
O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: POSSIBILIDADES MATERIAIS

ROGÉRIO GESTA LEAL

Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil

SUMARIO

- I. NOTAS INTRODUTÓRIAS. II. O CASO CONCRETO. III. UM ESCORÇO CONSTITUTIVO
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SEUS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS.
IV. AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES (PPCV) E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:
A NECESSÁRIA FUSÃO DE HORIZONTES. V. LIMITES OBJETIVOS DO CONTROLE JURISDICIONAL
DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES. VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente texto pretende avaliar as possibilidades materiais e processuais do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, a partir de metodologia de abordagem hipotético-dedutiva, valendo-se dos pressupostos materiais da referência casuística veiculada pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, procedente do Distrito Federal, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004.

Em termos metodológicos-procedimentais, vou apreciar o tema da seguinte forma: (a) identificarei o caso concreto que dá ensejo à problematização proposta; (b) estabelecerei alguns marcos definidores da natureza política e jurídica das políticas públicas no Brasil, a fim de compreender os limites e possibilidades de seu controle; (c) farei uma análise do surgimento de um novo instituto (jurídico e político) com natureza multifacetada, que estarei nominando de Políticas Públicas Constitucionais Vinculantes (PPCV), e a relação que elas mantêm com a Administração Pública, bem como as possibilidades de seu Controle Jurisdicional; (d) proporei algumas considerações finais ao debate proposto.

II. O CASO CONCRETO

O *hard case* que enseja este debate é a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, procedente do Distrito Federal, tendo como argüente o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e como argüido o sr. Presidente da República, decidida em 29/04/2004, pelo Supremo Tribunal Federal – STF.

A *questio* central da ação teve como escopo matricial o veto que o Presidente da República fez incidir sobre o §2º, do art.55, da proposição legislativa que se converteu na Lei Federal nº10.707/2003, que versava sobre a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da lei orçamentária para 2004. De forma mais específica, este dispositivo vetado determinava o que se entendia por ações e serviços públicos de saúde, a saber, a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza.

Refere o autor da ação que tal veto implicou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC29/2000, promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Tal questão debatida, ao fim e ao cabo, restou prejudicada em face do envio, pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, e aprovada posteriormente, da Lei Federal nº10.777/2003, versando sobre o mesmo tema, agora com a inclusão do dispositivo vetado, suprimindo a omissão motivadora do ajuizamento da ação constitucional sob comentário.

Independente do resultado da ação – julgada prejudicada pelos fatos arrolados –, o que importa destacar aqui são os juízos de valor suscitados no feito, vinculantes em termos de posição pessoal ao menos de seu relator sobre o problema proposto neste trabalho, a saber, as possibilidades de controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil, pela via da ação constitucional vergastada, ou por outro instrumento idôneo para tanto.

Sustentou o relator que o presente remédio constitucional *apresenta-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.*¹

Pela via desta ação constitucional, entendeu o relator que o país destacou ainda mais a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, *que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena do poder público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.*²

Neste passo, reconhece o Ministro relator que não é da tradição do Estado Moderno e Contemporâneo ter o Poder Judiciário a incumbência de formular e implementar políticas públicas de outras esferas de Poder (como as legislativas e executivas), todavia, *tal incumbência, 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.*³

Dentre aqueles direitos referidos, mostra-se cômico o eminente Relator de que, no particular, os direitos econômicos, sociais e culturais, pela natureza notadamente positiva que possuem, vinculada fundamentalmente a um dever Estatal, têm um limite institucional e material conectado com o que a doutrina especializa da tem nominado de reserva do possível⁴. Esta reserva diz respeito, mais particularmente, à prévia existência de *um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias 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.*⁵

Adverte ainda o Relator que:

*Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial 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. Cumpre advertir, deste modo, que a cláusula da reserva do possível, ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial fundamentalidade.*⁶

Lastreado em doutrina nacional, o Min. Celso de Mello aduz que não podemos esquecer, quando tratamos de temas como estes, que a finalidade do Estado ao obter recursos, para em seguida gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. Dentre estes objetivos, por certo se encontra em seu núcleo fundacional o da

¹ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, de 29/04/2004, rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte: PSDB; Argüido: Presidente da República, pg.02. Acessado na página do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br/dj/, em 20/11/2004.

² Op. Cit., pg.02. Lembra o eminente relator, nesta passagem, que o Estado pode violar a dicção constitucional tanto quando age contrário a ela, como quando não age, pecando pela inércia, na concretização dos direitos assegurados à sociedade.

³ Op.cit., pg.02.

⁴ Especialmente se referindo aqui ao texto de HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rihgts*. New York: Norton, 1999.

⁵ Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, de 29/04/2004. Op.cit., pg.04.

⁶ Op. cit., pg.05.

dignidade da pessoa humana, cujo limite de partida será sempre o mínimo existencial, e que ao mesmo tempo vem delimitado em linhas gerais pelos princípios constitucionais e pelos direitos e garantias individuais e coletivos, bem como, no particular, deverá ser aferido no caso concreto e tomando como parâmetro a não violação e a concretização de tais prerrogativas em face do bem juridicamente tutelado na espécie, utilizando para tanto de critérios de ponderação devidamente fundamentados (problema que vamos enfrentar mais tarde).

Mas afinal, quando estar-se-á diante de uma situação que autorize o controle jurisdicional das políticas públicas no Brasil? Para o ilustre Relator, isto vai ocorrer quando, Legislativo ou Executivo, agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer 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 irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo.*⁷

A despeito de ter sido julgada prejudicada a ação constitucional, como já referimos dantes, importa reconhecer que os juízos de valor lançados pelo insigne Relator abrem um debate dos mais importantes no país, qual seja, o das condições de possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas no país, ingressando inclusive na ceara das formas objetivas de se fazê-lo.

Para dar início a estes enfrentamentos, todavia, tenho que se afigura necessário, antes, delimitar, ao menos genericamente, um certo pacto semântico sobre o que se pode entender por políticas públicas no país, identificando suas particularidades mais jurídicas do que políticas, ambas – por certo – imbricadas.

III. UM ESCORÇO CONSTITUTIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL E SEUS FUNDAMENTOS POLÍTICOS E JURÍDICOS

Em termos conceituais mais gerais e absolutamente modernos, tenho que se possa definir uma política pública como ação estratégica (de instituições ou pessoas de direito público) que visa atingir fins previamente determinados por finalidades, objetivos e princípios de natureza pública. Tal ação, inexoravelmente, vem marcada por altos níveis de racionalidade programática, caracterizada por medidas organizacionais e de planejamento⁸.

É possível a partir daqui entender como se foi construindo novos conceitos de gestão (pública e privada) ao longo da história ocidental envolvendo a Administração Pública, centrados nesta diretiva organizacional de meios e fins, maximizando resultados em face da qualificação das infraestruturas físicas, logística, de pessoal e patrimonial. De forma mais particular e recente, tivemos as experiências inglesas e americanas da Administração Gerencial, ou das *Public Choices* do modelo Japonês.⁹

O problema aqui é, todavia, de outra ordem, pois pode muito bem a Administração Pública no Ocidente ter desenvolvido novas técnicas de gestão e se aparelhado em todos os níveis para dar conta quantitativa e qualitativa das demandas que atendem, sem abandonar (pelo contrário, ratificando) o paradigma institucionalista que marca a relação que mantém com o interesse público em termos de sua definição e tratamento¹⁰, insulando-se cada vez mais da Sociedade Civil que não se identifica e sequer encontra espaço nas estruturas estatais tecno-burocráticas e complexas que foram criadas, questão que retomaremos mais tarde.

De qualquer sorte, o tema das políticas públicas no Brasil tem se afigurado, ao menos em termos de imaginário social, como um ilustre desconhecido, a uma, porque o próprio Estado nacional não teve, ao longo de sua história, uma preocupação muito real com estas questões; a duas, porque a sociedade civil sempre ficou à margem destes assuntos, tidos como de competência única das instituições estatais¹¹.

⁷ Op. cit., pg.05.

⁸ Neste sentido o trabalho de BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Boston: Madinson, 2002, pg.61 e seguintes.

⁹ Ver o trabalho de PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma. do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV,1999. Nesta perspectiva, o grande mote de discussão são as possibilidades de inter-relação entre iniciativa pública e privada.

¹⁰ Mesmo quando o Estado age como mediador de interesses corporativos e privados em tal tarefa, transformando-os pela via formal das ações públicas em questões federativas de alcance artificialmente nacional – como foi o programa federal de subsídios a instituições financeiras criado pelo governo federal, em nome da saúde mercadológica principalmente dos correntistas.

¹¹ Ver neste sentido o excelente texto de BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Na verdade, o Estado Administrador brasileiro tem gerido os interesses públicos como se sobre eles detivesse um domínio absoluto e exclusivo, efetivamente institucionalizando todas as ações voltadas para atendê-los, e mesmo defini-los, em meio a tantas tensões e conflitos sociais complexos e progressivos que se formaram nos últimos 50 anos no país ¹².

Com tais comportamentos, as possibilidades de participação da sociedade civil restaram significativamente suplantadas, reduzidas ainda mais em face do perfil de passividade e relacionamento servil que vem mantendo com os poderes instituídos, aceitando o que lhe é ofertado como sendo um favor.

Assim, dificultou-se a formulação de ações administrativas do Estado que se preocupassem em imprimir níveis de racionalidade à administração pública dos interesses sociais, com planejamento, programação, projetos e mecanismos de constituição, execução e avaliação de atendimento das demandas sociais emergentes. Ao revés, tem funcionado a Administração Pública como se estivesse apagando incêndios e criando soluções absolutamente curativas e não preventivas aos problemas detectados (quando detectados, haja vista, regra geral, o amadorismo de seus quadros técnicos) de forma endógena e isolada da participação social ou de suas representações oficiosas, agudizando tal quadro o fato de não ter conseguido sequer modernizar suas estruturas e formas operacionais de comportamentos oficiosos.

Na base conceitual deste cenário, podemos encontrar um tipo de concepção de Estado e de Administração Pública assaz conservadora e ultrapassada, a saber, concebendo o Poder Público como um agente oficial da vontade popular, detentor de mandato ou titulação que lhe autoriza a exercer o poder independentemente de sua matriz criadora e fundante: a própria soberania popular. O costume de exercício do sufrágio como ato isolado de participação política tem se confundido com a delegação incondicionada de mandatos (poder) a agentes públicos por tempo certo e determinado, comodamente transferindo a estes todas as responsabilidades e liberdades à solução das mazelas societais.

Em verdade, a sociedade civil tem tido no voto, no evoluir dos tempos democráticos, um dos únicos momentos espacial e temporal de vinculação e relação com a Administração Pública, após o que se ausenta do espaço público para que os donos do poder ¹³ possam desempenhar seus papéis.

Tenho que é somente a partir do regime militar da década de 1960 que vamos visualizar, com a Escola Superior de Guerra e outros espaços institucionais controlados militarmente, um explícito início de projeto nacional de políticas públicas de desenvolvimento; autoritário sim, mas ordenado em termos de ações a serem desenvolvidas e objetivos a serem alcançados, dogmatizando ainda mais as competências federativas oficiais ¹⁴.

É neste período – a começar pela edição do Decreto-lei nº200/64 – que surgiu uma preocupação (ainda institucional) de imprimir certo profissionalismo à Administração, voltado aos desafios de crescimento econômico e desenvolvimento social, gerando uma série de medidas de racionalização de serviços e ações estatais, bem como criando espaços monitorados e seletivos de participação e oitiva de determinados setores organizados da sociedade civil – notadamente industrial e comercial. ¹⁵

Com a abertura democrática e o restabelecimento das instituições civis e políticas, a partir da década de 1980, do que decorreu a edição da Carta Constitucional de 1988, teve-se um certo fenômeno de articulação política da sociedade civil (já existente em forma preambular na década de sessenta, antes do golpe militar), o qual se pode nominar como indicador de uma *políticação do social*, implicando que a demarcação da linha imaginária entre Estado e Sociedade restou cada vez mais tênue como resultado de movimentos perigosos de privatização da esfera do público e da politização da esfera do privado ¹⁶.

Esta politização do social criou outra lógica de ação coletiva no país, produzindo novas formas de inserção sócio-política do empresariado, do campesinato, das classes médias e pobres, que passaram a operar mais segundo uma dimensão maior de autonomia e mobilização política, e menos segundo o tradicional hábito do clientelismo e do corporativismo estatais. Assim, se até o final da década de 1980 a mobilização e

¹² Conforme o texto de Lima, Jr., Olavo Brasil de & Santos, Wanderley Guilherme, *Esquema geral para a análise de políticas públicas: uma proposta preliminar*. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 10(2):241-56, abr/jun. 1976.

¹³ Retiramos esta idéia um pouco da reflexão que pode ser encontrada em FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: O Globo, 1979.

¹⁴ Digo isto porque não tenho a Era Vargas como iniciadora de uma formação de políticas públicas nacionais, mas tão somente a criação de estruturas burocráticas importantes de descentralização do Estado e da carreira burocrática de seus agentes. Dito isto, vou a sentido contrário à posição de PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*, op.cit., pg.48, quando afirma que: *a reforma administrativa embutida no Decreto-lei nº 200 ficou pela metade e fracassou. A crise política do regime militar, que se iniciou já em meados dos anos 70, agravou ainda mais a situação da administração pública, na medida em que a burocracia estatal foi identificada com o sistema autoritário em pleno processo de degeneração.*

¹⁵ Ver o excelente trabalho de COSTA Frederico Lustosa da. *Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da nova república*. In *Revista de Administração Pública*, FGV, vol.32(4):71/82. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

¹⁶ Ver o trabalho de KLIKSBURG, Bernardo. *Social Management: some strategic issues*. New York: United Nations, 1998.

a participação política se davam preponderantemente *a partir do Estado*, com mecanismos e processos de cooptação política, agora elas se inserem significativamente também *a partir da Sociedade*, com mecanismos e processos de representação política, cada vez mais espontâneos e menos institucionais.¹⁷

Assim, a análise de políticas públicas não necessariamente se refere apenas às políticas geradas nas instituições propriamente estatais, mas passam a ser o resultado de políticas geradas nas instituições não-propriadamente estatais, estas veiculadas através de grupos de pressão e *lobby*, de reivindicações de setores mais mobilizados e pertencentes às elites dominantes, e mesmo de alguns grupos populares emergentes, como o MST, ambientalistas, movimentos de consumidores, gerando reflexos diretos e indiretos na reorganização ampliada das esferas de poder e dos campos de interlocução política – situação que se dá até os dias de hoje.

De outro lado, os modelos gerencial e organizacional do mercado vão se apresentando como um paradigma de racionalidade e eficácia a ser adotado pelas próprias instituições públicas, em face dos êxitos e sucessos atingidos com o controle calculado do processo de produção, circulação e concentração de riquezas alcançadas, ao mesmo tempo que induzindo à crença da inoperabilidade do Estado e suas agências.¹⁸

De qualquer sorte, para os fins que pretendemos neste estudo, o certo é que a ciência política, a economia e a sociologia vão começar a tratar o tema das políticas públicas como uma questão multidisciplinar que diz respeito à organização, planejamento, execução e avaliação constante de ações voltadas ao atendimento das demandas sociais, sejam realizadas pelo Estado, sejam por particulares ou pelo próprio mercado. Tais ações estão marcadas, a uma, pelos marcos normativos, constitucionais e infraconstitucionais (de conteúdos e de competências) que lhe dão existência; a duas, pelo processo de constituição e desenvolvimento de ações de abertura institucional a partir de uma lógica de descentralização estatal – como as ações realizadas em parcerias com os Conselhos Municipais, Organizações não-governamentais, associações, etc.¹⁹

Mesmo com esta abertura de abordagem das políticas públicas, ela não foi suficiente, ao menos em caráter mais massivo, para atrair a reflexão dos juristas brasileiros, eis que a maior parte dos cursos e textos didáticos de Direito Administrativo e mesmo de Direito Constitucional não têm abordado este problema, talvez em razão da falsa compreensão de que ele pertença a outros campos do saber que não ao do Direito, ou quiçá porque efetivamente inexistia uma formação de base sobre estes assuntos para estes profissionais.

Enquanto isto, em face da dicção constitucional ora vigente, desde o final da década de 1980 temos uma Carta Política que explicita de forma inconfundível as finalidades, objetivos e princípios da República Federativa brasileira, vinculando tanto o Estado como a Sociedade Civil aos seus comandos, ao menos em termos delimitadores do que podemos chamar de mínimo existencial, desde uma perspectiva dos fundamentos da República, a saber: a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana²⁰.

Este mínimo existencial, pode-se afirmar que toma configurações conceituais constitucionais em face daqueles indicadores parametrizantes mencionados, notadamente os atinentes à dignidade da pessoa humana, plasmados e espargidos ao longo dos princípios constitucionais, explícitos e implícitos, dos direitos e garantias individuais e coletivas, dos direitos sociais, etc.²¹

¹⁷ Quem faz uma análise excelente a este respeito é KLIKSBURG, Bernardo. *Como reformar o Estado para enfrentar os desafios sociais do terceiro milênio*. In Revista de Administração Pública, vol.35, março/abril de 2001. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001, pp.119/152. Na mesma linha de raciocínio vai o trabalho de CLARKE, Jonh. *The Managerial State*. London: Sage, 2000. Sustenta este autor que: *As trilhas abertas pela reinterpretção gramsciana de Marx, com a introdução do importante conceito do Estado Integral (Sociedade Civil + Sociedade Política), e pela leitura que Bendix faz de Weber, com a redescoberta da idéia weberiana da imbricação dialética entre estruturas de autoridade e estruturas de solidariedade, vão permitir a crítica à visão dicotômica do Estado e a consequente construção de uma visão relacional envolvendo diretamente a Sociedade Civil*. (Tradução nossa, pg.189).

¹⁸ O que de uma certa forma vem ratificado pela Emenda Constitucional nº19/2001, de 04 de junho de 1998.

¹⁹ Para uma perspectiva mais ampliada da discussão, ver o trabalho de MORAND, Charles-Albert. *Le Droit neo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 2001. No Brasil são os cientistas políticos, os sociólogos que vão se ocupar muito destas questões, tais como: MARTINS, Ana Luiza. *República: um outro olhar*. São Paulo: Contexto, 1992; MOISÉS, José Alvaro. *Cidade, povo e poder*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea/Paz e Terra, 1982; MOURÃO, Cesar Roberto. *A República e as repúblicas*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972.

²⁰ Abordei esta perspectiva no trabalho LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, bem como no texto também de minha autoria nominado de *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²¹ Ver neste sentido o excelente texto de SARLET, Ingo. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Na verdade, é a própria compreensão de Constituição que se vê alterada aqui, ao menos em termos da historicidade brasileira, haja vista que passa a se outorgar a ela muito mais que um significado meramente dogmático-formal de norma posta, reconhecendo-a como pacto político-social instituidor da civilidade e das condições de sociabilidade e desenvolvimento das relações sociais, a partir de determinados postulados/premissas necessariamente vinculantes. Ver também o trabalho de XESTA, Fernando y VAZQUEZ, Ernesto. *La Orden Civil de la Republica. Ciudadania y distincion en el Estado Igualitario*. Madrid: Civitas, 2001, p.92; bem como o texto de ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001.

Cumpra verificar, agora, qual a relação que se estabelece entre aquele plexo de direitos e garantias sob comento – densificadores das possibilidades de mínimo existencial normativamente fixados para o país -, e as políticas públicas em nível de Administração Pública, bem como as condições de seu controle jurisdicional.

IV. AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES (PPCV) E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A NECESSÁRIA FUSÃO DE HORIZONTES

Por mais que se queira reconhecer à República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, isto não altera o perfil e a garantia da liberdade de mercado capitalista que tão bem caracteriza a história de exclusão social deste país, e suas mazelas conseqüentes²². Significa dizer que, mesmo tendo-se uma Constituição Democrática e Social, vige no território nacional e nas relações objetivas de produção e circulação da riqueza uma lógica de concentração altamente perversa e marginalizante, gerando exércitos de pobreza e violência social, dificultando o cumprimento das promessas constitucionais.

Neste ambiente de conflitos cotidianos, os Poderes Estatais são tensionados a estabelecer mediações à manutenção de níveis de civilidade suportáveis junto à barbárie, evitando/minimizando a guerra ou a desobediência civil já instalada em diversos micro-territórios urbanos e rurais, seja com projetos de leis que tentam retificar os erros cometidos ao longo de nossa história, ampliando a responsabilidade comunitária/solidária para com os mais necessitados²³; seja com medidas judiciais compensatórias – e quase nunca satisfativas – à pacificação parcial daqueles conflitos²⁴; seja com ações administrativas mais curativas que preventivas para gestar o caos em que a cidadania se encontra²⁵.

Em meio a tantas incertezas e problemas, algumas diretrizes, as quais passo a chamar de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, estão postos e não podem ser desconsiderados em quaisquer ações – públicas ou privadas – que se destinem ao atendimento das situações anteriormente desenhadas. Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A densificação mais objetiva e precisa destes indicadores pode ser encontrada ao longo de todo o Texto Político, consubstanciando-se nos direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, nos direitos sociais, nos direitos à educação, à saúde, à previdência, etc. Por sua vez, os Poderes Estatais e a própria Sociedade Civil (através da cidadania ou mesmo de representações institucionais dela) estão vinculados a estes indicadores norteadores da República, eis que eles vinculam todos os atos praticados pelos agentes públicos e pela comunidade, no sentido de vê-los comprometidos efetivamente com a implementação daquelas garantias.

Se isto é verdade, quero sustentar que qualquer política pública no Brasil tem como função nuclear a de servir como esfera de intermediação entre o sistema jurídico constitucional (e infraconstitucional) e o mundo da vida Republicano, Democrático e Social que se pretende instituir no país. Em outras palavras, é através de ações estatais absolutamente vinculadas/comprometidas com os indicadores parametrizantes de mínimo existencial previamente delimitados, que vai se tentar diminuir a tensão entre validade e faticidade que envolve o Estado e a Sociedade Constitucional e o Estado e a Sociedade Real no Brasil.²⁶

Isto me leva a crer na existência daquilo que vou chamar de políticas públicas constitucionais vinculantes, aqui entendidas como aquelas ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais, e todas as decorrentes delas, haja vista os níveis compartilhados de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e a cidadania envolvendo a matéria. Considerando ainda crer, no particular, não existirem normas constitucionais despossuídas de concreção no sistema jurídi-

²² Situação inclusive reconhecida pelo próprio Texto Constitucional brasileiro vigente, em seu art.170, II e IV.

²³ Lei do Voluntariado, das Organizações não Governamentais, das Parcerias Público-Privadas, etc. .

²⁴ Medidas judiciais garantidoras de fornecimento de medicamentos, de manutenção do fornecimento de água e luz, etc. .

²⁵ Projeto Fome Zero do Governo Federal, Projeto Merenda Escolar, Projeto de seguros às atividades agrícolas, etc. . Todas estas iniciativas, a despeito de cumprirem com uma função social importantíssima, opera no âmbito do problema consumado e não de sua prevenção.

²⁶ Há uma reflexão bastante interessante sobre as incoerências da operacionalidade do sistema capitalista, notadamente em economias demasiadamente dependentes, em UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso. 1998.

co pátrio²⁷, resulta claro que a responsabilidade de que estamos falando aqui é, diferenciadamente, pró-ativa dos poderes instituídos, merecendo imediata implementação, tais como:

(1) o disposto no art.5º, inciso XXXIV, a exigir política pública que viabilize a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal²⁸.

(2) o disposto no art.5º, inciso XLVIII, XLIX e L, a exigir políticas públicas prisionais, a fim de garantir que a restrição da liberdade se dê de maneira a dar guarida às prerrogativas de que a pena seja cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; que seja assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, e que às presidiárias sejam asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação²⁹.

(3) o disposto no art.5º, inciso LV, a exigir políticas públicas jurisdicionais, por exemplo, a fim de dar efetividade ao comando constitucional que determina aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes³⁰.

(4) o disposto no art.23 e incisos, quando determina que é da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.³¹

Tais exemplos poderiam se prolongar por outros temas constitucionais, passando pela ordem social e econômica dos arts.170, 194, 196 e 197, 201, e tantos outros, haja vista o alcance que possuem em face das demandas sociais e interesses da cidadania.

Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, tais como os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contanto para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e de mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores.

De uma certa forma, quando estas políticas públicas ou ações estratégicas dos Poderes competentes não ocorrem, o Poder Judiciário no Brasil é chamado à colação (como no caso do fornecimento de remédios à população carente em todo o país, só para ficar com um exemplo nacional e anteriormente mencionado).

É este nível de discussão que chega ao Supremo Tribunal Federal do país, ora tensionado neste texto à apreciação da ADPF-45 epigrafada; por certo que ainda de forma preambular, eis que tema delicado e

²⁷ Direção em que caminha a melhor doutrina constitucional do país, *ex vi* o percuciente trabalho de STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²⁸ Matéria que recentemente no país envolveu as informações sigilosas do regime militar sobre determinadas pessoas perseguidas e torturadas na ditadura da década de 1960 a 1980. Já que o Poder Executivo ou Legislativo não conseguiram regulamentar a exposição destas informações, o Poder Judiciário o fez para quem demonstrasse interesse legítimo em obter estas informações.

²⁹ Toda vez que os estabelecimentos prisionais não conseguem fazer cumprir tais garantias constitucionais, o Poder Judiciário é chamado a encontrar algumas formas de atendimento parcial delas. Neste sentido, ver o texto de SKOLNICK, Jerome H. & BARLEY, David. *Nova Polícia*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo:Edusp, 2002.

³⁰ Uma forma tradicional de veiculação de políticas públicas jurisdicionais são as jurisprudenciais, notadamente no âmbito de criar condições materiais efetivas de proteção de direitos constitucionais e infraconstitucionais, tais como, no particular, as que criaram figuras como as do furto famérico, do peculato de uso, do crime de bagatela, da fungibilidade recursal, etc. Todas estas situações, na verdade, vieram ampliar favoravelmente aos litigantes mais hiposuficientes (material e processualmente), as possibilidades de defesa.

³¹ Todas estas competências demandam, obrigatoriamente, ações estratégicas de todas as entidades federativas, abrangendo um leque enorme de responsabilidades e campos de demandas republicanas. Quando inexistentes tais políticas de atendimento, há interesse legítimo constitucional a ser acionado às suas defesas. Veja-se que todos estes itens arrolados dizem respeito – direta ou indiretamente – à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial referido (saúde, educação, moradia, pobreza).

afeto a alguns dogmas, tais como os da independência dos Poderes e o das competências institucionais específicas. Contudo, como referiu o Ministro Celso de Mello, não há como se sustentar em face da ordem constitucional vigente uma leitura absurdamente restritiva e de insulamento dos Poderes Estatais em relação à Sociedade Civil, sob pena de se negar o fundamento da República que é a soberania popular.

É neste ponto que estou a defender uma necessária ampliação da leitura do Texto Constitucional, compreendendo o princípio da separação dos poderes numa perspectiva funcional originária, atinente às especificidades das atribuições que lhes são destinadas pela República, as quais, cumpridas ou não cumpridas, afiguram-se merecedoras de controles e correições permanentes (políticas, administrativas e judiciais). Aqui faço a proposição – em simetria com a perspectiva gadameriana³² – de se efetivar uma fusão espacial de horizontes republicano-constitucionais, conciliando o conceito-tipo de Estado e Sociedade Democráticos de Direito (cuja fonte matricial é a popular), com os instrumentos e mecanismos inexoravelmente servientes à sua efetivação (Poderes Estatais, instituições públicas e privadas, organizações e associações civis, etc.).

Os objetivos, finalidades e princípios a serem seguidos pela federação, já delimitados pela Carta Política, necessitados que estão de políticas públicas constitucionais vinculantes, proporcionando uma clara visualização das ações de elaboração, constituição formal, execução e avaliação destas políticas, na verdade, apresentam-se como condições de possibilidade daquele conceito-tipo (formas de sua densificação societal), devendo levar em conta a história efetual que marca nossa tradição (os condicionantes históricos e de múltiplas matizes que conformam o evoluir da sociedade brasileira em todas as suas manifestações). Para tanto, todos os membros da República são co-responsáveis, alguns com obrigações prestacionais e positivas mais incisivas – como o Estado.

No espaço da República, pois, tomando em conta as competências constitucionais estabelecidas às entidades federativas, notadamente em suas dimensões pró-ativas em face do plexo de direitos e garantias sociais delimitadas, as funções institucionais específicas do Estado (legislativas, administrativas e judiciais) se condicionam ao cumprimento não facultativo do que lhes foi estabelecido, sob pena de coativamente fazê-lo.

Em face disto, penso que inclusive se pode avançar no sentido de conceber as responsabilidades ora elencadas como as que se refere o art.37, §6º, da Constituição Federal de 1988, exigindo que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondam pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A reflexão apurada do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, na ADPF-45 sob comentário, lembra inclusive que não é da tradição do Estado Moderno e Contemporâneo ter o Poder Judiciário a incumbência de formular e implementar políticas públicas de outras esferas de Poder (como as legislativas e executivas), todavia, *tal incumbência, 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*³³.

O problema que identifico nos termos desta pretensão constitucional, próprio da natureza complexa dos direitos e problemas envolvidos nela, é o que diz respeito aos limites objetivos do controle jurisdicional das políticas públicas constitucionais vinculantes, isto é, qual a medida e a intensidade da intervenção judicial neste âmbito? Tema que passo a tecer algumas considerações.

³² GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000. A idéia de fusão de horizontes em Gadamer significa um novo conceito de compreensão do conhecimento e das ações humanas, enquanto oriundos da história e em constante movimento. Tal movimento não é determinado por alguma situação definida, mas por múltiplas variáveis e fontes, nas quais estamos todos inseridos, envolvendo passado e presente numa permanente inter-relação indutora de comportamentos singulares e coletivos, a serem devidamente consciencializados, sob pena de gerar uma alienação redutora das possibilidades de emancipação racional do homem como sujeito histórico.

³³ ADPF-45, op.cit.,pg.02.

V. LIMITES OBJETIVOS DO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CONSTITUCIONAIS VINCULANTES

Toda a tentativa de dimensionar as possibilidades de controle político, administrativo e jurisdicional dos atos estatais é sempre complicada, tanto em face da natureza multidisciplinar que possuem (política, econômica, cultural, partidária, etc.), como em razão do âmbito da competência da decisão ou falta dela. Na espécie, vou me centrar em enfrentar algumas particularidades que dizem respeito à decisão judicial sobre a matéria.

Na tradição da Democracia Liberal brasileira, desde os seus primórdios, sempre se designou como único e verdadeiro padrão de organização institucional da sociedade brasileira o baseado na liberdade tutelada formalmente pela lei, na igualdade formal, na certeza jurídica, no equilíbrio entre os poderes do Estado, forjando uma unanimidade sobre a pertinência de atitudes, hábitos e procedimentos, os quais, geralmente, refletiam a reprodução do *status quo* imposto pelo modelo de desenvolvimento econômico excludente que até agora se teve. Em tal quadro, competiu ao Estado de Direito tão-somente regular as formas de convivência social e garantir sua conservação; a economia se converteu numa questão eminentemente privada e o direito, por sua vez, se tornou predominantemente direito civil, consagrando os princípios jurídicos fundamentais ao desenvolvimento capitalista, como os da autonomia da vontade, da livre disposição contratual e o *da pacta sun servanda*.

Neste ponto, José Eduardo Faria é preciso:

*Ao regular as relações e os conflitos sociais num plano de elevada abstração conceitual, sob a forma de um sistema normativo coerentemente articulado do ponto de vista lógico-formal, a lei nada mais é do que uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos, para a aceitação passiva das normas gerais e impessoais, ou seja, das prescrições ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto.*³⁴

Lembrando José Maria Gomez³⁵, contrariamente ao que defende a doutrina liberal do Estado de Direito, o jurídico é antes de mais nada político; o direito positivo não é uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado, mas uma forma constitutiva do mesmo e submetido a suas determinações gerais. Neste particular, o culto da lei e a separação dos poderes se interpõem como véus ideológicos que dissimulam e invertem a natureza eminentemente política do direito.

Aliás, no Brasil, alguns constitucionalistas como Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁶, resistindo à própria idéia de politização do chamado Estado de Direito, vêem, de forma negativa, a Lei como um instrumento político, um meio para a realização de uma política governamental, motivo por que não se legitima por um conteúdo de justiça e sim por ser expressão da vontade política do povo ou do governo. Assim, *a politização das leis fere, não raro, a racionalidade do Direito, gera leis irracionais*³⁷.

Com tal perspectiva eminentemente formalista e neutral, há uma tendência ainda majoritária entre os juristas pátrios de se reduzir o modelo de Estado de Direito a uma vinculação e controle do ordenamento jurídico vigente, sem, portanto, dar-se atenção ao processo legislativo como um foro de enfrentamento ideológico e político, mas tão-somente técnico; ou perceber-se que, do mesmo modo que o Estado denominado de Direito, ou o próprio Direito e a Lei representam uma forma condensada das relações de força entre os grupos sociais que determinam a sua origem, seu conteúdo e a lógica de seu funcionamento.

³⁴ Na obra FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.134. No mesmo texto, o autor adverte para o fato de que este recurso usado pelo sistema estatal vigente, valendo-se de normas crescentemente indeterminadas e conceitualmente abstratas termina por representar, sob a fachada de um formalismo jurídico dotado de funcionalidade legitimadora, a concentração dos processos decisórios no interior da ordem burocrática institucionalizada pelas esferas de poder oficiais, voltada à articulação, negociação e ajuste dos interesses dos grupos sociais e frações de classe mais mobilizadas.

³⁵ GOMEZ, José Maria. *Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado*. In *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.107.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1988. Na mesma linha de reflexão vai FERREIRA, Pinto, na obra *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo:Saraiva,1990; RUSSOMANO, Rosah na obra *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1978; FRANCO, Afonso Arinos de Melo, na obra *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1968; BASTOS, Celso Ribeiro, na obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo:Saraiva,1990; CRETELLA JR., José, na obra *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

³⁷ Op. cit., p.47.

Ocorre que as novas condições de desenvolvimento do capitalismo internacional neste início de milênio e a inevitável inclusão do Estado brasileiro neste processo explicitou ainda mais a insuficiência de um governo e Estado que se quer neutro politicamente e afastado da organização dos mercados e das mazelas que ele cria, isto porque os resultados desta internacionalização do capital vem fazendo vítimas nos mais variados quadrantes e setores da sociedade nacional e internacional, agravando as diferenças de classe e submetendo significativa parcela da população a condições aviltantes de trabalho e vida.

Tal conjuntura, impõe a adoção daquelas políticas públicas constitucionais vinculantes de que tenho falado, voltadas à implementação das garantias constitucionais sob comento, o que traz à tona a necessidade de um Estado mais intervencionista e provedor da sua comunidade, este o nominado Estado Democrático de Direito que referi anteriormente ³⁸.

Estou querendo dizer, enfim, que a idéia de Estado Democrático de Direito, como o próprio tema da Democracia, passa pela avaliação da eficácia e legitimidade dos procedimentos utilizados no exercício de gestão dos interesses públicos e sua própria demarcação, a partir de novos comportamentos institucionais e novos instrumentos políticos de participação que expandam, como prática histórica, a dimensão democrática da construção social de uma cidadania contemporânea. Como lembra Warat:

No existe nada de antemano establecido como sentido del Estado de Derecho, la enunciación de sus sentidos sera permanentemente inventada para permitir una gobernabilidad no disociada de las condiciones democraticas de existencia. ³⁹

Dentre estas possibilidades abertas de permanente redefinição do que seja o Estado Democrático de Direito - e a Sociedade Democrática de Direito que se encontra em sua base substancial - , o que se exige do Estado enquanto gestor público é exatamente provimentos concretizadores dos objetivos, finalidades e princípios da República. Que provimentos são estes, a resposta está dada preambularmente pela própria ordem constitucional (como se viu); quais os limites destes comportamentos, este é um tema constantemente tencionado no cotidiano de todos as entidades federativas e poderes constituídos.

Tanto é verdade que tem se formado em determinados países mais desenvolvidos economicamente que o Brasil concepções reducionistas daqueles limites, cujos fundamentos têm razões de justificação bastante fundamentadas, dentre as quais destaco a norte-americana, quando assevera (por uma parte de seus juristas, politólogos e sociólogos) que a intervenção do Poder Judiciário na vida cotidiana da cidadania e dos Poderes Executivo e Legislativo, não pode descuidar da legitimidade matricial que identifica as ações destas instituições, oriundas de processos normativos e eletivos democráticos, bem como de competências constitucionalmente outorgadas pelos *constitutional father- foundations*. ⁴⁰

Tal preocupação tem sentido de ser, eis que nossa democracia representativa efetivamente está baseada na idéia de participação política social por veículos institucionais e não-institucionais, devendo eles demarcar o que se pretende em termos de sociedade e país. Daqui resulta que o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as insertas no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades desta República Federativa. São tais indicadores que estão a reivindicar políticas públicas constitucionais vinculantes para serem concretizados. Quando não efetivadas, dão ensejo à legítima perseguição republicana para atendê-las, administrativa, legislativa e jurisdicionalmente. E quais os limites para tal intento? ⁴¹

³⁸ Neste sentido LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos, 1996, p.226.

³⁹ WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*, in Anais do Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, 1994, p.18.

⁴⁰ Como quer por exemplo ELY, John Ely. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990. Para este autor – e vários seguidores - *Judicial review is necessary to safeguard minority rights, but democracy is the principle around which this nation's government was formed* (pg.16). Mais tarde, alerta o autor que we can reason about moral issues, but reasoning about ethical issues is not the same as discovering absolute ethical truth. So we're where we where: our society does not, rightly does not, accept the notion of a discoverable and objectively valid set of moral principles, at least not a set that could plausibly serve to overturn the decision of our elected representatives. (pg.54).

⁴¹ Neste ponto, a cultura jurídica americana tem pontos de alta proteção em determinadas matérias, como as ações afirmativas envolvendo problemas raciais, fundando suas decisões efetivamente nas decisões legislativas tomadas a respeito. No caso *Adarand Constructors, Incorporation v. Pena*, *the Court held that all racial classifications, imposed by whatever federal, state, or local governmental actor, must be analyzed by a reviewing court under strict scrutiny*. In KLUGER'S, Richard. *The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. New York: Vaden, 1996, pg.29. Alerta o autor ainda que *The Court's decision to apply strict scrutiny to all racial classifications was partly based on a belief that such distinctions are almost always irrelevant to any legitimate government motive. The Court also indicated that strict scrutiny was necessary for all racial classifications because such classifications have a stigmatizing effect.* (pg.53).

A verdade é que a simples alegação de que tais limites dar-se-ão pela *reserva do possível* em termos de verificação das condições materiais do Estado de cumprir com suas obrigações não é suficiente, mesmo tomando esta reserva aqui como à prévia existência de *um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias 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*.⁴² Isto porque, salvo melhor juízo, não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não disponibilidade.

Por tais razões é que, sensível a esta situação, o Eminentíssimo Relator da ADPF-45 aduziu em seu voto que a cláusula da reserva do possível precisa ser aferida em face da ocorrência de justo motivo desculpante da autoridade federativa. Tal motivo justo, por sua vez, tenho que precisa ser compreendido no âmbito da mesma perspectiva integral e reflexiva do sistema jurídico pátrio (constitucional e infraconstitucional). Significa dizer, em detalhamento, que, considerando a urgência e importância dos direitos e interesses em jogo, mister é que o responsável pró-ativo por eles, de forma fundamentada e ampla, em procedimento (ou processo) próprio, com transparência e contraditório, faça a prova da impossibilidade de cumprir com o estabelecido, pena de não fazendo incorrer em ilicitude a ser sanada pelo Poder Judiciário.

Assim, em relação às políticas públicas constitucionais vinculantes, a parte (legitimamente) interessada contraposta ao Estado promovedor é toda a sociedade civil e, no particular, o seu segmento (singular ou coletivo) sofrendo iminente ameaça ou lesão a direito/interesse atinente àquelas políticas públicas. Tal segmento, constituído que está de sujeitos de direitos, detém direito subjetivo público de se ver protegido contra a ameaça ou lesão consumada contra si, utilizando para tanto todos os possíveis remédios jurisdicionais pertinentes (mandado de segurança individual ou coletivo, habeas corpus, ação de descumprimento de direito fundamental, controle difuso e concentrado de constitucionalidade, etc.).

Vale lembrar aqui a lição de Rosemiro Leal, quando assevera que a Constituição de 1988 no Brasil outorgou aos objetivos, finalidades e direitos e garantias fundamentais eleitas a verdadeira condição de título executivo extrajudicial de obrigação infungível de fazer do Estado em prol da comunidade, devendo este Estado, como espaço jurídico da processualidade, acolher em seu âmago a efetividade destes direitos líquidos, certos e exigíveis, e, se for preciso, pelo princípio da substituíbilidade judicial, o judiciário fazê-lo, mediante a aplicação de tutelas legais em modalidades decisórias mandamentais, executivas (inibitórias) e supletivas (de adimplemento).⁴³

Sem sombra de dúvidas que será o caso concreto – como o conseqüente à ADPF-45 –, que irá possibilitar a densificação material do controle jurisdicional de incumprimento daquelas políticas públicas, isto porque deverá o Judiciário valer-se do devido processo legal para delimitar no que consistiu a ação violadora (negativa ou positiva) do Estado. Para isto, por certo valer-se-á não só dos critérios e métodos tradicionais de dosimetria da culpa e do dano, aplicando regras dogmáticas especiais (como as atinentes aos cálculos e perícias para definir o *quantum* dos gravames impingidos, em termos patrimoniais e extra-patrimoniais), como deverá contar com a utilização de princípios informativos desta responsabilidade, e estou falando da ponderação (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito dos interesses envolvidos)⁴⁴, da subsidiariedade, etc.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em linhas gerais, pretendo neste ensaio – a partir do caso concreto avaliado –, concluir pela mais que possibilidade, mas necessidade, de contar com instrumentos e mecanismos jurisdicionais capazes de controlar (assim como os demais poderes entre si) as políticas públicas constitucionais vinculantes determinadas pela ordem constitucional e infra-constitucional vigente no país, que valem tanto para o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), como para a própria Sociedade Civil (hoje cada vez mais chamada para participar do processo de gestão do interesse público).

⁴² Conforme manifestação do Ministro relator da ADPF-45, op.cit.,pg.04, Celso de Mello.

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, pg.138.

⁴⁴ É preciso esclarecer que não estou a vincular estas *interpretative measures* para ratificar de forma incondicional a proposta Alexiana de utilização de princípios dentro do sistema jurídico, pois nela há uma certa compreensão de mínimo existencial condicionada à reserva do possível, que por sua vez vem marcada por alguns elementos inibidores, tais como a relação entre dignidade da pessoa humana e igualdade real, a noção ainda dogmatizante de separação de poderes (sem destacar as funções vinculantes que possuem), as competências legislativas da democracia representativa e mesmo os direitos de terceiros, tudo isto demandando uma equação mais econômica do que axiológica para o seu resultado. Ver ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997, pg. 490 e seguintes.

Isto se revela importante porque há um profundo esvaziamento do Estado e Sociedade Democráticos de Direito na *terra brasilis* na medida em que, mesmo havendo já um significativo esclarecimento sobre os objetivos, finalidades e princípios a serem perseguidos e que informam a República Federativa, em termos de direitos, deveres e garantias, paradoxalmente, inexistem ações públicas e privadas suficientemente capazes de concretizá-los, haja vista que o plano desafiante destes compromissos não reside tão-somente na dimensão sintática ou semântica de suas possibilidades⁴⁵, mas também na pragmática, profundamente exposta às manipulações de atores sociais (fundamentalmente de mercado) que não partilham do mesmo projeto constitucional de civilidade formalmente instaurado.

Quantos daqueles compromissos já foram violados – por ação e por omissão – do Estado e de setores organizados da Sociedade Civil, que voltaram às costas para as demandas sociais de massas existentes no país, exatamente através de armadilhas e artimanhas legislativas ou executivas, manipulando orçamentos, leis, planos de governos, etc., sem nenhum tipo de ação restauradora ou responsabilizante.

Frente a isto, é crível que se reconheça a todos os Poderes instituídos, inclusive ao Judiciário, a competência e o dever institucional de se comprometerem com o que tenho exposto, protegendo quem efetivamente detém em última instância a soberania do poder (o povo), não por desvio ou excesso ideológico de crença política, mas pautado pela obrigação de garantir a ordem republicana e democrática de desenvolvimento do Brasil, sob pena de agudizar ainda mais suas crises de identidade, eficácia e legitimidade social.

⁴⁵ Cenário que já vem sendo explorado pela doutrina mais crítica dos juristas brasileiros, tais como STRECK, Lênio Luis & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BIBLIOGRAFIA

- Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, de 29/04/2004, rel. Min. Celso de Mello. Distrito Federal. Arguinte: PSDB; Argüido: Presidente da República, pg.02. Acessado na página do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br/dj/, em 20/11/2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro, na obra *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo:Saraiva,1990.
- BOHMAN, James. *Public Deliberation: Pluralism, Complexity and Democracy*. Boston: Madinson, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CLARKE, Jonh. *The Managerial State*. London: Sage, 2000.
- COSTA Frederico Lustosa da. Estado, reforma do Estado e democracia no Brasil da nova república. In *Revista de Administração Pública*, FGV, vol.32(4):71/82. Rio de Janeiro: FGV, 1998.
- CRETELLA JR., José, na obra *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- ELY, John Ely. *Democracy and Distrust*. Massachusetts: Harvard University Press, 1990.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Civitas, 2001.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: O Globo, 1979.
- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo: Saraiva, 1988.
- FERREIRA, Pinto, na obra *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo:Saraiva,1990.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo, na obra *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.
- GOMEZ, José Maria. Surpresas de uma Crítica: a propósito de juristas repensando as relações entre o Direito e o Estado. In *Crítica do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984.
- HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. New York: Norton, 1999.
- KLIKSBERG, Bernardo. *Como reformar o Estado para enfrentar os desafios sociais do terceiro milênio*. In *Revista de Administração Pública*, vol.35, março/abril de 2001. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.
- . *Social Management: some strategic issues*. New York: United Nations, 1998.
- KLUGER'S, Richard. *The history of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. New York: Vaden, 1996.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- LIMA Jr., Olavo Brasil de & SANTOS, Wanderley Guilherme, Esquema geral para a análise de políticas públicas: uma proposta preliminar. In: *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 10(2):241-56, abr/jun. 1976.
- LUÑO, Antonio E. Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1996.
- MARTINS, Ana Luiza. *República: um outro olhar*. São Paulo: Contexto, 1992.
- MOISÉS, José Alvaro. *Cidade, povo e poder*. Rio de Janeiro: Centro de Estudos de Cultura Contemporânea/Paz e Terra, 1982.
- MORAND, Charles-Albert. *Le Droit neo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 2001.
- MOURÃO, Cezar Roberto. *A República e as repúblicas*. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma. do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV,1999.
- RUSSOMANO, Rosah na obra *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro:Freitas Bastos,1978.
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- . *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SKOLNICK, Jerome H. & BARLEY, David. *Nova Política*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo:Edusp, 2002.
- STRECK, Lênio Luis & MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracy Realized*. New York: Verso. 1998.
- WARAT, Luis Alberto. *Fobia al Estado de Derecho*, in *Anais do Curso de Pós-graduação em Direito*, Universidade Integrada do Alto Uruguais e Missões - URI,1994.
- XESTA, Fernando y VAZQUEZ, Ernesto. *La Orden Civil de la Republica. Ciudadania y distincion en el Estado Igualitario*. Madrid: Civitas, 2001.