

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN EFFECTIVE PROGRAM STANDARDS

Junio Barreto dos Reis

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o problema da dificuldade de efetivar as normas programáticas, tendo em vista que grande parte dessas normas instituiu programas de políticas públicas sem, contudo, estabelecer um mandamento ao administrador público. Em razão da vagueza das normas programáticas, o poder público deixa de efetivá-la e é, nesse momento, que se faz necessária a presença do Poder Judiciário para garantir ao cidadão o acesso a um direito fundamental. Será demonstrado que existem duas objeções quanto à atuação do Poder Judiciário na efetivação das normas programáticas, qual seja, reserva do possível e o princípio da separação dos poderes. Contudo, verifica-se que já se encontra consolidada na doutrina e na jurisprudência que é cabível a atuação do Judiciário na efetivação de normas programáticas, tendo em vista que no conteúdo dessas normas encontram-se esculpidos direitos fundamentais. Porém faz-se necessário analisar o caso concreto para que não haja usurpação de Poder.

Palavras-chave: Normas Programáticas; Separação de Poderes; Teoria da Reserva do Possível.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the problem of the difficulty of executing the program standards, considering that most of these standards established public policy programs without, however, establish a command to the public administrator. Due to the vagueness of the standards program, the government fails to make it effective and is, at this point, it is necessary the presence of the judiciary to ensure that every citizen has access to a fundamental right. It will be demonstrated that there are two objections to the judicial power in the execution of program standards, namely, possible reserves and the principle of separation of powers. However, there is already consolidated in doctrine and in jurisprudence, which is the appropriate role of the judiciary in the effectiveness of program standards, given that the content of these standards are carved fundamental rights. But it is necessary to analyze the case that there be no usurpation of power.

Keywords: Programmatic Standards, Separation of Powers; Theory of Possible Reserve.

1. INTRODUÇÃO

O estudo, aqui desenvolvido, tratará das normas constitucionais programáticas, notadamente sobre a sua eficácia e da possibilidade destas gerarem direito subjetivo individual.

Todas as normas que pertencem à Constituição da República Federativa do Brasil são consideradas constitucionais, o que as diferencia é a densidade normativa.

Partindo dessa premissa, discorrerá sobre a classificação das normas constitucionais que, segundo o entendimento de José Afonso da Silva, classificam-se em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, sendo a última dividida em normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático.

As normas constitucionais de princípios programáticos se destacam pelo seu conteúdo social e pela sua amplitude. Em virtude disso, o Poder Público argumenta quem razão dessa norma não determinar um fim específico, a sua efetivação fica comprometida.

Estaria o Poder Judiciário legitimado em complementar essas normas e garantir um direito subjetivo na forma positiva pleiteado pelo cidadão?

Estudar-se-á duas correntes doutrinárias, a primeira entende que as normas programáticas apenas gerariam um direito subjetivo na forma negativa, tendo o Estado que se abster em editar leis que contrariam as normas programáticas. A segunda corrente discorrerá que em razão de todas as normas terem certo grau de eficácia, certamente o Poder Judiciário deverá garantir alguns direitos em determinadas ocasiões.

Por outro enfoque, analisar-se-ão as objeções quanto à atuação do Poder Judiciário em instituir políticas públicas e gerir recursos públicos.

Por fim, estudar-se-á quais os limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário na instituição de políticas públicas e gerência de recursos públicos para que não haja colisão com outros princípios determinados na Constituição Federal.

2. NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.2. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Todas as disposições constantes em uma Constituição rígida são consideradas normas constitucionais, não interessando para os fins de eficácia a diferenciação entre normas

constitucionais materiais e formais, tendo em vista que todas elas, por natureza, detêm supremacia no ordenamento jurídico e força vinculativa. (SILVA, 2001, p. 68).

Mas nem sempre a Constituição foi considerada norma jurídica; sustenta-se, ainda que minoritariamente, que a Constituição é uma carta política que instituiu meros programas com diretrizes políticas, sem conteúdo jurídico e força imperativa. (CANOTILHO, 1994, p. 152).

Ana Paula de Barcellos reconhece que todas as normas constitucionais são normas jurídicas, mas lembra que é necessário descobrir “*qual a nota essencial da norma jurídica que se atribui às normas constitucionais em geral para que se possa legitimamente designá-las como jurídicas*” (2008, p. 31). Em seguida, a mesma autora coloca que o ponto central das normas jurídicas constitucionais são a superioridade, imperatividade de seus efeitos e coercitividade. E caso a norma jurídica constitucional não seja respeitada e aplicada, mister se faz socorrer-se ao Judiciário para fazer cumpri-la. (2008, p. 31).

Já se encontra praticamente pacificado na doutrina que todas as normas constitucionais detêm eficácia jurídica; o assunto se polemiza quanto ao grau de eficácia de alguns enunciados constitucionais que, em razão de sua subjetividade, tornam-se de difícil aplicação, necessitando de uma atuação concreta do legislador ordinário.

Ruy Barbosa, ao comentar o art. 34, inciso XXXIV, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, que competia privativamente ao Congresso Nacional, “*decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição*”, leciona que “*nem todas as disposições constitucionais são auto-aplicáveis. As mais delas, pelo contrário, não o são. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a acção legislativa, para lhe tornar efectivos os preceitos*”. (1993, p. 488)

Sobre a eficácia das normas constitucionais, o autor continua lecionando que,

Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de acção essenciaes ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a se exercitarem. (1993, p. 489).

Seguindo esse raciocínio, José Afonso da Silva entende que algumas das normas constitucionais não possuem plena eficácia, por essa razão a Constituição conferiu ao legislador ordinário a edição de leis que as complementem. Com isso, o autor elaborou classificações de normas constitucionais segundo o “grau de seus efeitos jurídicos”: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, normas

constitucionais de eficácia limitada, com duas subespécies, normas de princípios institutivo e normas de princípio programático.

2.3. CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.3.1. Normas Constitucionais de eficácia plena

As normas constitucionais de eficácia plena começam a produzir efeitos desde o momento de sua promulgação. Sua aplicabilidade é direta, imediata e integral. Direta, pois não dependem de uma norma posterior para produzirem seus efeitos; são auto-aplicáveis e auto-executáveis. Imediata, em razão de possuírem todos os elementos essenciais para sua executoriedade; seus efeitos se iniciam a partir que entra em vigor. Integral, não sofrem restrições para sua aplicabilidade. (SILVA, 2001, p. 101).

Exemplificando, José Afonso da Silva menciona que as normas de eficácia plena são aquelas que proíbem, estabelecem isenções, prerrogativas ou imunidades; não indicam procedimentos especiais para sua execução; não necessitem de que sejam elaboradas outras normas que completem seu sentido e alcance. (2001, p. 101).

2.3.2 Normas Constitucionais de eficácia contida

As normas constitucionais de eficácia contida têm aplicabilidade imediata e direta, possivelmente, não integral. Desde a sua promulgação, elas já começam a surtir seus efeitos, porém precisam de atuação do legislador ordinário para restringir seu alcance. Caso não seja elaborada a norma infraconstitucional que restrinjam seus efeitos, ela terá aplicação integral, igualmente as normas de eficácia plena.

Nas palavras de José Afonso da Silva, as normas de eficácia contida

São aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos em que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (2001, p. 116).

Na elaboração do texto constitucional, o constituinte já deixou explícito quando se tratar de norma de eficácia contida. Visualiza-se tal norma quando em seu conteúdo estiverem as seguintes expressões “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “que a lei estabelecer” – exemplos (Arts. 5º, VIII, 5º, XIII, 37, I, Constituição Federal). A referida norma também

poderá ser restringida pelo Poder Público em virtude de seus conceitos vagos, como por exemplo: bons costumes, motivo de ordem pública etc.

2.3.3 Normas Constitucionais de eficácia limitada

As normas constitucionais de eficácia limitada possuem aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, necessitando de que seja desenvolvida uma lei posterior para sua plena eficácia. José Afonso da Silva divide essas normas em duas subespécies: a) normas de princípio institutivo ou organizativo; b) normas de princípio programático. As primeiras “*são aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei*”. As segundas são aquelas, “*através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos (...)*” (2001, p. 138).

Em relação às normas de princípios programáticos, será estudado em capítulo próprio, tendo em vista ser tema central do presente estudo.

3. EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICAS

As normas constitucionais de princípios programáticos surgiram depois de verificada a falência do Estado Liberal que, apenas, protegia as liberdades individuais e se negava em atuar na área social. A Constituição Liberal tratava da estrutura básica do Estado, como competências e poderes, além dos direitos civis e políticos do cidadão; desconhecia-se, portanto, a proteção ao direito ao trabalho, moradia, saúde, previdência social etc.

Diante do abuso do Estado Liberal, iniciou-se um movimento democrático, que clamava pela necessidade do Estado proteger e garantir direitos aos seus cidadãos. Foi, então, que surgiu o Estado Social. O marco do surgimento do Estado Social se deu com a promulgação da Constituição Alemã de Wiemar que, mesmo com suas imperfeições, buscava a proteção da sociedade de um modo geral, e não apenas de um indivíduo. (BONAVIDES, 2004, p. 231).

A grande diferença entre o Estado Liberal e Social são seus objetivos; o primeiro pregava a liberdade e o segundo, a igualdade entre as pessoas, não apenas uma igualdade formal, mas, principalmente, a material.

Com a ascensão do Estado Social, surgiram várias Constituições que já tinham em seu conteúdo programas sociais que obrigavam o Estado a intervir na sociedade com políticas públicas de saúde, previdência social, moradia, proteção ao trabalho etc.

Para melhor compreensão sobre as normas programáticas, convém registrar os conceitos clássicos trazidos por Pontes de Miranda e José Afonso da Silva.

Pontes de Miranda define da seguinte maneira:

Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função. (apud, PIMENTA, 1999, p. 136)

José Afonso da Silva propõe o seguinte conceito:

são programáticas aquelas normas constitucionais através das quais os constituintes, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (2001, p. 138)

De modo geral, as normas programáticas são muito amplas; não estabelecem um objeto certo e determinado; seus conceitos são abertos, indeterminados, dificultando que sejam efetivamente aplicadas pelo administrador público. Essas normas devem ser cumpridas pelo executivo, legislativo e judiciário, porém, em razão de sua aplicação limitada, caberá, muitas vezes, ao administrador agir com discricionariedade para definir qual a melhor forma de colocá-las em prática.

As normas programáticas estão localizadas nas Constituições, em sua maioria, nos direitos fundamentais sociais (direito à saúde, moradia, alimentação, proteção ao trabalhador etc). A grande crítica a esse tipo de norma reside no fato de que ela não possui efetividade, tendo em vista que fica a critério do legislador ordinário elaborar uma lei para que esta possa gozar de uma eficácia “ótima”.

Noberto Bobbio faz uma crítica feroz em relação às normas programáticas que institui direitos sociais. Ele advoga que tais normas estão em defasagem entre seu conteúdo e sua aplicação.

O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente nos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos

sociais foram chamadas pudicamente de 'programáticas'. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de 'direito'? (1992, p. 77-78).

De fato, as normas programáticas já foram muito criticadas em razão de sua difícil aplicação por serem incompletas e abstratas, necessitando de uma atuação do legislador ordinário. Mas, por estarem inseridas no contexto de uma Constituição, essas normas, obrigatoriamente, devem produzir efeitos, mesmo que mínimos.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, as normas programáticas produzem efeitos positivos e negativos:

Estas normas são todas diretivas materiais constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: (1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos actos que a contrariam. (1994, p.315).

José Afonso da Silva apresenta uma lista de determinações objetivas em que normas programáticas produzem eficácia jurídica imediata:

(a) "estabelecem um dever para o legislador ordinário; (b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; (c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram a sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; (d) constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; (f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem." (2001, p. 164)

Para Uadi Lammêgo Bulos, as normas programáticas são de grande valia no texto constitucional e assim descreve:

É engano pensar que elas não servem para nada. Em verdade, os preceitos programáticos produzem efeitos jurídicos sendo aplicáveis nos limites de sua eficácia. Eis as suas linhas gerais: (i) estabelecem o dever do legislador ordinário de os regulamentar, criando situações jurídicas subjetivas de vantagem e desvantagem; (ii) vinculam a função legislativa, administrativa e jurisdicional (eficácia vinculante); (iii) impedem que o legislador ordinário edite normas em sentido oposto ao do direito nelas inserido, (iv) condicionam, de modo pleno e

integral, a produção legislativa futura, paralisando leis que venham a vulnerá-las (eficácia de bloqueio); e (v) apontam o regime político e os fins sociais que informam a ordem jurídica. (2009, p.93-94).

Sobre a eficácia jurídica das normas programáticas, José Roberto Barroso traz diferenciações sobre as determinações objetivas, que são direcionadas aos administradores, e as determinações subjetivas, que ora são direcionadas aos administrados, in verbis:

Objetivamente, desde o início de sua vigência, geram as normas programáticas os seguintes efeitos imediatos: (a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que consubstanciam; (b) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis.

Ao ângulo subjetivo, as regras em apreço conferem ao administrado, de imediato, direito a: (a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou a sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido do preceptivo constitucional; (b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos. (2003, p. 122).

Essa diferenciação realizada pelos doutrinadores acima citados apresenta a polêmica sobre a existência ou não de direitos subjetivos das normas programáticas.

Em síntese, as normas programáticas por terem sido instituídas como programas, sem ter em seu conteúdo um mandamento ao administrador, somente gerariam direitos subjetivos na forma negativa aos cidadãos, ou seja, ao legislador ficaria vedada a instituição de normas que contraponham os programas de ação. Caso o legislador elabore normas nesse sentido, o cidadão pode recorrer ao Judiciário para que essa norma seja declarada inconstitucional.

Mas ainda o que deixa muitas dúvidas nos estudiosos do Direito, refere-se à existência de direitos subjetivos na forma positiva. Isto é, poderá o cidadão recorrer ao Judiciário requerendo a efetivação de um direito que esteja insculpido na norma programática, sem ter sido a mesma regulamentada pelo legislador ordinário?

Teixeira entende que das normas programáticas não podem “*surgir direitos subjetivos em seu aspecto positivo, isto é, como faculdade de exigir uma prestação, pois, se tal fosse possível, essas normas já não seriam programáticas*”. (TEIXEIRA, 2001, p. 361),

Porém existem doutrinadores que ensinam que deve ter uma ponderação na análise das normas programáticas. Convém destacar que nem todas as normas programáticas insculpidas no texto constitucional geram um direito subjetivo na forma positiva, impedindo, dessa forma, que sejam exigíveis seu cumprimento através do Judiciário. De outro lado, na

Carta Magna existem dispositivos que estabeleceu um dever jurídico ao Estado, como por exemplo os arts. 196, 205, 208 e 230, da Constituição Federal.

De outro norte, a Constituição contém normas programáticas em que o Constituinte instituiu como princípios objetivos, que segundo José Joaquim Gomes Canotilho, apenas geram uma tarefa *prima facie* para o Estado em relação à sua concretização, e não um direito subjetivo individual. Traz-se ainda, como exemplo, os princípios de ordem econômica, do artigo 170, da Constituição Federal. (apud, SARLET, 2007, p. 316)

A Constituição traz dispositivos que provocam um dever jurídico ao Estado, que são denominados como direitos prestacionais, nos quais, o cidadão pode imediatamente demandar judicialmente o seu cumprimento, isto é, suscitam direito subjetivo individual na forma positiva.

Nesse passo, direitos prestacionais trazem a ideia de que o Estado fica incumbido de prestar determinados direitos; esses direitos, em sua grande maioria, estão relacionados no catálogo dos “Direitos sociais”, instituídos como direitos de 2ª dimensão, além daqueles que são instituídos em tratados internacionais.

Ingo Sarlet descreve que direitos prestacionais (...) *implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática)*. (2007, p. 217).

Verifica-se que o assunto é áspero, quando se analisam quais direitos efetivamente seriam exigíveis judicialmente, tendo em vista a amplitude das normas programáticas, porém, quando esses direitos que instituem programas estiverem inteiramente ligados à vida e dignidade da pessoa humana, é legítimo que o Judiciário os garanta, analisando o caso concreto.

Mas, de outro lado, defende-se que é impossível à justiciabilidade das normas programáticas em sua forma positiva, frente à separação dos poderes e a reserva do possível.

Esses argumentos serão analisados sucintamente, expondo que deve, sim, respeitar tais objeções, porém não de forma absoluta, pois, se assim for, impossibilitaria o acesso do cidadão a direitos fundamentais. E acima de tudo, as normas constitucionais tornar-se-iam “letra morta”, frente que o poder público ainda é muito omissivo na elaboração de políticas públicas que efetivamente garantam os direitos fundamentais sociais.

4. LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO QUE TANGE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E À RESERVA DO POSSÍVEL

Muito tem se discutido na doutrina sobre a legitimidade de atuação do Poder Judiciário na área de instituir políticas públicas e de gerência de recursos públicos. Quando atua dessa maneira, de certo modo, está-se interferindo na atuação dos Poderes Legislativo ou Executivo.

Diante disso, entende-se que estaria ocorrendo violação ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que ao Judiciário apenas caberia atuar em sua função típica, que seria a jurídica. E ainda, o Poder Judiciário não estaria plenamente capacitado em destinar recursos públicos e execução de políticas públicas frente à sua falta de capacidade técnica. (BARCELLOS, 2008, p. 240)

O professor Régis Fernandes de Oliveira escreve que é descabida a intervenção do Poder Judiciário no orçamento público, pois tal decisão é discricionária do Administrador Público.

(...) a ordem será descabida, caracterizando manifesta interferência do Judiciário no Executivo. Os Poderes têm seus limites e devem ser respeitados, descabendo ao Judiciário interferir na intimidade da decisão administrativa. (2006, p. 404).

Porém, o mesmo autor leciona que, na medida em que a Constituição fixa o cumprimento de um direito fundamental que interfere intimamente na vida e dignidade da pessoa, o Judiciário tem que intervir, uma vez que não está definindo políticas públicas, mas sim, o cumprindo a Carta Magna.

Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados (OLIVEIRA, 2006, p. 405)

O STJ já se manifestou sobre o assunto, no Resp 577836 / SC, entendendo que as normas programáticas precisam da implementação do Poder Judiciário para colocá-las em práticas. Não há discricionariedade do administrador público, quando estiver em “jogo” a efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, in verbis:

(...)

4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. **Ressoa inconcebível que direitos**

consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

(...)

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quicá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, **inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.**

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. **Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.**

(...)(grifei).

Como se pode observar, a atuação do Poder Judiciário para garantir a efetiva aplicação das normas constitucionais de princípios programáticos que apenas traçam diretrizes de políticas públicas, é por demais controversa, haja vista que há aqueles que pregam a prevalência do princípio da separação dos poderes, argumentando que a Constituição garantiu apenas ao Executivo e Legislativo a elaboração e implantação de políticas públicas. Mas não deixa de ter razão o referido entendimento. Todavia, tem-se que levar em consideração que, acima de toda a discussão em torno do assunto, sempre existem

pessoas que estão necessitando urgentemente da efetivação de um direito fundamental que está garantido constitucionalmente.

O Executivo e Legislativo, apesar de terem suas funções típicas, um de executar e o outro de legislar, por vezes são omissos na sua atuação, deixando de garantir um direito efetivo para os cidadãos. Daí, surge a necessidade do Poder Judiciário em atuar para que normas constitucionais sejam plenamente cumpridas. Efetivamente, as normas constitucionais não podem ficar só no campo das promessas, se o Legislativo e Executivo não as cumprem, nada mais que legítimo o Judiciário atuar para suprir essas omissões.

Frisa-se que o Poder Judiciário apenas estará legítimo em atuar quando verificada no caso concreto, a iminência que, se não for garantido aquele direito fundamental pleiteado, o cidadão poderá ver sua vida ceifada ou sua dignidade violada.

Com a tendência das novas decisões do Poder Judiciário que legitimam a sua interferência na execução de políticas públicas, o Poder Executivo deixou, então, de alegar essa objeção formal, e iniciou a argumentar objeção de ordem material para impossibilitar a atuação do Judiciário em sua seara, que é denominada como a Teoria da Reserva do Possível.

A Teoria da Reserva do Possível surgiu em 1960 com uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, no qual se discutia a limitação de vagas nas Faculdades de Medicina de Hamburgo e Munique. Os pretendentes fundamentaram a ação judicial no art. 12, da Lei Fundamental Alemã, que descreve que *“todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”*.

Em contrapartida, o Tribunal Alemão decidiu que o caso *encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade*. (MÂNICA, 2007, p. 173).

Ingo Sarlet também comenta a referida decisão do Tribunal Alemão:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (2007, p. 245).

Analisando, sucintamente, a origem da referida teoria, percebe-se que não se trata apenas da existência de recursos materiais para se colocar em prática um direito fundamental. A origem da teoria da reserva do possível ensina que deve haver uma razoabilidade daquilo que o indivíduo pleiteia para sua efetivação, com o fim de promover a igualdade.

No Brasil, essa teoria tem ganho contornos diferentes da que foi proposta no julgamento alemão, significando que para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, é

necessário que haja recursos financeiros e previsão orçamentária disponíveis. Esses têm sido os grandes argumentos utilizados pelos administradores públicos para inviabilizar a execução de políticas públicas.

Lamentavelmente, o que se vê, em muitos administradores públicos, quando são chamados para colocar em prática um serviço essencial à população, alegam que há um custo para efetivá-lo e, assim, torna-se impossível sua efetivação frente à escassez de recursos. Porém, em muitas vezes, isso não passa de um argumento “folclórico”, com o fim de camuflar a falta de vontade política em priorizar áreas importantes, como a saúde, educação e moradia etc.

Em razão do instituto da reserva do possível ter sido banalizado, tendo em vista do mesmo ser invocado em quase todas as demandas em que o poder público é réu, os Tribunais de plano têm rejeitado tal argumento, exigindo que o poder público comprove a falta de recursos.

Sobre o assunto o STF se manifestou da seguinte maneira:

(...)

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades 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. 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, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – **ressalvada 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 de essencial fundamentalidade.**(grifei)

(...)”STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04.

É de conhecimento que os pleitos em direitos fundamentais são infinitos e os recursos financeiros são finitos, assim, deve haver, também, uma análise do caso concreto para que não inviabilize outras políticas públicas que estão em práticas.

O professor Américo Bedê Freire Junior faz uma alerta, quando da falta de recursos públicos para efetivação dos direitos fundamentais.

é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo (...) antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder (FREIRE JÚNIOR, 2005, p.74).

Com a finalidade de colocar em prática os objetivos e finalidades da Constituição, que é a justiça social, os administradores públicos devem, obrigatoriamente, destinar, primeiramente, recursos financeiros para áreas de maior importância, ou seja, aquelas que estão intimamente interligados com a dignidade da pessoa humana. Não se quer apenas que coloquem em prática as políticas públicas, mas que essas sejam prestadas de forma eficiente, com o escopo de satisfazer as necessidades da população de um modo em geral.

E quando as políticas públicas não forem suficientes, o cidadão deve recorrer ao Poder Judiciário para exigir que seu direito insculpido na Carta Maior seja cumprido. Todavia, não se pode deixar que se generalizem as demandas que exijam o cumprimento das normas constitucionais, sob pena de inviabilizar a atuação do Executivo e Legislativo em instituir políticas públicas e o orçamento público. O Judiciário deve agir com extrema cautela, para não atuar na seara que não é de sua competência e exigir o cumprimento de uma política que se torna impossível colocá-la em prática em um curto espaço de tempo.

Como já analisado, as normas constitucionais programáticas não podem se transformar em “letras mortas” na Constituição; assim, para efetivá-las é necessário o uso da razoabilidade.

Verificado que se torna extremamente necessária a efetivação da norma, sob pena do indivíduo ter sua vida ceifada ou sua dignidade violada, o Judiciário de pleno tem que deferir a medida pleiteada e o Executivo tem que de imediato cumprir - lá para não se sujeitar às sanções da lei. Quando estão em jogo a vida e dignidade da pessoa, não se pode admitir que os Poderes instituídos fiquem utilizando das objeções, ora estudadas, para não efetivar a norma constitucional; devem, de pronto atendimento, usar de todos os recursos disponíveis para que o direito não seja violado.

Por derradeiro, já se viu que há objeções quanto ao direito subjetivo do cidadão em ingressar no Judiciário para exigir um direito prestacional, sob alegação que estaria havendo disparidade com outros indivíduos da sociedade. Com isso, o mais correto seria o ajuizamento de ações constitucionais para exigir que poder público coloque em prática políticas públicas.

Em que pesem os argumentos daqueles que se filiam à corrente que somente são válidos as ações constitucionais para a efetivação das políticas públicas e, conseqüentemente colocar em ação as normas constitucionais, faz-se mister deixar claro que essas ações

constitucionais podem se estender por um longo período entre a tramitação e a efetivação da norma constitucional e, se está exigindo uma prestação que envolve a vida e dignidade de pessoas, pode acontecer que, no final da demanda, muitos cidadãos já não estejam vivos para verem o cumprimento da norma constitucional.

Derradeiramente, quando envolver vida e dignidade, o indivíduo tem o direito de acesso à justiça, por intermédio de uma ação individual, pleitear junto ao Judiciário que determinado direito seu seja plenamente efetivado pelo poder público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se, ao longo do estudo, que todos os dispositivos constantes em uma Constituição Rígida são consideradas normas constitucionais. Mas há uma divisão doutrinária, da seguinte maneira: parte dessas normas são consideradas diretrizes políticas, sem conteúdo imperativo, de outro lado, considera-se que todas as normas constitucionais têm conteúdo jurídico, havendo, apenas, diferenciação no grau de sua eficácia.

Face disso, apresentou-se a classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva que as considera de eficácia plena, contida e limitada. As Normas constitucionais de eficácia plena produzem efeitos desde que entram em vigor, sendo que sua aplicabilidade é direta, imediata e integral. As Normas constitucionais de eficácia contida, apesar de produzirem efeitos desde sua entrada em vigor, necessitam de uma atuação do legislador ordinário para restringir sua aplicabilidade. As Normas constitucionais de eficácia limitada se dividem em normas de princípio institutivo ou organizativo, conhecida como aquelas em que o constituinte traçou diretrizes de organização aos órgãos públicos; e normas de princípios programáticos, intitulada como aquelas em que o constituinte apenas traçou princípios e programas para observância do Poder Público, sem impor um comando mandamental.

Num estágio inicial, percebeu-se que as normas constitucionais de princípios programáticos surgiram após a falência do Estado Liberal que apenas protegia as liberdades individuais, sendo necessário, a partir disso, que o Estado editasse normas com o escopo de garantir condições mínimas para seus cidadãos, notadamente voltadas aos direitos sociais, tais como, saúde, educação, moradia, previdência social etc.

Porém surgiram muitas críticas às normas constitucionais de princípios programáticos, considerando que estas são muito amplas, vagas e que não estabelecem um objeto certo e determinado, necessitando de atuação do legislador ordinário para que surta eficácia.

É consenso que tais normas somente motivam efeito em sua dimensão negativa, ou seja, é vedado que leis, atos normativos, decisões judiciais, quando editados e decididos, contrariem as normas programáticas.

O que muito se discutiu foi se as normas programáticas gerariam direitos subjetivos na forma positiva. Percebeu-se que a matéria é muito discutida, porém não deixou dúvidas de que o Poder Judiciário deve garantir ao cidadão aquele direito insculpido na norma, sem ainda

ser complementada pelo legislador, pois, caso não seja assim, essas normas tornar-se-iam letra morta.

Verificaram-se duas objeções quanto à atuação do Poder Judiciário na complementação das normas programáticas, que em muitas delas seria necessário o órgão jurisdicional instituir políticas públicas e gerir o orçamento público, quais sejam, o princípio da separação dos poderes e a teoria da reserva do possível.

Notou-se que o Poder Judiciário, quando complementa uma norma, não está usurpando a esfera de outro Poder, apenas está efetivando a norma constitucional de direito fundamental que não fora plenamente efetivada pelo Poder Executivo ou Legislativo; tais normas não podem ficar somente na promessa constitucional.

A teoria da reserva do possível significa que se deve ter uma razoabilidade entre aquilo que o cidadão exige do Estado e a efetivação de um direito fundamental, com o escopo de promover a isonomia. Mas tem-se utilizado dessa teoria como impeditivo para se colocar em prática políticas públicas. Assim, quando se alega perante o Judiciário que não se cumpre determinada norma por falta de recursos financeiros, os administradores têm o dever de demonstrar, categoricamente, a falta deles, sob pena de cumprir o direito pleiteado.

Não há dúvida de que as normas constitucionais de princípios programáticos possuem um grau de eficácia e, sendo assim, elas não podem ficar apenas insculpidas no texto constitucional; é necessário que sejam colocadas em prática. Mas, quando não forem praticadas, o Poder Judiciário é legítimo em atuar como legislador positivo para garantir o direito fundamental. Não se pode deixar de frisar que não se admite que o órgão jurisdicional fique interferindo a todo momento em políticas públicas; deve-se pautar pela razoabilidade. Todavia, quando for verificado no caso concreto que está dependendo do Judiciário para garantir um direito que está intimamente ligada à vida ou dignidade da pessoa que ora pleiteia, não há dúvida de que este deve garantir.

Por fim, esses direitos insculpidos nas normas constitucionais legitimam que o cidadão os pleiteie mediante ações individuais, pois, em muitos deles, exige-se urgência e, no caso de ações constitucionais, delongam tempo para sua tramitação, com isso, inviabilizaria os direitos que estão sendo violados ou prestes a serem.

6. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira: coligidos e ordenados por Homero Pires**. São Paulo: Saraiva & Cia, 1993, v. II: arts. 16 a 40.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas**. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.