outros (org.), Barbacena, 2015, pp. 103-105.

Galdino, Flavio, *Introdução a teoria dos custos do direito: Direitos não nascem em árvores*, Rio de Janeiro, 2005.

Garcia de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985.

Gomes, Vinícius Miranda, *A relevância jurídica dos limites materiais ao poder de revisão constitucional em matéria de direitos fundamentais* (relatório), Seminário Direito Constitucional, Regente Professor Doutor José de Melo Alexandrino, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

Grinover, Ada Pellegrini, O controle jurisdicional de políticas públicas, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013.

Hesse, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991.

KRELL, Andreas, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre, 2002.

Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Souza Brito e José Antônio Veloso da 2ª ed. alemã, Lisboa, 1969.

Lopes, José Reinaldo de Lima, Em torno da “reserva do possível”, in *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, pp. 155-173.

MacCormick, Neil, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, trad. Waldéa Barcellos, São Paulo, 2006.

Maurício Junior, Alceu, A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais, in *Revista Diálogo Jurídico*, n.º 15, Salvador, jan/mar, 2007, disponível em www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf.

_____ *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*, Belo Horizonte, 2009.

Medeiros, Rui, O Estado de Direitos Fundamentais português: alcance, limites e desafios, in *Anuário português de direito constitucional, Coimbra, v. II*, 2002, pp. 23-43.

_____ A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional, in *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira

- Coutinho (org.), Coimbra, 2014, pp. 263-288.
- Melo, Celso Antônio Bandeira de, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, 1993.
- Mendes, Gilmar Ferreira, *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo, 2012.
- _____/Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo, 2014.
- _____/Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., São Paulo, 2009.
- Mendonça, José Vicente dos Santos, Vedação do retrocesso. O que é e como perder o medo, in *Direitos fundamentais – Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII, Binenbojm, Gustavo (coord.), Rio de Janeiro, 2003, pp. 205-236.
- Miranda, Jorge, Regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, in *Estudos Jurídicos e Econômicos em homenagem ao Professor João Lumbrals*, Coimbra, 2000, pp. 345-361.
- _____*Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro, 2005.
- _____*Manual de Direito Constitucional: Constituição*, Tomo II, 6ª ed., Coimbra, 2007.
- _____*Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*, Tomo IV, 5ª ed., Coimbra, 2014.
- _____(coord.), *O Direito Constitucional e os desafios do Século XXI*, AAFDL, Lisboa, 2015.
- _____(coord.), *A Constituição no limiar do Século XXI*, AAFDL, Lisboa, 2016.
- _____*Os novos paradigmas do Estado Social*, acessível em www.icjp.Pt/sites/default/files/paper/1116-2433.pdf.
- Morais, Carlos Blanco de, Segurança jurídica e justiça constitucional, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLI, nº 2, 2000, pp. 619-630.
- _____*Direito Constitucional II: Relatório*, Suplemento da RFDL, 2001.
- _____*Justiça Constitucional - Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade – Tomo I*, Coimbra, 2002.
- _____*As sentenças com efeitos aditivos*, in *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional – Estudos luso-brasileiros de direito público*, Carlos Blanco de Moraes (coord.), Lisboa, 2009.

- _____ *Justiça Constitucional - O direito do contencioso constitucional – Tomo II*, 2ª ed., Coimbra, 2011.
- _____ / Ramos, Elival da Silva (coord.), *Perspectivas de reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Coimbra, 2012.
- _____ *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social – Tomo II*, Coimbra, 2014.
- _____ *Curso de Direito Constitucional – funções do Estado e o Poder Legislativo no ordenamento português – Tomo I*, 3ª ed., Coimbra, 2015.
- _____ Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, pp. 579-613.
- Netto, Luisa Cristina Pinto e, *O princípio de proibição de retrocesso social*, Porto Alegre, 2010.
- Neves, Marcelo, *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais*, 2ª ed., São Paulo, 2014.
- Novais, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003.
- _____ *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004.
- _____ *Direitos Sociais. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, 2010.
- _____ *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, 2012.
- Ohlweiler, Leonel Pires, Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito, in *Direitos Fundamentais. Orçamento e reserva do possível*, Ingo W. Sarlet e Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013.
- Oliveira, Marcelo Andrade Cattoni de, *Devido processo legislativo – uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2006.
- Olsen, Ana Carolina Lopes, *A eficácia dos direitos fundamentais frente a reserva do possível*, Curitiba, 2006.
- Otero, Paulo, *A democracia totalitária: do Estado totalitário à sociedade totalitária; a influência do totalitarismo na democracia do Século XXI*, Cascais, 2001.

- _____ *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003.
- Pansieri, Flávio, *Eficácia e vinculação dos direitos sociais – reflexões a partir do direito à moradia*, São Paulo, 2012.
- Passos, Daniel Silva, *Intervenção judicial nas políticas públicas – o problema da legitimidade*, São Paulo, 2014.
- Paula, Daniel Giotti de, Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política, *in As novas faces do ativismo judicial*, André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino (org.), Salvador, 2011.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, 1984.
- _____ *Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. Derechos y libertades*, *in Revista Del Instituto Bartolomé e las Casas, Madrid, ano II, feb., 1998*, pp. 15-34.
- Pérez Luno, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, 2010.
- Piçarra, Nuno, *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, Coimbra, 1989.
- Piovesan, Flávia, Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local, *in Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*, São Paulo, 2008, pp. 395-410.
- Pires, Luis Manuel Fonseca, *Controle judicial da discricionariedade administrativa – dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2013.
- Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías - Elementos para una reconstrucción*, Madrid, 2006.
- _____ *Derechos sociales y principio de regresividad en España*, *in Ni un paso atrás. La prohibición da regresividad en material de derechos sociales*, Christian Courtis (comp.), Buenos Aires, 2006, pp. 307-327.
- Queiroz, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra, 2006.
- _____ *O Princípio da Não reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*, Coimbra, 2006.
- _____ *O Tribunal Constitucional e os direitos sociais*, Coimbra, 2014.
- Ramos, Elival da Silva, *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*, 2ª ed., São Paulo, 2015.

- Ramos, Marcelene Carvalho da Silva, *Princípio da Proibição do Retrocesso Jusfundamental – Aplicabilidade*, Curitiba, 2009.
- Ribeiro, Gonçalo de Almeida, O constitucionalismo dos princípios, *in O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014, pp. 69-103.
- Roque, Miguel Prata, Juízos precários de constitucionalidade – o Tribunal Constitucional perante a crise do modelo social europeu e o retrocesso de direitos fundamentais, *in AAVV, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. II*, pp. 849-896.
- Sadek, Maria Teresa, Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política, *in O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013.
- Sampaio, Jorge Silva, *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*, Coimbra, 2015.
- Sampaio, José Adércio Leite, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, 2002.
- Sarlet, Ingo Wolfgang, O Estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, *in Revista de direito social, vol. 3*, Sapucaia do Sul, 2001, pp. 28-45.
- _____ Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, *in Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 56*, Porto Alegre, 2002, pp. 41-62.
- _____ Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *in Revista brasileira de direito constitucional, n. 4, jul/dez*, 2004, pp. 241-271.
- _____ La prohibición de retroceso en los derechos sociales fundamentales en Brasil: algunas notas sobre el desafío de la supervivencia de los derechos sociales en un contexto de crisis, *in Ni un paso atrás. La prohibición da regresividad en material de derechos sociales*, Christian Courtis (comp.), Buenos Aires, 2006, pp. 329-359.
- _____ Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf

- _____ A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Vol. I*, Coimbra, 2011.
- _____ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11ª ed., Porto Alegre, 2012.
- Silva, Jorge Pereira da, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas – contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão*, Lisboa, 2003.
- _____ *Deveres do Estado de proteção de direitos fundamentais. Fundamentação e estruturadas relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa, 2015.
- Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 10ª ed., 1995.
- Silva, Paulo Napoleão Nogueira da, *Princípio democrático e Estado legal*, Rio de Janeiro, 2001.
- Silva, Sandoval Alves da, *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumentos de implementação*, Curitiba, 2007.
- Silva, Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, in *Revista dos Tribunais* 798, 2002, pp. 23-50.
- _____ *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, 2014.
- Souza Neto, Cláudio Pereira de, A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros, in *Direitos Sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), Rio de Janeiro, 2008.
- Streck, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, Porto Alegre, 2002.
- _____ Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil, in *Novos estudos jurídicos, vol. 8, n.2, maio/ago 2003*, pp. 257-301, acesso em 10.3.2007, siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280.
- _____ Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”, in *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jul/dez, 2009, pp. 75-83.
- Timm, Luciano Benetti, Qual a maneira mais eficiente de prover direitos

fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, in *Direitos Fundamentais – orçamento e “reserva do possível”*, Ingo W. Sarlet e o Luciano B. Timm (org.), 2ª ed., Porto Alegre, 2013, pp. 51-62.

Torres, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, 2009.

Urbano, Maria Benedita, Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional, in *A crise e o direito público, VI Encontro de Professores portugueses de direito público, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas*, Lisboa, 2013, acesso em 5.5.2017, http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontr_ospdp_31out2013a.pdf.

_____ A Jurisprudência da crise no divã – diagnóstico: bipolaridade?, in *O Tribunal Constitucional e a crise. Ensaios críticos*, Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho (org.), Coimbra, 2014, pp. 9-48.

Valle, Vanice Regina Lírio do, Tribunais de Contas e a construção de uma cidadania afeita à coisa pública, in *Interesse Público*, v. 40, Belo Horizonte, 2006, pp. 123-138.

_____ *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*, Belo Horizonte, 2ª ed., 2016.

Vaz, Manuel Afonso, *Lei e reserva da Lei. A causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1996.

_____ *Teoria da constituição. O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra, 2012.

Veloso, Zeno, *Controle Judicial da constitucionalidade*, 2ª ed., Belo Horizonte, 2000.

Zaneti Júnior, Hermes, A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia, in *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Ada Pelgrini Grinover e Kazuo Watanabe (coord.), 2ª ed. (digital), Rio de Janeiro, 2013.