

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO

**POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JURIDICIDADE A
PARTIR DA VINCULAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Porto Alegre
2008

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO

**POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JURIDICIDADE A
PARTIR DA VINCULAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre
2008

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO

**POLÍTICAS PÚBLICAS: POSSIBILIDADE DE CONTROLE DE JURIDICIDADE A
PARTIR DA VINCULAÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Porto Alegre,

Banca Examinadora

À minha filha Camila, que, espero,
vivencie uma sociedade mais livre, justa e
solidária.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Juarez Freitas, pela orientação, pelo apoio e pelo exemplo.

À Procuradoria-Geral do Estado, pelo apoio prestado à realização deste trabalho.

Aos colegas da Equipe de Consultoria da Procuradoria do Domínio Público Estadual da Procuradoria-Geral do Estado, pelo incentivo, colaboração e paciência a mim dispensados, especialmente à Camila Boabaid Sobrosa.

Ao colega Ricardo Antônio Lucas Camargo, pelas valiosas contribuições intelectuais.

À amiga Márcia Regina Lusa Cadore Weber, pela amizade e exemplo de competência.

Aos meus pais, Ramiro Mendes Coelho e Maria Ida Cezarino Mendes Coelho, por toda dedicação a mim dada e pelo exemplo de retidão de caráter.

À minha irmã Maria Elisa Cesarino Mendes Coelho, pela inestimável amizade.

À minha filha Camila, por todo amor recebido e pelo tempo roubado.

RESUMO

A presente pesquisa intenta averiguar a existência de parâmetros constitucionais que vinculem a elaboração e execução das políticas públicas que visam a concretizar os direitos sociais. Para tanto, inicialmente, contextualiza-se o estudo no panorama do direito constitucional contemporâneo, abordando-se seus traços mais relevantes, pois é à luz desse neoconstitucionalismo que será procedido o estudo. A seguir, procura-se analisar, de forma sucinta, os direitos fundamentais, dando-se ênfase aos direitos sociais, cuja concretização se constitui no fim último das políticas públicas sociais. Examina-se, então, como o tema das políticas públicas ingressou recentemente no âmbito do Direito, não havendo, ainda, uma sistematização da matéria, propondo, os autores, diversas conceituações. Verificando que a realização de tais políticas públicas exige o dispêndio de vultosos recursos públicos, escassos para fazer frente a todas as demandas da sociedade, abordam-se as questões relativas aos custos dos direitos e à denominada “reserva do possível”. Verifica-se que os Poderes Públicos necessitam fazer escolhas, decidindo quais direitos serão preferencialmente atendidos. Essas escolhas, todavia, não podem ser exercidas livremente, senão que a discricionariedade – tanto do legislador, quanto do administrador – está estritamente vinculada ao texto constitucional, sendo balizada pelos princípios, pelos objetivos, pelos direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal. Com efeito, dado o caráter dirigente da Carta Federal, legislador e administrador estão adstritos ao cumprimento das tarefas e fins determinados constitucionalmente. Sendo assim, é possível ser feito um controle de juridicidade dessas políticas, especialmente, pelo Poder Judiciário. Para tanto, buscou-se averiguar parâmetros que guiassem com maior objetividade tal controle.

Palavras-chave: políticas públicas – direitos sociais – discricionariedade – parâmetros constitucionais – controle de juridicidade

ABSTRACT

The research hereto intends to check the existence of constitutional parameters that interconnect the elaboration and execution of the public policies intended to carry out the social rights. For such, the study is contextualized in the panorama of the contemporary constitutional law, approaching its more relevant features, as the study will be performed under the light of such neo-constitutionalism. Subsequently, the fundamental rights are sought to be analyzed briefly, with an emphasis on the social rights, which attainment is the final purpose of the social public policies. We have then examined how the theme of public policies has entered recently the realm of the Law, there being no systematization of the matter yet, the authors proposing several conceptualizations. Verifying that the materialization of such public policies requires the spending of huge public funds, scarce to face all society's demands, we have approached those questions related to the costs of rights and to the so called "reserve of the possible". We have found out that the Governments need to make choices, deciding on which rights will be preferably met. Such choices however, cannot be exercised freely, as the discretionarity – both of the legislator and of the administrator - is narrowly linked to the constitutional text, being directed by the principles, by the goals, and by the fundamental rights focused in the Federal Constitution. Thus, given the directing feature of the Federal Constitution, legislator and administrator are limited to the fulfillment of the constitutionally determined tasks and purposes. This way, a control can be provided, of the juristic feature of those policies, mainly by the Judiciary and, for such, we try to ascertain the parameters that can guide such control in a more objective way.

Keywords: public policies – social rights – discretionarity – constitutional parameters – juristic control

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO CENÁRIO DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	12
1.1 Considerações introdutórias	12
1.2 Neoconstitucionalismo: evolução histórica	16
1.3 A força normativa da Constituição	17
1.4 A ampliação da jurisdição constitucional	21
1.5 Nova hermenêutica constitucional	27
1.5.1 <i>Princípios instrumentais</i>	28
1.5.2. <i>Novas categorias da interpretação constitucional</i>	30
1.5.2.1 Cláusulas gerais	32
1.5.2.2 Argumentação	33
1.5.2.3 Princípios: normatividade e ponderação	35
1.5.2.4 Métodos interpretativos	44
1.6 O neoconstitucionalismo e o controle das políticas públicas	50
2 O FIM ÚLTIMO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
2.1 Terminologia adotada: direitos humanos e direitos fundamentais	52
2.2 Fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais	53
2.3 Perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais	55
2.4 Multifuncionalidade dos direitos fundamentais	60
2.5 Direitos sociais	61
2.5.1 <i>Breve histórico</i>	61
2.5.2 <i>Considerações sobre a eficácia dos direitos sociais</i>	63
2.5.3 <i>Direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos a prestações</i>	65
2.5.4 <i>O modelo de direitos fundamentais sociais dado por R. Alexy</i>	68
3 POLÍTICAS PÚBLICAS	73
3.1 O despertar do interesse jurídico pelo tema das políticas públicas	73
3.2 Do Estado liberal ao Estado Democrático de Direito	75
3.3 Ilustração de posições doutrinárias sobre a matéria	79
3.4 As políticas públicas e os custos para sua realização	86
3.5 Reserva do possível	94
3.6 A discricionariedade administrativa e a transformação de paradigmas ocorrida no direito administrativo contemporâneo	97
3.6.1 <i>Discricionariedade vinculada aos princípios constitucionais</i>	99
3.6.2 <i>Possibilidade de controle da discricionariedade administrativa</i>	106
4 A VINCULAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL	113
4.1 O caráter dirigente da Constituição e suas conseqüências	113

4.2 Proposição de parâmetros para controle de juridicidade das políticas públicas.....	122
4.3 Importante precedente oriundo da Corte Constitucional Sul-Africana	134
4.4 A atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas.	138
CONCLUSÕES	147
REFERÊNCIAS.....	156

INTRODUÇÃO

O presente estudo ocupa-se do tema relativo às políticas públicas sociais como meios a serem utilizados para atingir os objetivos constitucionais fundamentais de nosso país, na busca da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, através da realização dos direitos fundamentais sociais.

Pretende-se, pois, desenvolver o estudo e a reflexão sobre a vinculação das políticas públicas aos ditames constitucionais, consubstanciados em princípios, objetivos e direitos fundamentais, que limitam e fundamentam a atuação dos Poderes Públicos, seja o Poder Legislativo, seja o Poder Executivo.

De tal vinculatividade, derivada da necessária observância dos parâmetros constitucionais que levam à redução da discricionariedade estatal, resulta a possibilidade de ser efetuado o controle de juridicidade de tais políticas públicas, em especial aquele a ser desempenhado pelo Poder Judiciário.

Desde já, ressalva-se que, evidentemente, não há o propósito de oferecer uma resposta definitiva para o tema, que se afigura de grande complexidade, já que está interligado com a Política. Objetiva-se, aqui, proceder a uma reflexão mais aprofundada sobre a matéria, propondo-se algumas conclusões.

Para cumprir com tal desiderato, o trabalho é dividido em quatro capítulos: o primeiro versa sobre o neoconstitucionalismo e as políticas públicas; o segundo aborda os direitos fundamentais, especialmente os sociais; o terceiro analisa o tema das políticas públicas, propriamente dito, e as questões correlatas relevantes; o quarto verifica as limitações constitucionais de tais políticas, a ensejar o controle de sua juridicidade.

No primeiro capítulo, procura-se inserir o tema deste trabalho no contexto do constitucionalismo contemporâneo. São averiguados alguns traços marcantes presentes no neoconstitucionalismo, tais como o reconhecimento da normatividade dos princípios; a atribuição de força normativa à Constituição; a ampliação da

jurisdição constitucional; a formação de uma nova hermenêutica constitucional. É sob esse pano de fundo e com esses instrumentos que se empreende a pesquisa acerca das vinculações constitucionais das políticas públicas.

No segundo capítulo, antes de se adentrar propriamente no tema das políticas públicas, busca-se fazer uma análise, ainda que breve, sobre os direitos fundamentais, com especial enfoque aos direitos sociais, por se constituírem no fim último daquelas políticas.

Assim, após serem abordados alguns aspectos relevantes a todos os direitos fundamentais, centra-se a análise nos direitos sociais, que, embora muitas vezes estabelecidos em normas programáticas, devem ter reconhecida sua eficácia, gerando, para o Poder Público, determinados deveres.

A seguir, no terceiro capítulo, busca-se explorar mais de perto a temática das políticas públicas. E constata-se como é recente a preocupação dos juristas com a questão, por isso mesmo ainda não havendo uma sistematização da matéria.

Examina-se, ainda, como a implementação das políticas públicas exige o dispêndio de elevados recursos públicos, que se mostram escassos para fazer frente a todas as necessidades sociais, impondo-se, portanto, que sejam feitas escolhas. Tais escolhas não se afiguram livres de limites jurídicos, de modo que a esfera de discricionariedade estatal está adstrita aos parâmetros traçados constitucionalmente.

Por fim, no quarto capítulo, procura-se demonstrar que, configurando-se a Constituição Brasileira como uma Constituição dirigente, a atuação dos Poderes Públicos na formulação e execução das políticas públicas está vinculada aos princípios, fins, tarefas nela inscritos.

Nessa senda, intenta-se, com base na Constituição, buscar parâmetros que sirvam mais objetivamente ao controle de juridicidade das políticas públicas, a ser feito, especialmente, pelo Poder Judiciário, que hoje adota uma postura mais ativa na construção de um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como escopo analisar a existência de balizamentos constitucionais vinculantes da atuação dos Poderes Públicos na implementação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos sociais, que possam servir ao controle de sua juridicidade.

Para tanto, primeiramente, procurou-se visualizar um panorama geral acerca do constitucionalismo contemporâneo, uma vez que o estudo seria empreendido com base na moldura constitucional de nosso ordenamento jurídico, dela extraíndo-se os balizamentos que devem orientar a formulação e a execução das políticas públicas.

Nesse passo, foi visto que o atual constitucionalismo recebeu a denominação de “neoconstitucionalismo”, termo que não se apresenta unívoco, mas que descreve fenômeno que, fruto do pós-positivismo, agrega algumas características que lhe particularizam.

Assim, destacou-se que um dos traços fundamentais do denominado neoconstitucionalismo é o reconhecimento da normatividade dos princípios, que antes era negada, tanto pelo positivismo quanto pelo jusnaturalismo. Para o atual constitucionalismo, o direito não é composto apenas de atos emanados pelo Estado e não se constitui em um sistema completo e auto-suficiente; ao contrário, existe uma relação entre direito, moral e justiça e, portanto, o direito aproxima-se da ética, recuperando sua legitimidade.

Passaram, então, os princípios, a gozar do status de norma jurídica, atribuindo-se-lhes, portanto, eficácia jurídica e aplicabilidade imediata.

Nesse quadro de neoconstitucionalismo, ressaltou-se também a mudança de paradigma com relação à efetividade da Constituição, que deixa de ser considerada como mero documento político – cuja concretização condicionava-se à liberdade de conformação do legislador e à discricionariedade do administrador – para ser entendida como norma jurídica central dentro do ordenamento.

Invocando os ensinamentos de Konrad Hesse, apontou-se a força normativa da Constituição, pois, de acordo com o autor: “A Constituição não configura,

portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”

No mesmo contexto, assinalou-se a ampliação da jurisdição constitucional, pois, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que passavam a ficar imunes ao processo político majoritário, o Poder Judiciário passou a assegurar sua proteção.

Viu-se que o Brasil adotou o controle de constitucionalidade, de modo incidental, na primeira Constituição da República, de 1891, instituindo, em 1965, com a Emenda Constitucional nº 16, o controle concentrado. Expandindo-se a jurisdição constitucional após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, com a ampliação do direito de propositura e a criação de novas ações.

Como nota marcante do neoconstitucionalismo, verificou-se o surgimento de uma “nova hermenêutica” constitucional. Esta propõe um rol próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional, que, segundo Gomes Canotilho, seriam os seguintes: princípio da unidade da Constituição; princípio do efeito integrador; princípio da máxima efetividade; princípio da justeza ou da conformidade funcional; princípio da concordância prática ou da harmonização; princípio da força normativa da Constituição; princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição; princípio da interpretação do direito interno em conformidade com o direito comunitário.

Abordou-se, ademais, que a nova interpretação constitucional vale-se de categorias interpretativas diversas daquelas utilizadas pela interpretação jurídica tradicional, pois, com a evolução do direito constitucional, as premissas ideológicas que embasavam o sistema de interpretação constitucional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim, pois, evidenciou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, mas, muitas vezes, somente é possível formular a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente. Restou claro, também, que o juiz não mais executa, somente, uma função de conhecimento técnico, dirigida a revelar a solução contida no enunciado normativo; ele participa do processo de criação do direito, completando a tarefa do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. Dentre

essas novas categorias interpretativas, foram apontadas as cláusulas gerais, os conceitos jurídicos indeterminados, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.

Com base em Ronald Dworkin e Robert Alexy, destacou-se a diferenciação qualitativa entre regras e princípios, aquelas sendo aplicáveis através de subsunção, estes consubstanciando mandados de otimização, ambas as categorias compondo a Constituição como um sistema aberto. Verificou-se, ainda, que, em havendo colisão entre princípios na solução de um caso concreto, o conflito resolve-se através da técnica da ponderação.

De outra parte, demonstrou-se, também, que, em se tratando de hermenêutica constitucional, não é possível fixar critérios absolutos de interpretação, pois há a convivência dos vários métodos. Assinalou-se que, para Juarez Freitas, é a interpretação sistemática o processo hermenêutico por excelência, pois somente é possível compreender os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados.

Com base em Eros Grau, acentuou-se que a tarefa de interpretação é perpassada pela ideologia: seja pela postura ideológica que carrega o intérprete, seja pela mensagem ideológica que a norma contém.

Com esteio no mesmo autor, apoiado em Wróblewski, verificou-se que há dois tipos principais de ideologia de interpretação jurídica. A ideologia estática, que, levando em conta valores como certeza e estabilidade, pretende resguardar a certeza jurídica, de modo que o direito não sofra qualquer mudança que não seja por obra do legislador. E a ideologia dinâmica de interpretação jurídica, que, acertadamente, considera a interpretação como atividade que adapta o direito às necessidades presentes e futuras da sociedade.

Considerando esse cenário, genericamente denominado de neoconstitucionalismo, foram analisados os direitos fundamentais e, dentro dessa categoria, mais especificamente, os direitos sociais, por se constituírem no objeto último das políticas públicas sociais, cujos parâmetros constitucionais vinculantes buscou-se analisar no presente trabalho.

Nessa senda, primeiramente verificou-se que existe uma diversidade grande de termos que são empregados tanto pela doutrina quanto pelo direito positivo, para tratar da categoria aqui denominada direitos fundamentais, tais como direitos do homem, direitos humanos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos fundamentais, dentre outros. Nossa Carta Constitucional adota o termo direitos

fundamentais na epígrafe do Título II, ao se referir aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. Considerando tal adoção, entende-se seja mais apropriada a utilização da referida terminologia, na esteira de Ingo Sarlet, que aponta, também, a preferência da doutrina constitucional pelo uso do termo.

A seguir, examinou-se a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. E constatou-se que a fundamentalidade formal deriva da constitucionalização dos direitos, apresentando as seguintes características: a) as normas que consagram os direitos fundamentais na Constituição situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) como normas constitucionais, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da Constituição Federal); c) trata-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (conforme art. 5º, par. 1º, da Carta Federal).

Foi analisado também que a fundamentalidade material, a seu turno, deriva do fato de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material.

Outro aspecto abordado no tocante aos direitos fundamentais foi a dupla perspectiva em que se revelam, na medida em que podem ser considerados como direitos subjetivos individuais e também como elementos objetivos fundamentais da comunidade.

Na perspectiva objetiva, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, gerando eficácia em todo o ordenamento jurídico e fornecendo diretrizes para todos os Poderes do Estado. Sob o aspecto subjetivo, significa que o titular de um direito fundamental tem a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário ou obrigado. Caracterizam-se, ademais, por serem posições jurídicas universais e permanentes, ou seja, são direitos de igualdade, que todos titularizam.

Mais adiante, examinou-se a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, com esteio na doutrina dos quatro status de G. Jellinek: o *status subjectionis* (quando o indivíduo se encontra subordinado aos poderes estatais); o *status negativus* (consubstanciando uma esfera de liberdade do indivíduo perante o Estado); o *status positivus ou civitatis* (que possibilita juridicamente ao indivíduo utilizar-se das instituições estatais e exigir do Estado determinadas ações positivas);

o *status activus* (que lhe atribui competências para participar ativamente da vontade estatal, como pelo direito ao voto).

Em seguida, foram abordados os direitos sociais, inicialmente situando historicamente seu surgimento, que se deu no século XX. Afirmou-se que, apesar de serem veiculados por normas programáticas, não podem ser considerados como meras recomendações ou preceitos morais, pois, na qualidade de direitos, produzem eficácia e geram obrigações concretas ao Estado. Entretanto, o alcance de tal eficácia dependerá da forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades do objeto do direito.

Nesse quadro, ressaltou-se a problemática que envolve o reconhecimento de eficácia dos direitos a prestações, especialmente os originários, isto é, aqueles que seriam reconhecidos diretamente da norma constitucional.

Destacou-se a solução proposta por R. Alexy, o qual elabora um modelo que não diz quais direitos fundamentais sociais definitivos tem o indivíduo e sim quais pode ter. Nesse sentido, oferece uma resposta geral: uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jusfundamentalmente se: a) o exige urgentemente o princípio da liberdade fática; b) o princípio da divisão de poderes e da democracia (que inclui a competência do parlamento); e também c) os princípios materiais opostos (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outros) são afetados em uma medida relativamente reduzida através da garantia jusfundamental da posição de prestação jurídica e das decisões do Tribunal Constitucional que a tomam em conta. Em todo caso, essas condições estão satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, que constituem o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o modelo, portanto, o indivíduo tem um direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática tem um peso maior do que os princípios formais e materiais opostos tomados em seu conjunto.

Vistos, ainda que de forma breve, aspectos relevantes dos direitos sociais, passou-se a analisar o tema das políticas públicas, sob a ótica da vinculatividade presente no texto constitucional e a conseqüente restrição de espaço de discricionariedade dos Poderes Públicos na sua implementação.

Inicialmente, observou-se que a preocupação do direito com o tema, mais afeito à política, é recente e vem tomando força, pois, se os balizamentos jurídicos das políticas públicas estão colocados no texto constitucional, a matéria reveste-se

de juridicidade e deve ser tratada, também, pelo direito.

Em razão da “novidade” do tema na seara jurídica, demonstrou-se que não há um entendimento doutrinário pacífico e buscou-se invocar algumas posições da doutrina.

As políticas públicas foram definidas como atividades estatais que se utilizam dos meios necessários à consecução dos resultados perseguidos, os quais são vinculados aos princípios e objetivos fundamentais plasmados na Constituição Federal, com vistas à concretização dos direitos fundamentais.

Evidenciou-se, por outro lado, que a implementação das políticas públicas exige dispêndio de vultosos recursos públicos e que esses se afiguram escassos para fazer frente a todas as necessidades coletivas. São necessárias, pois, escolhas, muitas vezes trágicas, pois o atendimento de determinado direito implicará o sacrifício de outro. Essa ponderação, todavia, deve ser feita com observância das prioridades fixadas constitucionalmente.

Exatamente por causa da escassez de recursos, falou-se na “reserva do possível”, para expressar que a efetivação dos direitos prestacionais somente é factível na medida do possível financeiramente. Os direitos a prestações positivas estão sujeitos à “reserva do possível” no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.

Passou-se, então, a examinar a questão atinente à discricionariedade, demonstrando que, atualmente, a Administração Pública encontra-se vinculada não mais à estrita legalidade, mas sim à juridicidade, ou seja, ao direito como um todo, incluídas as regras e os princípios. A discricionariedade, nesse passo, encontra-se vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais, como afirmado por Juarez Freitas.

Embora se reconheça que o mérito administrativo – entendido, com base em Germana de Oliveira de Moraes, como processo de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados – não seja passível de controle jurisdicional, o controle do demérito é cabível, fazendo o controlador as vezes de “administrador negativo”.

Posicionou-se no sentido de que, tratando-se de políticas públicas que implementarão direitos sociais inscritos na Constituição, a discricionariedade da Administração está limitada aos princípios fundamentais, aos objetivos fundamentais

e aos direitos fundamentais e, de forma expressa e nítida, aos elementos vinculantes que se encontram plasmados no texto constitucional no que respeita ao tema.

Ficou, assim, demonstrado que as políticas públicas estão limitadas aos parâmetros constitucionais e, portanto, é possível seu controle mediante o contraste com tais parâmetros.

Caracterizando-se a Constituição Federal como uma Constituição dirigente, na acepção dada por Gomes Canotilho, os destinatários das suas normas – tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo – estão vinculados ao cumprimento dos princípios, fins, tarefas nela prescritos, com isso sendo em muito reduzida a discricionariedade estatal.

Essas normas-fim e normas-tarefa, Gomes Canotilho denomina imposições constitucionais, assim afirmando: “É nas imposições constitucionais com determinações de fins e fixação de tarefas que se capta o sentido da ‘pirâmide dirigente’ e a especificidade do caráter vinculado da legislação concretizadora: os fins constitucionais requerem uma legislação ‘actualizadora’ e concretizadora das ‘tarefas’ por eles ‘determinadas’”.¹

Invocou-se precedente do Supremo Tribunal Federal (ADPF 45), em que foi chancelada a intervenção do Poder Judiciário, com a finalidade de garantir a satisfação de direitos que estivessem sendo injustificadamente negados aos cidadãos – através do reconhecimento das limitações advindas da Constituição à liberdade de conformação do Poder Legislativo – assim como à atuação do Poder Executivo. Mesmo que a formulação e a execução das políticas públicas dependam de opções políticas a serem feitas por quem foi democraticamente eleito para tanto.

Em face do caráter dirigente da Carta Federal, ficou evidenciado que os espaços de discricionariedade atribuídos ao legislador e ao administrador são reduzidos e submetidos aos parâmetros constitucionais, possibilitando o controle de juridicidade das ações e omissões dos Poderes Públicos.

Foi analisada, a seguir, com esteio em Ana Paula de Barcellos, a proposição de quatro objetos passíveis de controle: assim, pode-se controlar a) o resultado final esperado das políticas públicas em determinado setor; (b) a quantidade de recursos a ser investida, em termos absolutos ou relativos, em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; (c) o atingimento ou não das metas fixadas pelo

¹ CANOTILHO, 1994, p. 286.

próprio Poder Público; e (d) a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos destinados a determinada finalidade.

Assim que, o primeiro objeto mencionado acima refere-se ao controle do resultado final esperado das políticas públicas associadas a determinada matéria, envolvendo a fixação de metas, levadas a efeito pelo Legislativo e pelo Executivo, no âmbito do orçamento e da execução orçamentária.

Essa espécie de controle assume como pressuposto que há resultados esperados – e exigíveis – das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais. A escolha dos fins que devem ser alcançados não está inteiramente ao abrigo da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, na medida em que já estiverem definidos juridicamente.

Com o caso das políticas públicas em matéria de educação fundamental, conforme previsto no art. 208, I, da Constituição Federal, exemplificou-se que devem ser implementadas pelo Estado de forma prioritária de modo a alcançar, gratuitamente, toda a população. Na hipótese da educação, destacou-se que há expressa imposição constitucional dirigida aos Poderes Públicos, sendo que correspondendo ao dever estatal consta o expresso direito subjetivo do cidadão a ter acesso à educação.

Apontou-se, por outro lado, que a implementação de políticas públicas na área da saúde, embora também se constitua em obrigação constitucional imposta ao Estado, merece uma análise mais cautelosa, no sentido de verificar-se se a prestação pode ser estendida em caráter universal e igualitário.

Foi ressaltado que o segundo objeto de controle refere-se à quantidade de recursos a ser investida na concretização dos direitos fundamentais. Tal parâmetro é facilmente extraído do texto constitucional, que estabelece percentuais mínimos a serem aplicados pelos entes federativos em educação e saúde (CF, arts. 198, par. 2º, e 212) e vincula as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social (CF, art. 195).

Constatou-se que o terceiro objeto de controle trata da verificação acerca do atingimento, ou não, das metas estabelecidas pelo próprio Poder Público, assemelhando-se a um pedido de prestação de contas, em que caberá ao ente estatal expor o cumprimento das metas que havia traçado.

Um quarto objeto de controle foi ainda apontado, consistente na aferição da eficiência mínima na utilização dos recursos públicos destinados às políticas

públicas.

A seguir, foi examinado importante precedente jurisprudencial oriundo da Corte Constitucional da África do Sul, que impôs ao Estado que estabelecesse um razoável programa de acesso à habitação para as pessoas carentes, em caráter emergencial, sem com isso reconhecer que houvesse um direito subjetivo de cada indivíduo à moradia.

Com isso, verificou-se que a atuação do Poder Judiciário dentro do contexto do atual constitucionalismo alterou-se profundamente, sendo os Tribunais chamados a participar ativamente da concretização dos direitos fundamentais. E isso pode ser feito, como bem demonstra a decisão adotada pela Corte sul-africana, através da determinação de implementação de uma política pública que satisfaça os interesses da comunidade, de modo a atender o mais amplo espectro de cidadãos, solução mais eficaz do que o reconhecimento de direitos subjetivos em demandas pontuais.

Portanto, reconhece-se que a atuação dos Poderes Públicos está vinculada aos parâmetros constitucionais, devendo-se pautar pelos princípios postos na Constituição Federal, especialmente pela dignidade da pessoa humana, na busca da realização dos objetivos e direitos fundamentais. Para que se atinja uma sociedade livre, justa e solidária, é necessária a efetivação de um controle, principalmente o jurisdicional, que garanta a correta implementação das políticas públicas sociais.