ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS CHAMADAS POLÍTICAS PÚBLICAS

THE POSSIBILITY OF JUDICIAL INTERVENTION IN THE SO CALLED PUBLIC POLICIES

Valéria Maria Lacerda Rocha*

RESUMO: A classificação das normas constitucionais segundo critérios de aplicabilidade e eficácia proporcionou a inclusão dos direitos sociais entre normas de natureza programática, cuja implementação somente poderia ocorrer mediante políticas públicas. As ações governamentais tendentes à implementação dos direitos sociais, por serem consideradas atos discricionários, estariam fora até mesmo do controle judicial, uma vez que os critérios de conveniência e oportunidade ficariam a cargo do administrador público. A intervenção judicial nas políticas públicas ocorrerá quando os critérios escolhidos pelo administrador público não atenderem aos princípios constitucionais vigentes, uma vez que subordinados à ordem jurídica constitucional.
Palavras-chave: Política Pública. Intervenção Judicial. Atos discricionários.

ABSTRACT: The classification of the constitutional norms according to criteria of applicability and effectiveness provided the inclusion of the social rights among the norms of programmatic nature, whose implementation could only occur through public policies. The government's actions leading to the implementation of social rights, because they are considered discretionary acts, would be beyond even the judicial control, since the criteria of convenience and opportunity would be the responsibility of the public administrator. The judicial intervention in public policy will occur when the criteria chosen by the public administrator does not meet the existing constitutional principles, since they are subordinated to the constitutional legal system.
Keywords: Public Policy. Judicial Intervention. Discretionary acts.

* Especialista em Direito Constitucional pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte e Universidade Potiguar, e em Direito Processual pela Escola da Magistratura do Ceará; Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Juíza de Direito no Rio Grande do Norte. *Email*: valeriarocha@tjrn.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca da natureza jurídica das normas de direitos sociais, bem como a possibilidade de intervenção do judiciário nas chamadas políticas públicas.

Inicialmente, procurar-se-á abordar o tema da classificação das normas constitucionais, fazendo-se uma crítica à classificação tradicional, a qual, embora tenha em um primeiro momento colaborado para fundamentar a efetividade dos direitos sociais, posteriormente acabou servindo de justificação para impedir a proteção judicial.

Classificar os direitos sociais como normas programáticas não é uma atitude equivocada; entretanto, buscar, com esta denominação, retirar-lhe a eficácia é que torna inviável tal estudo. Afinal, há muito os direitos sociais são considerados normas fundamentais e, como tal, protegidos pela aplicação imediata prevista no parágrafo primeiro do artigo 5.º da CF/88.

Abordar-se-á, ainda, um pouco sobre a evolução do tema no tocante ao reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais; e, nessa qualidade, não podem ficar à disposição da vontade pessoal ou gerencial dos governantes, inclusive com a previsão dos meios legais de proteção coletiva. Principalmente, porque estes meios permitem muito mais o acesso à jurisdição constitucional do que as demandas individuais e particulares.

Por último, concluir-se-á que as políticas públicas, definidas como ações do governo tendentes a efetivar os direitos sociais, podem e devem sofrer a interferência judicial quando não forem atendidos os objetivos para os quais foram criadas, ou quando sua atuação for deficiente. Embora a doutrina tenha, durante muito tempo, se posicionado desfavorável à revisão ou conhecimento judicial dos atos discricionários, ou exclusivamente políticos, pelo judiciário, este deve sempre atuar quando não for respeitada a Constituição do país.

O poder judiciário está devidamente legitimado pelo parágrafo único do artigo 1.º da Constituição Federal a agir em casos de omissão dos governantes e legisladores. Verificar-se–á, ao longo do estudo, que uma boa parte dos operadores do direito continua atrelada aos ditames tradicionais

da tripartição das funções públicas, de forma rígida e liberalista, sem uma preocupação voltada para um novo quadro delineado com a chamada jurisdição constitucional traçada ao longo da evolução do Estado liberal ao Estado democrático de direito.

2 A CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A SUA EFETIVIDADE

Verifica-se que uma boa parte da doutrina nacional procurou fazer a classificação das normas constitucionais de acordo com a aplicabilidade e eficácia dos efeitos advindos dos dispositivos legais. Esta classificação tradicional, bastante defendida por José Afonso da Silva[1], leciona que as normas constitucionais podem ser classificadas como normas de eficácia plena, contida e limitada.

Segundo os seus ensinamentos, são normas de eficácia plena aquelas que, desde sua entrada em vigor já estão aptas à produção imediata de todos os efeitos nela previstos, não necessitando assim de, norma infraconstitucional para viabilizar-lhe a aplicabilidade. As normas de eficácia contida são aquelas que também estão aptas à produção imediata dos efeitos previstos na Constituição; entretanto, o constituinte originário deixou margem à atuação discricionária do poder público competente, que poderá reduzir os efeitos da norma constitucional por meio de lei infraconstitucional. Há, ainda, as normas de eficácia limitada, cuja aplicação é indireta, mediata e reduzida, haja vista que necessitam de normas posteriores, lei complementar ou ordinária, para permitir o exercício do direito constitucionalmente consagrado.

A professora Maria Helena Diniz[2], levando em conta também a aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, propõe uma mudança de nomenclatura na classificação já defendida por José Afonso da Silva, porém sem grandes alterações de conteúdo. Segundo seus ensinamentos as normas constitucionais são classificadas em: normas de eficácia absoluta, eficácia plena, eficácia relativa restringível e eficácia relativa dependente de comple-

1 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 89-9.

2 DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98-103.

mentação legislativa.

Posteriormente, foram também incluídas, na classificação das normas constitucionais, as chamadas normas programáticas, que nas lições de Jorge de Miranda são:

> comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade); que não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já(ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente determinados [3].

Tal classificação, como bem salienta Cláudio Pereira de Souza Neto, "merece todos os méritos na medida em que forneceu argumentos consistentes para a concessão de maior efetividade à Constituição, já que as tipologias anteriores, por ela substituídas, estabeleciam de plano, a inefetividade de algumas normas constitucionais"[4]. Entretanto, este modo de classificar as normas constitucionais não pode mais prevalecer diante do quadro atual do direito constitucional brasileiro que, segundo Luis Roberto Barroso, "vive um momento virtuoso. Do ponto de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional"[5]

As expressões tradicionais "normas programáticas", "normas de eficácia limitada" acabaram por impedir a efetividade de determinadas normas, principalmente as referentes aos direitos sociais, sob o argumento de que

3 MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 1990, p. 218.
4 BARCELLOS, Ana Paula et al. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.290.
5 BARCELLOS, Ana Paula et. al., op. cit .p.43.

necessitavam da atividade do legislador, não cabendo portanto ao judiciário intervir, sob pena de usurpação de suas funções. O próprio Supremo Tribunal Federal, quando chamado a intervir, opta por decidir levando em consideração a fundamentação material da norma invocada. Em recente julgado, o STF, quando se pronunciou sobre a aplicabilidade do parágrafo 3.º do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, posicionou-se no sentido de que se tratava de norma de eficácia limitada, dependendo de legislação suplementar.

> E M E N T A: TAXA DE JUROS REAIS - LIMITE FIXADO EM 12% A.A. (CF, ART. 192, § 3º) - NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA LIMITADA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO IMEDIATA - NECESSIDADE DA EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELO TEXTO CONSTITUCIONAL - APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR A CF/88 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. A regra inscrita no art. 192, § 3º, da Carta Política - norma constitucional de eficácia limitada - constituí preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado. Ausente a lei complementar reclamada pela Constituição, não se revela possível a aplicação imediata da taxa de juros reais de 12% a.a. prevista no art. 192, § 3º, do texto constitucional.RE 170131 / RS - RIO GRANDE DO SUL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO.

Já em outra decisão, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade da prisão do depositário infiel, quando deixa de cumprir contrato de financiamento bancário com alienação fiduciária em garantia, por dívida que se elevou, em alguns meses, de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24, porque fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Não poderia ser o devedor privado de seu maior bem, a liberdade, por flagrante abuso na incidência de juros excessivos, o que compromete o princípio da dignidade da pessoa humana.

> HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R$ 18.700,00 para R$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67.Ordem deferida. (HC 12.547/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01.06.2000, DJ 12.02.2001 p. 115).

Veja-se que, nestes dois casos, foram dadas soluções diversas, embora se tratasse de normas semelhantes. Deixando, assim, transparecer que o posicionamento dos Tribunais Superiores não está atrelado aos aspectos formais das normas, mas à fundamentação material e política que se apresenta no contexto prático.

Outro critério formalista adotado pela doutrina, como bem salienta Cláudio Pereira de Souza Neto[6], é o que divide os direitos sociais em direitos de defesa e prestacionais, afirmando que os primeiros seriam normas de eficácia plena, ao passo que, os últimos seriam de eficácia limitada. Posição que também não chegou a solucionar o problema da efetividade dos direitos sociais, visto que também repassa a efetivação de tais direitos para as mãos do legislador ordinário e à discricionariedade do governante.

Os direitos e garantias individuais inseridos no artigo 5.º da CF/88, por força do parágrafo primeiro de referido dispositivo legal, possuem aplicação imediata, não necessitando, portanto de intervenção legislativa para a sua efetivação; não obstante, presencia-se uma grande resistência por parte

6 BARCELLOS, Ana Paula et. al. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.296.

dos operadores do direito e, principalmente, do administrador público, em reconhecer que os direitos sociais, embora não inseridos formalmente nas disposições do artigo 5.º, são verdadeiramente direitos fundamentais, passíveis, portanto, de aplicação imediata, por incidência do parágrafo único do referido artigo.

3 A NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO NORMA PROGRAMÁTICA

Percebe-se claramente que os direitos sociais foram relegados, pela doutrina tradicional, à condição de normas "programáticas", cuja eficácia e exigibilidade dependiam da ação positiva dos Poderes Legislativo e Executivo, não cabendo assim ao indivíduo socorrer-se do Poder Judiciário no sentido do seu cumprimento, haja vista que se tratava apenas de expectativas de direitos, os quais seriam implementados segundo a conveniência e disponibilidade das políticas públicas a serem desenvolvidas nos planos governamentais, e de acordo com as dotações orçamentárias.

Efetivamente, não é de todo falsa a afirmativa de que os direitos sociais fundamentais possuem natureza de norma jurídica programática. Incorreto é filiar-se ao pensamento de que, por serem normas programáticas, não possuem efetividade e aplicabilidade imediata, haja vista estarem condicionadas, unicamente, à vontade política e à discricionariedade de legisladores e governantes, considerados sobreditos direitos como inaplicáveis até que sejam adotadas as medidas necessárias a sua implementação.

Os direitos sociais devem ser entendidos como normas constitucionais que "definem metas e finalidades, as quais o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização. Essas normas-programas prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. Elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável"[7].

Os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, respondem aos anseios da sociedade. Não estão a serviço de interesses particulares, in-

7 ANDREAS. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanh.** [s.n.]: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 20.

dividuais, mas, sim, de toda uma coletividade, almejando atenuar os efeitos da desigualdade social, principalmente nos países periféricos.

> Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação com princípios-condição da justiça social.
> A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos[8].

Assim, dada a sua importância, os direitos sociais não podem ser vistos como inaplicáveis e sem efetividade, sob pena de se desacreditar na própria ordem constitucional vigente. Continua o professor Andreas Krell seus ensinamentos, afirmando que "os Direitos Fundamentais Sociais da Carta de 1988 exercem um importante papel, cumprindo ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa e, acima de tudo, conscientizadora".[9] Ademais, sendo normas programáticas, estão a apontar para finalidades futuras, e a servirem de pauta para movimentos reivindicatórios que lhe objetivem a implementação.

Os direitos sociais possuem natureza de normas fundamentais e, assim, estão amparados pelo parágrafo primeiro do artigo 5.º da CF/88, que preceitua serem as normas de direitos fundamentais de aplicação imediata. E, sendo de aplicação imediata, não necessitam necessariamente de uma lei, para a produção de seus efeitos. "A sua regulamentação quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos".

Entretanto, a função do dispositivo constitucional de aplicação imediata dos direitos fundamentais (parágrafo primeiro do art. 5.º da CF/88),

8 ANDREAS. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. [s.n.]: Sérgio Antônio Fabris Editor, [S.d.]. p.23.

9 Idem.

com relação aos direitos sociais, será a de servir aos órgãos estatais como tarefa principal na efetivação desses direitos, criando condições materiais para a sua realização. Devendo entender-se, como eficácia jurídica, a capacidade que tem uma norma constitucional para produção de seus efeitos. E, como efetividade, o desempenho concreto da função social do direito, ou seja, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais.

4 AS TUTELAS COLETIVAS COMO MEIOS DE PROTEÇÃO OS DIREITOS SOCIAIS

A constituição alia, aos direitos civis e às liberdades públicas, os direitos sociais, que transpassam a esfera privada e individual, para alcançar interesses gerais, coletivos; interesses estes que a professora Geísa de Assis Rodrigues[10] denomina de direitos transindividuais, gênero em que são espécies os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Segundo a legislação, os direitos difusos são "de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato(CDC)". Pode-se citar, como exemplo, uma fábrica que gera empregos em uma pequena cidade, mas que se encontra poluindo o meio ambiente.

Também, segundo o CDC, são direitos coletivos os "de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base". Exemplificando, ter-se-á a possibilidade de o sindicato negociar a redução da jornada de trabalho, com a respectiva redução salarial.

Já os direitos individuais homogêneos apresentam maior dificuldade conceitual. Entretanto, caracterizam-se por serem direitos individuais de parcela relevante da sociedade, número determinável ou de difícil determinação, ligados por questões de fato ou de direito. São disponíveis, na maior parte dos casos, por serem de natureza patrimonial, cuja reparação deve ser direta ao interessado.

Para a defesa desses direitos transindividuais, o Estado Democrático de Direito adotou mecanismos de tutela judicial e extrajudicial, promovendo assim o acesso à Justiça. A proteção coletiva desses direitos permite o verdadeiro acesso à

10 RODRIGUES, Géisa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

prestação jurisdicional, fato este que, em demandas individuais, não seria permitido satisfatoriamente. A CF/88, em vários dispositivos, garante a tutela coletiva dos direitos, como por exemplo: a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a defesa coletiva por associação e sindicato, as ações diretas de constitucionalidade etc. Estabelece, ainda, as funções institucionais do Ministério Público.

> Por isso afirmamos que o Estado democrático de Direito tem como decorrência fundamental a proteção coletiva desses direitos, porque a tutela estritamente individual não permite o verdadeiro acesso à justiça dessas demandas. A Constituição Federal brasileira de 1988 garante, em vários dispositivos, a tutela coletiva dos direitos como por exemplo ao prever a ação popular e a defesa coletiva que a Associação e o Sindicato podem fazer de seus associados [11].

A inexistência das tutelas coletivas ensejaria uma profunda injustiça, uma vez que somente seriam protegidos aqueles que tivessem força para recorrer para os tribunais, impondo, de fato, uma limitação ao princípio da isonomia. As tutelas coletivas foram consagradas pela Constituição Federal de 1988 como consequência da própria adoção do Estado Democrático de Direito, devendo servir tal fato como fundamentação para a legitimidade do poder judiciário, no sentido de atuar sempre que direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos sejam violados ou ameaçados.

> A tutela coletiva permite que o cidadão tenha uma nova perspectiva da atividade jurisdicional, já que o processo coletivo é mais participativo, ou porque ele é provocado pelo cidadão, ou pela associação ou sindicato nos quais participa, ou pela amplitude dos beneficiários da decisão judicial [12].

De fato, hoje, vários são os meios e os legitimados a exigirem a efetivação dos direitos metaindividuais, embora ainda tênue as ações propostas, e tímidas as decisões proferidas.

11 RODRIGUES, Geísa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**. Forense: Rio de Janeiro. 2002. p. 37

12 RODRIGUES, Geísa de Assis. op. cit. p. 38.

5 A POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS CHAMADAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já visto anteriormente, durante certo tempo negou-se efetividade e eficácia aos direitos sociais, por se entender que são normas cuja aplicabilidade necessita da ação do poder público, legislativo ou executivo. Subtraía-se até mesmo a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, com objetivo da proteção de referidos direitos, haja vista constituir-se mera expectativa de um direito subjetivo.

Aliado a isso, estava a Teoria da Separação dos Poderes, aplicada segundo os ditames da doutrina liberalista de Montesquieu, impedindo o Judiciário de adentrar a questão da discricionariedade e oportunidade da atividade do administrador público, o qual, dentro do que lhe permitia a legislação, seria o responsável por optar quando uma ou mais ação fosse desenvolvida na realização dos direitos sociais.

Alguns fatores contribuíam, ou contribuem, para incentivar a inatividade do Judiciário quanto à intervenção judicial dos atos do administrador público. Entretanto, atualmente a doutrina da triparticipação dos poderes, conforme inicialmente pensada, e que serviu para o Estado Liberal Burguês, não pode nem deve prevalecer no mundo globalizado, centrado em uma economia de massa, pelo que, mais coerente seria falar em interdependência de funções, ou tarefas, entre os três poderes constitucionalmente constituídos.

Verifica-se que uma singela parte dos operadores do direito tem tomado rumos diversos, entendendo que caberá ao Poder Judiciário a realização dos direitos sociais, sempre que ausente ou inconstitucional a atuação do poder executivo ou legislativo. Defendendo que sendo os direitos sociais normas de natureza fundamental, que saem do plano meramente programático para adquirir status de normas de aplicação imediata, e cabendo ao poder público empreender todos os esforços em sua implementação ou, ao menos, buscar garantir a máxima efetividade e eficácia possível, sob pena de conduta inconstitucional omissiva ou comissiva. Tais direitos podem ser invocados pelos interessados, a todo e qualquer momento, cabendo, inclusive, a intervenção do Poder Judiciário na realização dos direitos sociais, que, Segundo o prof. Lênio Streck,

> em face das profundas alterações paradigmáticas ocorridas na teoria do Estado e da Constituição, a noção de Estado Demo-

> crático de Direito pressupõe uma valorização do jurídico, e, fundamentalmente, exige a (re)discussão do papel destinado ao Poder Judiciário(à justiça constitucional) nesse (novo) panorama estabelecido pelo constitucionalismo do pós-guerra, mormente em países como o Brasil, cujo processo constituinte de 1986-88 assumiu uma postura que Cittadino muito apropriadamente denomina `comunitarista', onde os constitucionalistas (comunitaristas) lutaram pela incorporação dos compromissos ético-comunitários na Lei Maior, buscando não apenas reconstruir o Estado de Direito, mas também resgatar a força do direito, cometendo à jurisdição a tarefa de guardiã dos valores materiais positivados na Constituição [13].

Mauro Cappelletti chega, inclusive, a defender o surgimento "de um terceiro gigante", que seria o Judiciário como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã para a realização dos direitos sociais.

O magistrado, nas tutelas coletivas, não cria uma lei, para o que não está autorizado, apenas está a proteger um direito de todos ou de um determinado número de indivíduos. Não se pode, em uma sentença prolatada numa tutela coletiva, identificar todos os beneficiados pela medida, haja vista que os direitos ali protegidos não são individuais, particulares, mas de interesse de toda uma comunidade.

> O que se pretende é justamente demonstrar que o Poder Judiciário tem a legitimidade e o compromisso constitucional com a transformação positiva da realidade social, por ser Poder fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Assim, sempre que o Poder Judiciário for provocado, deverá extrair suas interpretações dos fundamentos e dos objetivos do Estado Democrático brasileiro, os quais estão arrolados expressamente nos artigos 1.º e 3.º, respectivamente, da CF.
>
> Por outro lado, o fato de a Constituição Federal apresentar a harmonia entre os poderes(art. 3.º) não autoriza que um se curve ou silencie diante do outro, mas sim que devem agir harmonicamente na missão comum de transformar positi-

13 STRECK, Lênio Luiz. "O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos-sociais fundamentias" em Palestra proferida no Congresso Internacional "Os desafios constitucionais dos Direitos fundamentais"

> vamente a realidade social. Cada qual dos poderes da União tem constitucionalmente a sua especificação funcional, que não pode ser desvirtuada, seja por força de posturas internas inadequadas, seja por interferências externas ilegítimas [14].

O juiz poderá determinar que um hospital municipal garanta atendimento médico eficiente, retirando pacientes de macas e corredores, inclusive garantido vagas em hospitais particulares, estando, assim, a garantir o direito social à saúde. Poderá, ainda, determinar que um Estado da Federação instale, em um município, uma escola de ensino médio, visto que tal responsabilidade incumbe ao ente público estadual, e na localidade hipotética todos os adolescentes precisam se deslocar a outras cidades, para cursar o ensino médio.

O magistrado, tanto no primeiro como no segundo caso, não estará legislando, e sim garantindo o direito social à saúde e à educação. Hospitais que garantam um atendimento digno é o mínimo que se pode exigir para se permitir o direito à saúde, haja vista que, para o funcionamento de hospitais e escolas, já há, ou deveria haver, previsão orçamentária. Quanto à educação, é obrigação dos Estados garantirem o ensino médio (art. 211, § 3.º da CF/88), e a omissão, no caso, deverá ser prontamente afastada pelo Poder Judiciário.

Excluir da apreciação do judiciário questões desse tipo será relegar toda uma população ao descaso, visto que os direitos sociais à saúde, à educação, à segurança, ao trabalho, entre outros, são necessários para se garantir um direito maior, que é o direito à vida.

São as políticas públicas as ações do governo tendentes a efetivar os direitos sociais consagrados constitucionalmente. A não-intervenção judicial, em referidas ações, esteve durante certo tempo vinculada erroneamente à idéia de ato discricionário, e como tais não poderiam ser analisadas pelo Poder Judiciário.

Durante muitos anos lecionou-se, nas faculdades, que atos vinculados poderiam ser revistos pelo Judiciário; ao passo que os discricionários, não. O judiciário jamais poderia adentrar o mérito do ato discricionário, sob pena de estar usurpando o poder que lhe fora conferido, haja vista que a oportunidade e a conveniência do ato eram opções do administrador.

Tal entendimento deve, no mínimo, ser repensado, sob pena de continuar-

14 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.152.

-se no caos em que hoje em dia se encontra a efetivação dos direitos sociais. Como bem leciona Rodolfo Mancuso "todo e qualquer ato praticado estar subordinado a Constituição, e como tal poderá ser discutido, questionado a sua validade, mesmo os atos exclusivamente políticos (ex.: acordo de cooperação internacional) , podem ser revistos desde que em confronto com a ordem constitucional vigente". Dando continuidade aos seus ensinamentos, o brilhante mestre leciona que "o campo do judicialmente insindicável se nos afigura muito restrito ou ao menos dentro de uma liberdade vigiada".

"O judiciário invade a esfera do executivo quando tenta sobrepor um critério pessoal a outro critério igualmente admissível e razoável adotado pelo legislador", de acordo com Mancuso.

O juiz poderá atuar, quando provocado, para afastar qualquer lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais, podendo, inclusive, fazer valer os direitos socais, quando a atuação estatal é insuficiente ou omissa na efetivação desses direitos.

6 CONCLUSÃO

Os direitos sociais não possuem natureza programática nos moldes traçados pela doutrina tradicional, a qual, com o tempo, serviu para retirar-lhe a eficácia e a efetividade, devendo ser entendidos como direitos fundamentais protegidos pelo parágrafo primeiro do art. 5.º; não estando desprovidos de eficácia e efetividade por dependerem da atuação positiva dos Poderes Legislativo e Executivo, ao contrário, são prescrições que vinculam a atuação dos três poderes , são normas-programas as quais o legislador, o administrador e o juiz devem elevar quando da valoração da implementação das políticas públicas, uma vez que foram incluídas na Constituição do país, cujo texto tem como meta interesses e objetivos de cunho pragmático, e não meramente programático.

Os direitos sociais, quando efetivados, asseguram a fruição dos direitos civis e políticos, haja vista que, sem educação, saúde ou salário digno, não adiantaria ao homem ser livre. Para que serve a liberdade e a vida se não há atendimento médico adequado, ensino de qualidade ou salário digno? Desta forma, deve-se primeiramente garantir o direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao meio am-

biente saudável, a fim de dar sentido à liberdade individual.

Assim, se os responsáveis por implementarem as ações tendentes a minorar as desigualdades sociais, sob o manto da discricionariedade e da previsão orçamentária, permanecem inertes, ou efetivam ineficientemente esses direitos, caberá aos interessados/legitimados provocar o Judiciário, para que este se manifeste sobre essa irregularidade, afastando qualquer tipo de lesão ou ameaça a direitos fundamentais, e responsabilizando os culpados.

Já não mais poderá prevalecer o entendimento de que atos políticos ou discricionários estão impedidos de revisão pelo Judiciário, sob o manto da idéia liberalista da Separação dos Poderes. Os atos do administrador, quer vinculados, quer discricionários, podem e devem ser revistos pelo judiciário, pois estão subordinados à Constituição. Não havendo usurpação de funções, visto que todos os três poderes estão devidamente legitimados pela carta magna. A intervenção judicial nas políticas públicas é perfeitamente viável, o que não poderá ocorrer é o juiz tentar sobrepor sua vontade pessoal aos critérios legitimamente escolhidos pelo administrador público. Entretanto, caso haja desvio de finalidade, ou escolhas expressivamente inadequadas, mesmo sendo atos exclusivamente políticos, entende-se pela intervenção do judiciário, porque é uma forma de defender os bens públicos, os quais deverão estar a serviço de toda a coletividade, e não apenas de uma pequena parcela da população, ou de interesses particulares do administrador público.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto (coord.)**. A nova interpretação constituição:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COELHO, Edihermes Marques. **Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FARIA, José Eduardo (coord.)**. Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os descaminhos de Direito Constitucional comparado. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Edis (coord.). **Ação Civil Pública**: lei n.º 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 1990.

RODRIGUES, Geísa de Assis. **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. **Congresso Internacional** Os desafios constitucionais dos direitos fundamentais sociais.