Número 24 – dezembro/janeiro/fevereiro 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

REPENSANDO O ESTADO CONSTITUCIONAL: CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO, INEXISTÊNCIA, EXTINÇÃO E DEFICIÊNCIA

Valdir Ferreira de Oliveira Junior

Professor Assistente de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Pesquisador e Líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais da UESC; linha de pesquisa: Teoria Contemporânea dos Direitos Fundamentais. Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Direito do Estado pela FVC e Graduado em Direito pela UESB.

Resumo: No tema específico deste trabalho, objetivamos promover um estudo profundo sobre a concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas, buscando novos critérios de otimização dos direitos, garantias e remédios constitucionais fundamentais, propiciando, à luz do neoconstitucionalismo, reflexões críticas para aumento da força normativa, social e política da Constituição da República Federativa do Brasil. Apresentamos a hipótese de que a concretização dos direitos fundamentais deve passar por critérios diferenciados de ponderação, oferecendo novos contornos para definição do que se entende por norma constitucional, analisando-a sob o prisma do pensamento possibilista (realidade-necessidade-possibilidade) e solidarista. A partir de pesquisas bibliográficas e documentais, priorizar-se-á aqui o método lógico dedutivo, sem abandonar as possibilidades oferecidas pelo método indutivo, a partir da análise de casos concretos.

Palavras-chave: Política pública. Direitos fundamentais. Controle judicial.

Abstract: The specific theme of this work, aimed at promoting deeper study about the contemporary theory of fundamental rights, seeking new criteria for optimization of rights, fundamental constitutional guarantees and remedies, providing, in the light of neoconstitutionalism, critical reflections to increase the strength normative, social and political the Constitution of the Federative Republic of Brazil. We present the hypothesis that the achievement of fundamental rights must go through different weighting criteria, offering new contours for the definition of what is meant by constitutional norm, analyzing it in the light of thought possibility (really-need-opportunity) and solidarity. From documentary and bibliographic searches, prioritizing here the logical deductive

method, without leaving the possibilities offered by the inductive method from the analysis of concrete cases.

Keywords: Public policy. Fundamental rights. Judicial review.

1. Introdução

O presente estudo tem por finalidade apontar possibilidades de controle judicial em face das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, quando se apresentar quadro de lesão ou ameaça de lesão a direito. Tratará do sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e humanos, analisando as novas tendências do direito constitucional na busca pela efetividade das suas normas. Trabalhará com a hipótese de existência de três tipos de normas constitucionais: norma-regra; norma-princípio e norma-política pública. Ao final buscará estabelecer critérios para garantia de direitos através do controle judicial das políticas públicas.

2. Sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais

O sistema constitucional e interconstitucional de garantias e concretização dos direitos fundamentais e humanos, enquanto criação humana, jamais poderia divergir da natureza do seu criador: falível e em constante mutação, em busca de respostas mais eficazes para proteção dos mais diversos interesses. Saúde, lazer, moradia, liberdade, dignidade, educação, alimento, família, segurança, propriedade-função social, trabalho, vida, igualdade, paz, meio ambiente sadio e sustentável e os demais bens jurídicos fundamentais, constituem, de maneira interdependente, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas de qualquer ser humano. A maximização dos seus efeitos constitui o projeto de vida dos integrantes das mais diversas culturas.

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente (visão cartesiana). Tais direitos existem num contexto de solidariedade objetiva e subjetiva. Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente e a negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva). Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da nossa própria condição humana (solidariedade subjetiva). A universalidade através dos direitos fundamentais e humanos constitui a possibilidade de realização do sonho kantiano de uma ética universal

A idéia de solidariedade traz, dentre outros aspectos, dois grandes impactos no pensamento constitucional. O primeiro deles diz respeito aos direitos fundamentais e sua inserção no constitucionalismo global por meio de cartas constitucionais supranacionais ou da recepção dos direitos humanos incorporados em tratados internacionais através de cláusulas constitucionais de abertura (art. 5º, § 2º e § 3º da Constituição Federal do Brasil). O segundo impacto cria novo paradigma na compreensão da Organização do Estado Constitucional, tanto no aspecto externo (princípio da cooperação, interdependência, interconstitucionalidade, interculturalidade, democracia inclusiva e cidadania supranacional), quanto interno (princípio da capacidade de servir, pluralismo, felicidade, multiculturalismo, tolerância, cidadania multidimensional, democracia negativa).

Revelar possibilidades de compreensão e concretização do pensamento solidarista constitui o novo marco teórico da nossa pesquisa e do pensamento e sentimento constitucional contemporâneo. Em nossa trajetória, buscaremos traçar caminhos para que as escolhas constitucionais (legislativas, judiciais, executivas, orgânicas ou populares) se aproximem da idéia de justiça, fomentando e realizando a felicidade humana.

A concretização dos direitos fundamentais a partir de políticas públicas infraconstitucionais passa, inicialmente, pela análise da compatibilidade entre tais políticas e o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais e, nesse contexto, pode-se depreender que as políticas públicas definidas legislativamente, num espaço de democracia participativa, devem otimizar os mandamentos constitucionais fundamentais, favorecendo a sua aplicabilidade imediata e impondo aos poderes públicos a impossibilidade de retrocesso social em termos daquilo que já foi alcançado e o dever de progresso para alcançar Nov\as possibilidades de concretização.

A omissão do poder público na garantia de direitos fundamentais (liberdade, segurança, saúde, moradia, educação, lazer, proteção integral às minorias etc.) impõe controle judicial efetivo, permitindo ao Poder Judiciário exercer ativamente o controle dos demais Poderes. As ações civis públicas constituem o principal instrumento de controle destas omissões inconstitucionais.

Por maior que seja o esforço em revelar novas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais e compreender o fenômeno constitucional, será vã sem a clara percepção de que a as ***políticas públicas passam por controle de constitucionalidade em virtude de sua***:

a) **Inexistência**: a omissão inconstitucional impõe ao poder judiciário o dever de condenar o poder omisso em obrigação de fazer, quando se tratar de omissão executiva, atuando como ***administrador positivo***; em se tratando de omissão legislativa, a partir do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, cabe suprir a ausência de lei atuando como ***legislador positivo***, tendo o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais como critério de orientação axiológica (valor) e deontológica (dever-ser), fixando o plano ontológico (ser) para estabelecer o âmbito normativo (contexto fático) que exercerá forte influência no processo de construção da norma jurídica;

b) **Deficiência:** controle da otimização e do dever de progresso[1] – com fundamento no princípio constitucional da eficiência, toda atuação do poder público deve ser sempre otimizada, mesmo os atos administrativos vinculados e principalmente os discricionários, passando por controle de eficiência. As leis penais que não protegem de maneira eficiente o bem jurídico também se submetem a tal controle (proibição de proteção deficiente);

c) **Extinção**: vedação de desamparo social – as política públicas existentes não podem sofrer extinção sem que sejam substituídas por outra capaz de oferecer igual ou melhor proteção aos direitos fundamentais. Existe cláusula vedativa de extinção expressamente imposta ao Poder Constituinte Derivado (CRFB, art. 60, §4º, IV) com relação aos direitos fundamentais e por consequência ao seu sistema de proteção;

d) **Retrocesso**: A vedação do retrocesso significa que diante das possibilidades fáticas e jurídicas, as políticas públicas existentes não podem sofrer retrocesso. Aquilo que já foi conquistado em termos de proteção e concretização de direitos fundamentais, por meio de políticas públicas, deve ser mantido.

Não há caminhos para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através de políticas públicas que ofereçam proteção adequada e eficiente, orientadas pelos princípios instrumentais da vedação de retrocesso, do dever de otimização, da garantia do núcleo essencial mínimo dos direitos (mínimo existencial) e da proteção às minorias.

Devemos oferecer uma via interpretativa que confira uma maior efetividade ao regime jurídico-constitucional de proteção aos direitos fundamentais, com vistas à adequação da realidade social ao Texto Constitucional. Aprimorar os instrumentos constitucionais garantidores da concretização desses direitos, verificando seu alcance e eficácia é o principal objetivo deste trabalho.

Analisando a eficácia das atuais políticas públicas infraconstitucionais que concretizam direitos fundamentais, tendo como parâmetro de controle (por via de ação ou omissão) as políticas públicas fundamentais estabelecidas no art. 3º da Constituição Federal, percebemos a falta de interdependência entre o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais e as políticas públicas infraconstitucionais (sejam elas federais, estaduais ou municipais). Muitos membros do Poder Executivo, e até mesmo do Judiciário, ainda confundem política pública com política de governo. Política pública é espécie de norma jurídica.

[1] Sobre os deveres de otimização: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; Sobre os deveres de progresso e proibição de retrocesso: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

É fundamental para compreensão do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, sistematizar os critérios de solução de conflitos entre tais direitos, já que um direito fundamental só é passível de restrição em conflito com outro direito fundamental de igual ou superior relevância (concretamente estabelecida), a partir de uma ponderação de interesses, orientada pelos critérios da **razoabilidade** (afastar decisões absurdas) e da **proporcionalidade** (dentre decisões não absurdas, escolher a mais **adequada** – resolve o problema ou fomenta a sua solução; **necessária** – menos gravosa; e **proporcional em sentido estrito** – quanto maior a restrição de determinado direito, maior deve ser a realização do outro)[2].

Devemos compreender os direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões (interprivada ou horizontal, vertical, institucional, procedimental, objetiva, subjetiva, negativa, positiva, ativa e passiva), conferindo-lhes unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade e evolução dos direitos fundamentais.

Após estas observações, concluímos que é necessário identificar o sistema constitucional de proteção e concretização do Mínimo Existencial, estabelecendo inicialmente novos parâmetros de aferição do seu conteúdo, como a proibição de retrocesso, o dever de solidariedade e a inaplicabilidade da reserva do possível, todos filosófica e juridicamente orientados pelo pensamento possibilista desenvolvido por Häberle em seu *Pluralismo y Constitución* (na construção da norma jurídica buscar a interseção entre realidade, necessidade e possibilidade).

A inserção da Constituição Federal como projeto estrutural fundamental de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, num Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos dessa mesma sociedade, demanda a existência de um sistema constitucional que propicie a concretização desses valores em sua máxima efetividade[3].

A realização dos direitos fundamentais, muito além do seu conteúdo dogmático, passa pelo contexto da cidadania inclusiva e multidimensional[4], em que se criam espaços de cooperação para redução das desigualdades sociais e concretização da solidariedade. A cidadania inclusiva reflete o processo de conscientização social e a realização dos direitos fundamentais básicos, essenciais à condição humana. O educar para a cidadania (art. 205 da Constituição Federal de 1988) demandará a concretização do que denominamos *cidadania solidária*, com novos reflexos na relação de interdependência entre: Estado, sociedade, grupos e indivíduos.

---

[2] Sobre aplicação das regras (aplicam-se por subsunção) da razoabilidade e proporcionalidade consultar: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[3] Desvelando novas possibilidades de aplicação do princípio da máxima efetividade: SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a Interpretação Constitucional.* São Paulo: LTr, 1999.

[4] Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos.* In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.

Como observa Verdu, um dos motivos que explicam o escasso sentimento constitucional que nossa Carta inspira nos cidadãos é o deficiente ensino que sobre ela é ministrado nos centros escolares[5], daí a importância do conhecimento constitucional, pois não se realiza aquilo que não se conhece. O Conhecimento deve estar norteado pela visão humanística, ética, solidarista, pluralista e transformadora[6].

É inegável que diversas realidades sociais existentes no Brasil encontram-se em plena desconformidade com o texto constitucional, e é o que Konrad Hesse denomina *realidade inconstitucional*[7]. Assim, o importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para essa realidade e fazer aquilo que é necessário para impedir o seu nascimento, ou pô-la novamente em conformidade com a Constituição. Nas palavras de Hesse:

> *A consideração e argumentação jurídica, que está vinculada à normatividade da Constituição carece, por conseguinte, do complemento por considerações político-constitucionais que visam a isto, conservar ou criar essa concordância, produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou então modificar a Constituição*[8].

Destarte, há que se questionar a própria efetividade dos parâmetros constitucionais estabelecidos para tutela dos direitos fundamentais, propiciando tutela adequada às necessidades humanas, com o objetivo de conferir maior proximidade entre texto constitucional e contexto social e assim criar o que Canotilho chama de *identidade reflexiva*[9].

A Constituição é o principal instrumento de defesa social que adquire vida através do processo de concretização das suas normas. Traduz-se no instrumento jurídico conformador do Estado, seu projeto político fundamental. *A Constituição viva é a Constituição concretizada*.

Os deveres de proteção aos direitos fundamentais serão levados a sério quando a independência e harmonia entre os Poderes forem capazes de gerar independência e harmonia para as minorias excluídas do acesso aos direitos fundamentais mais básicos, num caminho necessário à conquista da sua própria condição humana.

---

[5] VERDU, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional – aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157.

[6] Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Conhecimento prudente para uma vida decente – um discurso sobre as ciências revisitado*. São Paulo: Cortez, 2004.

[7] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.* Trad. (da 20ª edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 47.

[8] Ibidem, p. 60 *et. seq.*

[9] A *identidade reflexiva*, termo que Canotilho vai buscar em Luhman (Selbstreflexion dês Rechtssystems, in *Rechtstheorie*, 1979, p. 159 *et seq*), se garante no momento em que se dota a constituição da capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

Por outro lado, a harmonia e independência converte-se em interdependência e cooperação entre os órgãos de soberania (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) na busca de objetivos comuns, constitucionalmente definidos, tendo o destinatário da norma constitucional importante papel no seu processo de construção, interpretação e concretização, pois é o *povo o verdadeiro poder constituinte em constante exercício*, é aquele que descobre, em face das suas carências e necessidades, novos caminhos para a aplicação das normas constitucionais, produzindo verdadeiras mutações constitucionais em conjunto com os órgãos de soberania, em especial com o Supremo Tribunal Federal, receptor e criador das grandes transformações constitucionais do nosso país e guardião de um Texto Constitucional que se constrói – utilizando conhecida expressão de Peter Häberle – diante de uma *sociedade aberta e plural de intérpretes*.

Para levar a Constituição a sério são necessárias algumas reflexões numa perspectiva de mudança: o direito à saúde não se resume ao serviço oferecido pelo Sistema Único de Saúde; todo direito fundamental possui aplicabilidade imediata (inclusive os direitos fundamentais sociais trabalhistas que tratam da participação nos lucros e do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço); existe um direito fundamental ao trabalho como garantia do mínimo existencial; a proteção às minorias é princípio decorrente da própria idéia de democracia; a lei orçamentária é lei material e deve ser cumprida; criminalidade se combate com tecnologia e inteligência e não com violência, é reduzida com oportunidades e alternativas de novos comportamentos e não com prisões. Afinal, o cidadão mais humilde do nosso país, verdadeiro titular o poder, é digno de proteção por aqueles que juraram representá-lo e defender os seus direitos constitucionalmente garantidos (vida, saúde, moradia, lazer, trabalho, segurança, educação, liberdade e igualdade de oportunidade).

3. Estado e políticas públicas de proteção aos direitos fundamentais

O Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza processual e dinâmica tão bem afirmada por Posada[10] - *O Estado é processo*. Mas que também caminha na direção de uma República construída como povo que se governa a si próprio, que decide seus destinos e contribui solidariamente nas decisões políticas fundamentais do Estado[11].

[10] POSADA, Adolfo*. La Idea Pura del Estado.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 11 *et seq.*

[11] Nesse sentido, Claude Nicolet, em *L'Idée republicaine en France (1789-1824)*. Broché: Gallimard, 1995, afirma que a república não se constitui em se deixar governar por um 'dono', uma 'casta' e, a *fortiori*, um 'Estado diferenciado'. A República é povo que governa a si próprio. p. 398 *et seq.*

O Estado Constitucional é conformado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º ao 4º, bem como nos demais dispositivos referentes ao direito constitucional organizatório, legitimando-se na exata medida que consegue garantir e tornar eficazes os direitos fundamentais. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social. Porém, compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico do constitucionalismo solidário, alcançando o que passamos a denominar Estado Constitucional Solidarista.

Não se trata de elaborar uma lista sofisticada de *direitos fundamentais*, mas repensar o papel das Instituições, da sociedade, do Estado e da Ciência do Direito, em torná-los efetivos. Propostas como a máxima efetividade, o mínimo existencial, as proibições de retrocesso e de excesso, os deveres de proteção e de progresso, a vinculação dos setores público e privado aos direitos fundamentais, a eficácia horizontal direta e a teoria da ponderação, constituem possibilidades de afirmação dos direitos fundamentais na realidade social brasileira[12].

O Poder Executivo, no Estado Solidarista, passa a executar novo tipo de norma jurídica: a **política pública** (criada pelo Poder Legislativo e controlada pelo Poder Judiciário, com participação ativa do Ministério Público, Defensoria Pública e do povo na otimização dos seus efeitos). A política pública é um mandamento finalístico, estabelece um fim ou objetivo que fomenta ou realiza determinado direito, passando a compor seu regime jurídico. As **políticas públicas constitucionais** possuem natureza **constitucional-fundamental** conforme ínsito nos artigos 3º e 4º, parágrafo único, da CRFB ou **constitucional-geral**, também previstos nos artigos 23, 43, 182, 193, 196, 201, 203, 205, 206 e 207, 210, 217, 218, da CRFB.

As **políticas públicas infraconstitucionais** (bolsa família, fome zero, educação para todos, centro de apoio a família, habitação popular, incentivo ao pequeno produtor, etc.) em nossa concepção, devem ocupar o referencial concretizador dos direitos fundamentais e humanos, sujeitas aos parâmetros de controle judicial fundamentado nos princípios da proteção eficiente, da cláusula impeditiva de retrocesso e do dever de maximização dos efeitos diante das possibilidades fáticas e preservando o núcleo essencial mínimo (mínimo existencial) de cada direito fundamental ou humano. O *dever de progresso* impõe às políticas de mínimo existencial a sua gradual redução de usuários: quem ingressa no programa "bolsa família" deve ser inserido num programa ou política pública de acesso ao emprego e renda para não mais necessitar daquele amparo social mínimo.

---

[12] Ver nosso: *Os direitos fundamentais e o Estado Solidarista.* (no prelo). Neste estudo propomos novo modelo de concretização dos direitos fundamentais, passando pelo pensamento solidarista e apontando caminhos para a máxima efetividade do sistema constitucional de proteção de tais direitos.

A ausência de políticas públicas concretizadoras dos direitos fundamentais importam em omissão inconstitucional sujeita a controle judicial. Tal controle pode ser provocado em sede de ação civil pública, ação popular, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas dignitate, ou exercício do direito de ação, demandando do magistrado a coragem necessária à proteção e à efetivação das **políticas publicas de proteção aos direitos fundamentais**. Podemos citar como exemplo a manutenção de transporte coletivo gratuito para universitários que estudam em município diverso de seu município de origem (política pública de fomento ao direito fundamental à educação superior). Tal política pública deve ser criada no âmbito legislativo (ou suprida a omissão legislativa inconstitucional através de decisão judicial), não pode sofrer retrocesso social e deve passar pelo dever de otimização e de progresso diante das possibilidades fáticas do município, preservando o núcleo essencial mínimo de proteção. O mesmo raciocínio se aplica às políticas públicas de doação de medicamentos, tratamento de saúde, proteção ao consumidor, saneamento básico etc.

Ao Judiciário atribui-se papel mais (cri)ativo para que sua função se identifique solidariamente com a concretização dos direitos fundamentais e que a jurisdição se afirme como novo elemento de inclusão social[13], contribuindo diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da República.

O Poder Judiciário não atua apenas com ***legislador negativo*** (declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo), atua também como ***legislador positivo*** (decisão em mandado de injunção para suprir a omissão legislativa, atuando na concretização do direito). De igual modo, atua como ***administrador negativo*** (declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade dos atos do Poder Executivo) e ***administrador positivo*** (decisão em que impõe a execução do orçamento para garantia de direitos – Lei Orçamentária como lei material; controle da omissão, do dever de otimização/progresso, da insuficiência/eficiência na execução das leis e políticas públicas, condenando o Estado em obrigação de fazer). Não estamos defendendo aqui a possibilidade de um "Governo dos Juízes", mas a atuação razoável e proporcional do Poder Judiciário, através do ***ativismo judicial*** em face das omissões dos demais Poderes em concretizar os direitos expressos na Constituição Federal.

Na importante e corajosa observação de Carlos Valder Nascimento:

> Se há gastos supérfluos, fraude orçamentária, sem que ninguém seja responsabilizado por isso, debite-se ao festival de impunidade que assola o país. Esse vezo institucional é pródigo em atuar de modo sintonizado contra os excluídos, os párias, os indefesos. Estes sim esquecidos pelo Executivo e Legislativo não podem ficar órfãos do Judiciário a quem cabe reparar esse desvio institucional em curso no país[14].

---

[13] Sobre o último aspecto, identificando a Jurisdição como elemento de inclusão social: MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

[14] NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito Fundamental à Saúde. In: *Tratado de Direito Constitucional. Tomo I.* São Paulo: Saraiva, 2010. Texto cedido pelo autor.

Ao Ministério Público cabe maior participação na proteção dos interesses das minorias carentes, passando de fiscal da lei a construtor do projeto constitucional de uma ordem jurídica materialmente justa, esse o sentido solidarista a ser atribuído ao art. 129, III da CFRB[15]. As Ações Civis Públicas constituem remédio fundamental no processo de fiscalização e defesa dos cidadãos em face das omissões inconstitucionais.

A Defensoria Pública na defesa dos necessitados, com os novos instrumentos que as recentes reformas infraconstitucionais lhe proporcionaram (legitimidade para propor ação civil pública[16], comunicação em no máximo vinte e quatro horas das prisões em flagrantes de pessoas que não possam pagar advogado, etc.) tem acompanhado a nova tendência das reformas constitucionais no sentido de fortalecer a dimensão institucional de proteção aos direitos fundamentais.

Ao Legislativo cabe a tarefa de concretizar, em nível político-legislativo, a partir do texto da norma constitucional, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição[17]. Posteriormente lhe incumbe o dever democrático de produzir leis simples e acessíveis às camadas sociais mais carentes, num diálogo aberto à participação ativa de todos os destinatários da norma; em suma, é preciso legislar objetivando atingir o interesse público primário (do povo) e fundamentalmente em defesa das comunidades carentes de amparo social, político e econômico.

Destarte, realizar os direitos fundamentais partindo de atividade legislativa torna-se possível com uma maior democratização dos processos legislativos e do próprio direito, mas, acima de tudo, em não havendo participação popular no diálogo formativo das leis, respeitando adequadamente a autonomia dos cidadãos individuais, fortalecendo os laços de solidariedade. Afinal, os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa[18].

---

[15] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

[16] Para uma interpretação conforme a constituição da legitimidade da Defensoria Pública para propor a ação civil pública, esta deve estar voltada para defesa dos necessitados, sob pena de violar o princípio de interpretação constitucional da correção ou conformidade funcional.

[17] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.

[18] ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 281.

Em nível executivo, com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos[19]. Nossa Constituição é notadamente dirigente; portanto, grande parte da concretização dos seus preceitos se dá através de políticas públicas ou programas de ações governamentais desenvolvidas pelo Governo[20]. Política pública (preceito normativo que estabelece fins, objetivos ou programas) é espécie do gênero norma jurídica e pode ser objeto de controle judicial, atribuindo-se ao Legislador o dever de estabelecer normatividade suficiente para concretização das políticas públicas fundamentais (art. 3º da CFRB e demais normas programáticas) sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.

Assim, conforme ensina Dirley da Cunha Junior, a expansão do papel do Juiz é exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais, em especial, freqüentemente inviabilizados por inação dos órgãos de direção política[21].

É preciso corrigir o equívoco ainda presente em nossas Instituições que é o fato de não estarem, com raras exceções, a serviço das camadas sociais menos favorecidas. Realizando o que Rawls denomina princípio de igualdade de oportunidades eqüitativas, reforçado por um princípio de redistribuição ou *princípio de diferença*, segundo o qual as únicas desigualdades aceitáveis são aquelas que beneficiam aos mais desfavorecidos[22].

---

[19] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.

[20] Karl Loewenstein possui interessante obra sobre esse assunto: *Political Power and the Governmental Process* publicado em 1957 pela University of Chicago Press, onde ressalta a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle. Em Ronald Dworkin, a política pública é espécie do gênero norma jurídica (*O Império do Direito*).

[21] CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do poder público. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 336.

[22] RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §§ 11-13 e 46.

4. Considerações Finais

Na perspectiva neoconstitucionalista, o Poder Judiciário possui papel (cri)ativo[23]. Não existem questões insuscetíveis de apreciação Judicial, principalmente em face de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. Tal apreciação, de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve conduzir a processo decisório de efeito substancial, em que a concretização do direito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão seja colocada sob o manto de proteção do Poder Judiciário, poder este capaz, em sede de controle de constitucionalidade tanto difuso quanto concentrado (STF), de impor aos demais Poderes os efeitos concretizadores das suas decisões, exercendo o controle judicial efetivo das políticas públicas infraconstitucionais.

As políticas públicas constitucionais e infraconstitucionais exercem função essencial no sistema de proteção aos direitos fundamentais, passando por novos critérios de elaboração, execução e controle conforme exposto no presente estudo.

Quando o Estado e seu sistema de proteção aos direitos fundamentais não forem capazes de garantir a existência digna do seu povo é o momento de repensar a sua própria razão de existência. A via de realização do ideal republicano e democrático é a mesma via de realização dos direitos fundamentais e humanos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores***?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição.** São Paulo: Saraiva, 2004.

[23] O papel (cri)ativo dos intérpretes da constituição no neoconstitucionalismo refere-se à criação de novas possibilidades de efetivar e harmonizar direitos fundamentais em conflito perante a realidade (possibilidades fáticas – adequação e necessidade; possibilidades jurídicas – proporcionalidade em sentido estrito). Não se confunde com discricionariedade em sentido forte (fruto do positivismo ainda impregnado na Lei de Introdução ao Código Civil), onde na ausência da lei o juiz cria o direito aplicando analogia, costumes e princípios gerais do direito (como se princípio não fosse lei-norma). No neoconstitucionalismo, a discricionariedade é aplicada em seu sentido fraco (Ronald Dworkin – *Levando os direitos a sério)*, existe maior segurança jurídica, pois, o juiz e os demais intérpretes da constituição devem decidir com base nos princípios estabelecidos normativamente na Constituição.

DUGUIT, Léon . **Traité de roit Constitutionnel**. Tomo III. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos interpretes da constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Pluralismo y constitución: Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta**. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução da 20.ed. alemã: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. **Political power and the governmental process.** Chicago: University of Chicago Press, 1957.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. **A jurisdição como elemento de inclusão social:** revitalizando as regras do jogo democrático**.** São Paulo: Manole, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitu*cional.*** Trad. Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito Fundamental à Saúde. In: **Tratado de direito constitucional**. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2010 (no prelo).

NICOLET, Claude. **L'Idée republicaine en France (1789-1824).** Broché: Gallimard, 1995.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. O Estado Constitucional Solidarista: estratégias para sua efetivação In: **Tratado de direito constitucional**. Tomo I. Coordenadores: Gilmar Ferreira Mendes; Ives Gandra da Silva Martins e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010 (no prelo).

_____. Fatores de ponderação na interpretação e concretização dos preceitos fundamentais – procedimentos normativo e discursivo. **Revista do Programa de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal da Bahia. S**alvador: UFBA, Nº 13, 2006.

_____. Constitucionalismo multinível: contribuição para a compreensão da Interconstitucionalidade no Estado Constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE). Sa**lvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, 2007. Disponível em: <http/www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 10 de março de 2010.

_____. Existe uma Teoria Geral do Processo? In: **Teoria do processo:** panorama doutrinário mundial. Coordenadores: Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: Podivm, 2007.

POSADA, Adolfo. **La idea pura del Estado.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

POZZOLO, Susanna. **Un constitucionalismo Aabiguo**. Trad. Miguel Carbonell. In: Neoconstitucionalismo(s). Edición de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2003.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Conhecimento prudente para uma vida decente – um discurso sobre as ciências revisitado.** São Paulo: Cortez, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação Constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo (Organizador). A cidadania multidimensional na era dos direitos. In.: **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERDU, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. Repensando o Estado Constitucional: Controle Judicial de Políticas Públicas através da proibição de retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-VALDIR-FERREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Nenhuma informação disponível.