CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E O PODER JUDICIÁRIO

CONSTITUTIONALIZATION OF THE RIGHT: EFFECTIVENESS OF STANDARDS AND CONSTITUTIONAL COURTS

SILVIA ELENA BARRETO SABORITA*

Recebido para publicação em novembro de 2010.

RESUMO: Pelo princípio da tripartição dos poderes traçado por Montesquieu, um poder não poderia interferir no outro. A Constituição americana de 1787 além de ter inserido esse princípio, admitiu o controle do poder pelo próprio poder, de maneira a permitir a fiscalização recíproca entre eles. A Constituição de 1988 promove o bem-estar do homem. Assim, deve-se assegurar as condições de sua própria dignidade, o que protege não somente os direitos individuais, mas também condições materiais mínimas de existência. Essa dignidade resulta no denominado mínimo existencial, no qual deve-se estabelecer os alvos prioritários dos gastos públicos. Após sua contemplação deve-se discutir a inversão dos recursos remanescentes em outros projetos. O mínimo existencial, em face da necessidade de se estabelecer as prioridades orçamentárias deve conviver produtivamente com a reserva do possível. As normas programáticas de terminadas normas constitucionais não podem converter-se em promessa constitucional inconseqüente. A cláusula da "reserva do possível", na concretização dos direitos de segunda geração - sempre onerosos ao orçamento, deve atender a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. É nesse contexto que surge o Judiciário, como Poder responsável pela fiscalização da implementação orçamentária em bases constitucionais, de forma a atender o preceituado pela Constituição brasileira, sem olvidar-se do atendimento às necessidades coletivas já previstas nas normas constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio do Mínimo Possível; ADPF 45/DF; Políticas Públicas e Judiciário; Reserva do Mínimo Existencial; Proporcionalidade e Razoabilidade.

ABSTRACT: In accordance with the principle of separation of powers outlined by Montesquieu, one power can be challenged by another branch. This is what the system of checks and balances are all about. The American Constitution of 1787, in addition of having entered this principle, admitted the control amongst power "checks and balances", in order to guarantee mutual surveillance amongst them. The 1988 Brazilian Constitution promotes the welfare of man. Thus, it must be ensured the minimum conditions of his own dignity, which protects not only individual rights but also the material conditions of existence. This is what the STF decision called the clause of minimum conditions of existence, which must establish priority targets for public spending. This is to contemplate and discuss the reversal of the remaining resources to other projects after reserve budget for this minimum conditions of existence. The existential minimum, given the need to establish budget priorities have to live productively with the reservation as possible. Considering that the program standards of constitutional rules can not become a inconsequent promise. The clause of "reserve of the minimum possible", in pursuit of second-generation rights, always costly to the budget, must face the reasonableness of the claim individual/social rights deducted in the face of the government and the existence of financial status of the State to enforce the positive benefits. It is in this context that the Judiciary Power must interfere for the overseeing implementation of the budget on constitutional grounds, to meet the precepts by the Brazilian Constitution, without forgetting the needs of the collective already provided by constitutional norms.

KEY-WORDS: Principle of Minimum Potential; ADPF 45/DF; Judiciary and Public Policy; Existential Minimum Reserve; proportionality and reasonableness.

Introdução

* Advogada. Administradora de Empresas. Mestranda do Curso de Direito Ambiental da Universidade Católica de Santos- UNISANTOS. Professora da Pós-Graduação da FAAP, em Direito Público. Participante da Associação Centro Vivo e da Aliança para restauração do Centro Histórico de São Paulo.

Quanto à impossibilidade do Estado atender às necessidades coletivas, Bobbio já chamava atenção quanto às obrigações positivas que se impõe ao Estado como a de propiciar a todos o direito ao trabalho, à saúde, á educação entre outros, nem sempre devidamente prestadas.

O autor ainda esclarece que a questão pertinente aos direitos humanos, em parte, perdeu alguma importância quando se tornou objeto de uma norma, estabelecida em uma Carta, como a Declaração Universal dos Direitos da pessoa Humana. Estas, ao serem internalizadas, permaneceram como normas programáticas sem nunca terem sido objeto de regulamentação ou efetivação.

No âmbito internacional a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, denominou como sendo um *Direito Fraco,* por não prever sanção em sua normatização, "cuja solução dependerá de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica." [1]

Aqui, entretanto, se buscará analisar as diferentes teorias que viabilizam a observância dos direitos constitucionalizados, sejam pelo poder constituinte originário ou derivado, sobretudo quanto a sua aplicação na vigente Constituição brasileira por intermédio do STF. Muito se fala em constitucionalização de determinados direitos, ao passo que existe um grande número de normas que sequer são objeto de referência ou atenção, mesmo tendo eficácia imediata as normas definidoras dos direitos e garantias individuais, como prescreve o parágrafo primeiro do art. 5 da CF.

O STF, seguindo uma tendência observada na Suprema Corte Alemã, foi obrigado a assumir determinados papéis que, embora previstos genericamente no texto constitucional, exigiram decisões em defesa dos direitos fundamentais diante da inércia dos demais Poderes. A eficácia jurídica e social de determinadas normas foram descartadas na execução de políticas públicas pelo poder competente. Na verdade, conforme se observa adiante, criou-se situação de desconformidade entre o poder público e suas políticas públicas e as normas existentes.

Conquistas árduas geraram a constitucionalização de determinados direitos. Debates intensos na Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte existiram em prol da inserção de direitos até então relegados às normas ordinárias, a exemplo da preservação do meio ambiente, da política urbana, entre outros. Entretanto, de nada valem se

[1] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo: Ed. Contraponto, p. 40-41 .

não houver a constitucionalização de fato, que venha garantir a respectiva prestação desses direitos pelos Poderes respectivos.

As políticas públicas adotadas pelo Executivo são geralmente estabelecidas em planos plurianuais e leis orçamentárias capazes de indicar o gasto e sua prioridade em termos de plano de governo. Isso é obrigatório em todas as esferas federativas e inclusive há sanções pelo seu descumprimento. Os três Poderes, em suas funções típicas, devem viabilizar a implementação desses planos e projetos a curto e longo prazos. Cada qual com sua função devem indicar se a ação está ou não de acordo com os preceitos previstos constitucionalmente e relacionados no planejamento orçamentário.

O voto do Ministro Celso Mello na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF[2] 45/DF) trouxe novo alento aos direitos relegados ao esquecimento e à letra morta da norma constitucional não inserida em políticas públicas. Em sua motivação, relevou o papel do Judiciário, principalmente o do Supremo, a quem se outorgou, em face de suas características institucionais, a guarda da Constituição. Certamente, não está entre as atribuições constitucionais desse Poder a implementação de políticas públicas. Porém, como relevou o Ministro, é possível cometer seus membros com funções atípicas de fiscalização em assegurar a observância de preceitos fundamentais, sobretudo quando os dois outros poderes, Executivo e Legislativo, não cumprirem suas funções, colocando em risco os direitos individuais e coletivos assegurados constitucionalmente, por inércia ou outra escusa relacionada à falta de verba orçamentária destinada à garantia do exercício desses direitos.

São três situações em que a intervenção do Judiciário pode ser necessária para garantir à efetivação de políticas públicas adequadas. Na verdade são três elementos que se integram para fornecer bases sólidas para uma possível intervenção. Inicialmente observa-se a questão de direitos humanos e a política pública, que em sendo omissa ou falha, passa a não oferecer condições mínimas de existência digna. O segundo elemento configura-se pela razoabilidade do pedido de intervenção pelos legitimados ativos constantes no rol do artigo 103, I a IX, CF, e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada. Em todos os casos, é preciso que esteja provisionada uma verba mínima no orçamento público para a implementação das medidas garantidoras dos direitos fundamentais. Abaixo melhor se

[2] A ADPF está prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal e seu objetivo é a salvaguarda dos preceitos fundamentais, que, segundo a doutrina majoritária, devem ser construídos a partir da jurisprudência do STF.

esclarece essa conjunção de exigir uma prestação positiva dos órgãos incumbidos da efetivação das políticas públicas.

2 – O Papel do Judiciário na Atribuição Regulatória

Pela teoria da tripartição dos poderes, Montesquieu já preconizava que, pela disposição das coisas, o poder retenha o poder. Para evitar excessos, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem ser divididos entre pessoas diferentes. Nesse diapasão, já existia o entendimento de que um poder deve controlar o outro sob pena de não se garantir a liberdade manifestada pela observância de uma lei maior.

A teoria montesquiana guardava consigo a preleção de funções próprias de cada poder, destacadas conforme as suas peculiaridades. Na verdade, a Constituição americana é que de fato elaborou o sistema mais aprofundado pelos federalistas, que ficou conhecido como sistema *checks and balances* (freios e contrapesos), um controle externo que aperfeiçoou o que seria o controle do poder pelo próprio poder, ou seja, cada um dos três poderes exerce parcialmente um controle sobre as atividades do outro, estabelecendo limites no exercício das funções típicas e atípicas e nas distribuídas pela constituição.

As funções atípicas surgiram após o processo de adequação e interpretação dos poderes em face da Constituição. Nesse sentido, os poderes deixaram de ser considerados como esferas independentes e incomunicáveis. Atualmente não há um isolamento deles, mas sim uma interação a fim de se garantir maior aplicação da teoria. Certamente, a Constituição deve indicar positivamente quais são as funções denominadas atípicas e são facilmente verificadas pela simples tarefa considerada fora da função preponderante.

No caso do Judiciário, sua função de intérprete constitucional vem se expandido paulatinamente. O art. 102, I da CF já lhe asseverou a tarefa ampla, como "a guarda da Constituição". A partir dessa afirmação desfila-se um leque de atribuições atípicas que lhe permitem assegurar diversos direitos que podem passar despercebidos por decisões legislativas ou executivas.

Apreciando-se apenas o aspecto técnico, o Judiciário, em sua missão institucional, deveria apenas interpretar a lei e, no máximo, buscar uma interpretação que melhor se adeque à finalidade social da norma. A questão de considerações relacionadas à aplicação da lei e sua adequação ou não na criação de políticas públicas não se denota em suas tarefas. A questão da aplicação da legislação diante da realidade social não parece ser sua finalidade

essencial. Assim, ao Judiciário, em princípio, seria irrelevante a discussão do que seja próprio ou impróprio a ser aplicado em determinada sociedade.

O aperfeiçoamento da norma ou a possibilidade de uma interpretação mais refinada por parte do interprete é algo não muito apreciado por parte de quem as elabora. Contudo, a norma constitucional com sua característica inata de abstração não exclui um trabalho de observação e interpretação. Esse traço comum a todas as normas deixa a possibilidade de se aplicar a uma multiplicidade de situações, a fim de que não se escape de sua principal característica – a possibilidade de ser aplicada em diferentes momentos e não a um caso concreto especifico. Isso vai ao encontro do que Lassale especificou em sua obra "A essência da constituição", já que esta é, na verdade, os fatores reais de poder em determinado país. A constituição escrita para ele não têm valor e não são duráveis a não ser que exprimam, realmente, os fatores do poder existente em determinada sociedade.[3]

As normas constitucionais não devem permanecer oclusas. Seu sentido deve ser aberto a fim de se viabilizar uma interpretação cabível em situações diversificadas onde o interprete é chamado a se manifestar. Não poderia manter-se omissa ou mesmo inaplicável diante dos fatos que deve regular. A realidade aponta para sua aplicação concreta em situações necessárias a preservação de direitos e manutenção da ordem.

Contextualizando o que se afirma recorre-se ao lecionado por Emerson Garcia ao afirmar que:

> Como desdobramento lógico da teoria de Montesquieu, sedimentou-se a concepção de que a atividade dos órgãos jurisdicionais deveria assumir contornos essencialmente silogísticos: a premissa maior estaria consubstanciada na norma geral e abstrata, a premissa menor na situação fática e a conclusão na decisão judicial. Em outras palavras, ter-se-ia uma operação mecânica, um exercício de mera subsunção dos fatos à norma, com os efeitos nela previstos.[4]

Assim, reconheceu-se ao Judiciário uma tarefa diferenciada, buscando uma interpretação das normas gerais e abstratas criadas pelo Legislativo. A norma do legislador nada mais se configura como uma baliza, a qual deve ser delineada uma interpretação com base em determinada realidade ao decidir sobre as lides submetidas a sua jurisdição.

[3] LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 2000, p. 67.
[4] GARCIA, Emerson. *Direito judicial e teoria da Constituição in Leituras complementares de direito constitucional. Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional.* Salvador. Ed. Jus Podivm,2008, p.131.

Considerando ainda a existência de princípios constitucionais hermenêuticos, o Judiciário, diante de um aparente conflito, na decisão valorativa ou mesmo na eventualidade de lacunas, deve aplicar o principio da máxima efetividade das normas constitucionais. Não há supor-se a existência de um direito judicial ou mesmo a criação de precedente judiciário, mas algo que possa ser reconhecidamente um trabalho interpretativo capaz de suprir uma necessidade momentânea, sem que isso resulte em uma ação capaz de ferir o princípio da tripartição dos poderes.

Nessa linha, Emerson Garcia indica quatro possibilidades a serem aventadas na hipótese das ocorrências acima referidas: a) não aplicar a norma; b) aplicar a norma ampliando o seu alcance as situações excluídas; c) aplicar a norma, indicando que o vicio parcial não obsta a produção de efeitos e d) não aplicar a norma, mas preferir decisão que regule, sem violação ao principio da igualdade, as soluções por ela apontadas.[5]

Na hipótese do direito nacional reconhece-se a possibilidade do Judiciário interpretar a norma, gerando uma maior ou menor eficácia na aplicação de determinado preceito, no exercício da jurisdição constitucional de se julgar as ações constitucionais, sobretudo quando esse exercício recaia na necessidade de gerar uma amplitude maior ao principio da igualdade.

Desta forma, há uma corrente contrária à concepção positivista clássica, a qual conferia ao Judiciário uma mera função interpretativa, sobretudo quando se valora determinado princípio, que deixou de ser um simples complemento normativo. O significado de principio obteve grande avanço a partir da interpretação dos autores abaixo citados. Isso veio a reconhecer aos magistrados maior discricionariedade na solução de determinados conflitos antes confinados a pura interpretação do direito material.

José Afonso da Silva aponta que a palavra princípio é equivoca e ocorre com sentidos diversos. Apresenta acepção de começo, de início. Norma de princípio significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as de princípio programático. Não é nesse sentido que se acha a palavra princípio da extensão princípios fundamentais do Título I da Constituição. Princípio aí exprime a noção de "mandamento nuclear de um sistema.[6]

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio como um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele. Disposição fundamental que se irradia sobre diferentes

[5] *Op. cit*., p. 134
[6] AFONSO DA SILVA, Jose. *Direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2008.

normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido.[7]

O papel do Judiciário assim mescla uma parte positiva, que lhe atribui a tarefa de julgar e motivar sua decisão e, por outro lado, reconhece-se à Corte Constitucional a tarefa maior de ser o guardião da Constituição e, portanto, a possibilidade de apontar quando um princípio está sendo violado diante de sua magnitude sistemática como apontaram os autores.

3 – A Reserva do Possível

Como afirmado anteriormente, a Alemanha deu os primeiros passos na elaboração da teoria da reserva do possível. Sua existência se deve à necessidade de efetivação dos direitos sociais e de determinadas prestações sociais constitucionalmente previstas. Elas devem ser garantidas por meio de uma reserva orçamentária capaz de outorgar materialmente esses direitos aos seus destinatários. Isso porque de nada vale conferir direitos constitucionalmente se não forem exercidos.

Não há como garantir a prestação desses direitos sem que haja recursos disponíveis capazes de garantir sua real contraprestação. Portanto, para a satisfação de um direito ou a execução de determinadas normas de ordem programática, deve-se reservar recurso suficiente para tanto, a fim de que a norma não cumpra sua real missão.

Pela interpretação de SARLET e FIGUEIREDO a reserva do possível deveria ser garantida desde que observadas as três dimensões como apontaram os autores. Essa dimensão tríplice, sob o entendimento dos juristas abrange:

> a) a efetiva disponibilidade fática dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade...[8]

[7] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
[8] - SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filshtiner. *Direitos fundamentais e "reserva do possível"*.

A reserva do possível, no sentido acima indicado, refere-se não somente à falta de recursos orçamentários capazes de suprir as necessidades dos governados diante da norma oferecida, mas também no que se refere à razoabilidade do que se quer. Isso deve ser observado pelo valor que determinada obra ou serviço pode absorver e a relevância do bem jurídico que se quer cuidar.

São três as situações em que o Judiciário deve atuar diante de omissão estatal em termos de políticas públicas: quando a política já estabelecida não garante condições mínimas da existência humana, a falta de razoabilidade da omissão em questão – no que tange à justificativa de seu descumprimento na hipótese de eventual esclarecimento – e ainda quando o pedido de intervenção for administrativa e juridicamente razoável como já dito.

Deve-se ao voto de lavra do Ministro Celso Mello, do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45 do DF (ADPF-45), a menção a necessidade de observância desses preceitos quando os direitos individuais e coletivos previstos constitucionalmente não forem devidamente observados. Esclarece ainda o Ministro que não está entre as atribuições do Judiciário ou do STF implementar políticas públicas. Porém, é possível atribuir essa incumbência aos ministros, desembargadores e juízes quando os Poderes Legislativo e Executivo não cumprirem adequadamente seus respectivos papéis, colocando em risco a preservação dos direitos individuais e coletivos.

Nesse diapasão, é claro que a reserva do possível deve ser interpretada como um mandado de otimização do direito, garantindo um mínimo existencial e vedando qualquer retrocesso que possa macular a manutenção do que está sendo prestado. Desta forma, deve-se respeitar aqueles direitos garantidos aos titulares, a fim de que não haja redução ou extinção daquilo que já lhe foi assegurado.

A repetida desculpa de restrição orçamentária ou déficit capaz de impor reduções estaria chegando ao seu fim diante dessa possibilidade do Judiciário de discutir as alocações orçamentárias capazes de garantir a prestação do serviço. Essa fiscalização exige do administrador uma maior atenção ao gerir responsavelmente as verbas públicas.

Observa-se que o voto do ministro, a princípio, informa que não somente a ação é sujeita a controle, mas também a omissão.

> O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a

> Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.[9]

Segue ainda observando a questão de implementação dos direitos por meio de prestações estatais positivas, a fim de que sejam concretizadas as prerrogativas individuais e coletivas:

> (...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orcamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.[10]

Essa abordagem com vistas à fiscalização dos meios capazes de viabilizar ou ampliar a eficácia das normas previstas pela Constituição inaugura uma nova fase do Judiciário, o qual reconhece um alargamento em suas atribuições a fim de se garantir não só a preservação dos direitos já conferidos, como também a concretização dos direitos e deveres, princípios e valores constitucionalmente tutelados.

No voto, o Ministro ainda aponta que o Poder Público não poderia, indevidamente, criar obstáculos artificiais, no exercício de sua atividade financeira e ou político-administrativa, que revele "o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência."

Poderia se verificar nessa atuação atípica uma intromissão indevida do Judiciário na competência do Poder Executivo, a quem a Constituição originariamente outorgou competência com a devida anuência do Legislativo, a implementação de políticas públicas. Contudo, coube ao Judiciário a tarefa de sopesar outros princípios existentes na Constituição. Na hipótese de inobservância desses fatores pelo Judiciário comprometeria o princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeiro alicerce em que se assentam grande parte de outros existentes explicita e implicitamente no texto constitucional.

[9] STF – Medida Cautelar em Arguicao de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45/DF. Decisão monocrática. Min. Rel. Celso de Mello. Julgado em 29.4.2004. Publicado no DJ em 4.5.2004.
[10] Idem

Cabe aqui uma observação feita pelo próprio Ministro Celso Mello na ADPF45, de que "Durante muito tempo, os tribunais se limitaram a verificar se as políticas eram legais ou não. E não o contexto em que estavam inseridas". Isso para se referir ao fato de que o Judiciário possui legitimidade para confrontar os princípios e verificar qual deles está sendo observado ou não na aplicação das políticas públicas, por parte do Executivo ou Legislativo.

Nessa vertente, considerando a necessidade de que já existem direitos constitucionalizados e não implementados deve-se observar aqui que a mera menção a um direito não é a garantia de sua implementação. Não há falar-se em necessidade de regulamentação, pois o parágrafo primeiro do artigo 5 da Carta da República estabelece aplicação imediata a eles. Assim, só resta ao Judiciário, como guardião da Constituição, estabelecer a observância dos mesmos, sobretudo em matéria de políticas públicas.

4 - O Judiciário na implementação de Políticas em Prol da Efetivação de Direitos Constitucionalizados

Como visto não é função típica do Judiciário estabelecer ou implementar políticas públicas. A necessidade de intervenção deu-se em virtude da omissão dos poderes cometidos a tais funções não atuarem efetivamente no cumprimento dessa contraprestação.

Essa é, aliás, a noção de neoliberalismo que se encontra na Constituição, no sentido de que para justificar uma atuação estatal seria imprescindível a ocorrência de uma "lesividade mensurável" a qual possa revelar uma deficiência do próprio mercado.

A afirmação de Moraes da Rosa corrobora nesse sentido. Para o autor qualquer intervenção estatal deveria estar justificada por tais "lesividades" do funcionamento do mercado. Não deve este interferir no funcionamento natural do mercado para o efeito de conferir direitos sociais na trilha de uma Justiça Social.[11]

Como já referido, a Constituição vigente oferece normas com diversos efeitos. Estabelece parâmetros que norteiam a ação estatal a fim de serem realizados os objetivos lá pretendidos. Nesse diapasão existe o momento da implementação. A norma constitucional existe e, em contrapartida, a atuação estatal se faz necessária para sua real verificação. Ainda que se confira eficácia plena aos dispositivos da natureza aqui discutida, a discricionariedade é

[11] ROSA, Alexandre de Moraes da. *O Judiciário entre garante do mercado ou dos direitos fundamentais: a resposta correta, com Lenio Streck.* Disponível em: <http://gabrieldivan. files.wordpress.com/2010/02/amr-2008-jania-unisinos-revisado-v21.doc>. Acessado em: 18.11.2010.

ampla quanto ao momento de seu oferecimento. Contudo, isso não poderia ser justificado como forma a não suprir este ou aquele serviço.

Pode-se então, a partir de uma situação omissiva diante de uma providência, invocar o princípio da subsidiariedade, o qual propugna pela intervenção estatal. Baracho, ao se debruçar sobre o tema, afirmou que o princípio subdivide-se em outros três princípios: o da ética política, já que exprime visão comunitária da sociedade; o da repartição de competências, no sentido de que a idéia de subsidiariedade aloca competências entre os níveis de organização pública, quando se estabelece que cada nível de poder não se deve atribuir senão as competências que se pode melhor exercer e, ao final o princípio que intervém no domínio das competências concorrentes, permitindo a atualização da competência da Federação. [12]

O controle da subsidiariedade, como também apontou o autor, pode ser jurisdicional ou não-jurisdicional é visto de maneira concreta, quando se leva em consideração a realidade do princípio ao direito constitucional, tendo em vista o controle exercido sobre o respeito ao princípio da repartição de competências entre os órgãos estatais. [13]

Sobre o Judiciário recaiu a necessidade de se manifestar subsidiariamente, nas ações cujo objeto seria a própria analise dos direitos fundamentais, diante do grande número de processos a ele submetidos pela inexistência de serviço garantido constitucionalmente ou mesmo pela redução de algum deles.

A questão da intervenção deu oportunidade para a criação de duas posições diferenciadas adotadas pelos magistrados na implementação dos direitos fundamentais. Segundo Vianna, de um lado criou-se a corrente dos substancialistas, liderada por Cappelletti e Dworkin, os quais defendem a intervenção direta com o objetivo de se ver garantida a concretização de determinado direito constitucional; e, de outro lado, a corrente dos fundamentalistas, que se destacam Habermas e Garapon, que entendem a necessidade de participação do Judiciário no planejamento de políticas públicas que tenham por objeto a efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos.[14]

11 Op. cit., p. 94.
12 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O principio da subsidiariedade – Conceito e evolução.* Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 90-93.
13 Idem.
14 VIANNA, Luiz Wernnek et all, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-37.

De acordo com o preceituado constitucionalmente, tem-se que a participação do Judiciário na consecução de políticas públicas afeta sim o princípio da separação dos poderes, uma vez que escapa às suas funções institucionais. Isso somente seria possível a partir de uma previsão constitucional expressa. Por outro lado, a intervenção direta para se garantir direito constitucional parece ser a saída mais adequada, mormente diante da existência da repartição de competências que confere a entidades federativas diversas a consecução de tarefas e a necessidade de uma ingerência a fim de que não se esquivem das imposições constitucionais de prestação de serviços mínimos à coletividade ou mesmo prestação de determinado serviço.

A autoridade judiciária, assim como qualquer outra autoridade, deve justificar os motivos de sua intervenção. Como BARACHO apontou, os princípios jurídicos são invocados pelos tribunais, quando esses não descobrem a lei aplicável, pelo que deveriam justificar a solução, com o intuído de não se revelarem arbitrárias.

Como afirmado, os princípios têm exatamente essa função. A amplitude e a generalidade que os informam criam um espaço discricionário capaz de oferece ao Poder Judicante a solução que possa melhor atender a determinada carência. Segundo o autor, ainda, a subsidiariedade surge, no sistema de freios e contrapesos, imposto pode um poder em face do outro.[15]

Outro problema que pode eventualmente surgir é a questão do sopesamento de determinados direitos constitucionalmente protegidos. Se existir conflito, deve-se buscar solução capaz de não sacrificar um pelo outro. No caso de existir o direito à aquisição de determinados equipamentos necessários à população deve-se enfrentar uma solução capaz de viabilizar a ação sem sacrifício da outra. Isso levando em consideração a escassez de recursos orçamentários que enfrenta, via de regra, as municipalidades brasileiras.

Isso não significa que o Estado-juiz imponha ao Estado-administrador competências que não lhe foram diretamente outorgadas pela Constituição. Certamente, ao tomar uma decisão diante de um caso concreto, apenas opinaria pela solução que cause menor impacto orçamentário e melhor atenda as necessidades sociais.

Não obstante os diversos rótulos que se impõem ao Judiciário, recorre-se ao ministério de Dirceo Torrecilas Ramos ao afirmar que:

> Apesar das dificuldades, rotulações como terceira câmara, governo dos juízes, o controle pelo Judiciário é o que melhor atende às condições

[15] - Op. cit., p. 51.

> brasileiras. É o Poder mais competente e culto. Pelos hábitos de moderação, pela disciplina intelectual a que estão acostumados, os juízes não ambicionam a direção política do País, nem se intrometem nela a não ser quando esta colide com a lei.[16]

O autor ainda segue afirmando que o Judiciário somente poderá interferir em decisões políticas quando violado um direito individual. Como questão política se entenda aquela confiada única e exclusivamente à faculdade discricionária do legislativo e do executivo. Exclui-se, entretanto, as questões de índole estritamente políticas, salvo a hipótese de lesão a direito individual.[17]

A reserva do possível é o argumento mais empregado quando esses direitos individuais não são observados. Com base nesse princípio o ente federativo deixa de agir em virtude de escassez orçamentária e sempre justifica que a inversão em determinada ação exclui de outra a verba que seria eventualmente designada. A justificativa em tela não deveria prevalecer, uma vez que a escolha do governante nem sempre é sopesada diante das necessidades, mas sim de outras prioridades que, segundo o escólio dos promotores (chefes de Executivo), seriam as mais prementes.

A ponderação do bem jurídico deve, necessariamente, levar em consideração o equilíbrio dos já citados aspectos fundamentais do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.[18] A adequação refere-se ao fato de que intérprete deve verificar a maneira mais própria para se atingir as metas desejadas. A necessidade ou proporcionalidade indica que o agente não pode ultrapassar o que se impôs por regras ou recursos à consecução dos fins almejados. A proporcionalidade, talvez seja o mais complexo entre eles, pois o agente deve comprovar que a atuação desta ou daquela forma revela-se como a mais vantajosa para a consecução do conjunto de valores e bens que se quer atingir.

A questão crucial que se depreende das diversas questões submetidas ao Judiciário é a questão orçamentária. Mais uma vez se recorre ao texto do já referido voto do Ministro Celso Mello, ao afirmar que:

---

[16] TORRECILLAS RAMOS. Dircêo. *Politização do Judiciário e a judicialização da política. A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. In* RDCI nº 33, p. 68.
[17] Op. cit., p. 71.
[18] ALEXI, Robert *apud* LEAL, Rogerio Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 153.

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.

Nesse sentido, mesmo as normas de conteúdo programático estão incluídas no rol de apreciação do Judiciário. Até este momento, verificou-se a incidência das decisões diante de direitos fundamentais de eficácia plena, nos termos preceituados pelo parágrafo primeiro do art. 5º. Entretanto, as normas programáticas também devem ser objeto de apreciação.

Certamente, não há como negligenciar determinados direitos sociais propostos por tais normas. Os recursos financeiros não podem ser tidos como obstáculos à consecução deles. Deveriam ser implementados, proporcionalmente, e diante de uma política de visão estritamente social, capazes de alocar recursos proporcionais para as diversas e múltiplas atribuições constitucionais destinadas a serem cumpridas pelas diversas esferas estatais.

Não se pode também olvidar da marcante ação do Ministério Público e da Defensoria Pública, conforme bem remarcou BULOS. Não quer aqui se referir a uma função judicante, pois quando se quer delimitar a atuação do Ministério Público, busca-se, na verdade, perquirir a natureza jurídica de suas atribuições. As funções que desempenha possuem caráter administrativo. Atua junto ao Judiciário, sem exercer jurisdição, fiscaliza e promove a observância das leis sem elaborá-las.[19]

Pode promover ações públicas, zelar pelo regime democrático, tutelar os interesses individuais e difusos e opinar como *custos legis* quando observe que exista a deficiência em algum serviço ou ainda malversação de recursos públicos que possam redundar em prejuízos para alocação em outras necessidades cruciais para determinada coletividade.

A Defensoria Pública destaca-se como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, que pode defender juridicamente os menos aquinhoados. Possui também natureza jurídica de órgão administrativo e deve esgotar todos os recursos ao necessitado a fim de lhe garantir o princípio da ampla defesa.

Recorrendo ainda a tese do Ministro Celso Mello, e considerando a existência do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública pode-se afirmar que a Constituição de

[19] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1229.

1988 teve por escopo assegurar as condições essenciais da dignidade da pessoa. Ela alcança, além da proteção aos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. É justamente nesse item que se deve concentrar a atenção dos que buscam equacionar se existe ou não possibilidade de se priorizar os alvos prioritários dos gastos públicos, sobretudo levando em consideração o mínimo existencial. Após serem apuradas essas premissas é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se poderá investir. O mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.[20]

Ao Judiciário restou, em muitos momentos, a decisão da ponderação de valores na ocorrência de bens ou interesses constitucionalmente protegidos. A satisfação de um problema não pode impedir que se dê atenção a outro de igual ou maior relevância. Para tanto deve o magistrado apoiar-se no principio da proporcionalidade. Ele permite que se faça um balanço entre os diversos fatores envolvidos com a finalidade de se equacionar a solução em face da restrição de valores orçamentários e limitações econômicas impostas a todo e qualquer administrador público.

5 - CONCLUSÕES

Os direitos fundamentais consagrados e acolhidos em um grande número de Constituições modernas das nações ocidentais sofrem violações internas e externas.

Como alerta Bobbio, "*o poder tem uma irresistível tendência a esconder-se".*20

Nesse sentido, Alexis de Tocqueville em seu discurso "*de la démocracie en Suisse*" diagnosticou no passado os defeitos, imperfeições, violações, omissões e impropriedades da antiga constituição suíça inspirando seus próprios súditos a implementar os aperfeiçoamentos necessários para que o Estado consumasse os direitos fundamentais dos cidadãos, em síntese, a essência democrática.21

No Brasil, existe atualmente uma tendência, não somente na constitucionalização dos direitos e garantias individuais, como também na efetivação deles a fim de que a população possa deles usufruir e se defender diante das ilegalidades e excessos cometidos pelos governantes.

[20] - Decisão citada ADPF 45-DF.
20- Norberto Bobbio. *O Futuro*....ob.cit.,p. 98-100.
21- Tocqueville, Alexis. *A democracia na América* p. 574.

O princípio da tripartição dos poderes bem demarca a atuação de cada esfera a fim de que exista o que Montesquieu afirmou ser o controle do poder pelo próprio poder. Porém, mesmo em sua obra "O Espírito das Leis" já evidenciou a impossibilidade de um isolamento de um poder em uma esfera incomunicável. Os freios e contrapesos afirmados na Constituição dos Estados Unidos da América vieram ainda a reforçar a necessidade de que haja a fiscalização de um poder pelo outro como forma a garantir os preceitos constitucionais.

A tarefa do Judiciário possui um alto fator de abstração. A guarda da Constituição, como bem assinalou o *caput* do art. 102 lhe assegura a possibilidade de intervenção, quando chamado a se manifestar, nos casos em que os direitos individuais estejam sob ameaça por ação ou omissão daqueles que elaboram as políticas públicas.

A possível solução dos problemas poderia ser equacionada quanto ao grau de abstração das normas constitucionais. Seu sentido deveria ser mais coloquial ou menos técnico, a fim de que não haja dúvidas quando o interprete é chamado a se manifestar. Na verdade, a realidade aponta para sua aplicação concreta quando a necessidade dos governados se manifesta em sede de direitos fundamentais garantidos por normas de eficácia plena ou mesmo programáticas.

Os princípios constitucionais hermenêuticos garantem ao Judiciário uma decisão valorativa, a qual deve aplicar o principio da máxima efetividade das normas constitucionais, da unidade da Constituição, da cedência recíproca, em busca de uma solução cabível para cada situação. Não se quer com isso propor a criação de um direito judicial ou mesmo um sistema de precedente judiciário, tal qual existe no *common Law*. Quer se oferecer um sistema capaz de garantir um trabalho interpretativo capaz de proporcionar uma solução a determinadas situações sem que com isso possa infringir o princípio da tripartição dos poderes.

A doutrina e a jurisprudência trouxeram novas soluções para casos em que o direito positivo era incapaz de oferecer solução. Ao lado das regras, que determinavam uma ou algumas soluções possíveis, os princípios trouxeram maior grau de abstração na decisão judicial, oferecendo a discricionariedade que faltava em algumas ocasiões que a norma seria incapaz de solucionar. Atualmente, o sistema consagra as regras ao lado de princípios, que devem ser plenamente harmônicos.

A reserva do possível veio a corroborar com a possível intervenção do Judiciário diante da omissão na efetivação de políticas públicas essenciais a garantir o atendimento aos interesses individuais constitucionalmente previstos. As três situações apontadas referem-se

aos casos que a política já estabelecida não garante condições mínimas da existência humana; quando houver falta de razoabilidade da omissão em questão – no que tange à justificativa de seu descumprimento na hipótese de eventual esclarecimento – e ainda quando o pedido de intervenção for administrativa e juridicamente razoável.

O Poder Judiciário com a colaboração do Ministério Público e da Defensoria Pública pode auxiliar na questão do equacionamento da reserva do possível em face da escassez dos recursos orçamentários. Deve-se, em uma ação subsidiária, como bem alertou Baracho, levar em consideração princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, de modo a garantir aos governados o gozo dos direitos constitucionalmente oferecidos.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Jose. *Direito constitucional positivo.* São Paulo: Malheiros, 2008.
ALEXI, Robert *apud* LEAL, Rogerio Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo.* São Paulo: Malheiros, 2009.
BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O principio da subsidiariedade – Conceito e evolução.* Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 90-93
BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 2000, p. 67.
ROSA, Alexandre de Moraes da. *O Judiciário entre garante do mercado ou dos direitos fundamentais: a resposta correta, com Lenio Streck.* Disponível em: <http://gabrieldivan. files.wordpress.com/2010/02/amr-2008-jania-unisinos-revisado-v21.doc>. Acessado em: 18.11.2010.
SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filshtiner. *Direitos fundamentais e "reserva do possível"*.
TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
TORRECILLAS RAMOS. Dircêo. *Politização do Judiciário e a judicialização da política. A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. In* RDCI nº 33.
VIANNA, Luiz Wernnek et all, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-37.