



PUC GOIÁS

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS – PUC GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO

MARCELO NARCIZO SOARES

**NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA E O DISCURSO
JURÍDICO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO PELA
ATIVIDADE JURISDICIONAL.**

GOIÂNIA

2012

MARCELO NARCIZO SOARES

**NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA E O DISCURSO
JURÍDICO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO PELA
ATIVIDADE JURISDICIONAL.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Áreas de Concentração: Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento.

Linha de Pesquisa: Relações Sócio-Econômicas.

Orientadora: Prof^a Dra. Eliane Romeiro Costa

GOIÂNIA

2012

Soares, Marcelo Narcizo.
S676n Norma constitucional programática e o discurso jurídico
sobre políticas públicas [manuscrito] : concretização pela
atividade jurisdicional / Marcelo Narcizo Soares. – 2012.
246 f. : 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica
de Goiás, Faculdade de Direito, 2012.
“Orientadora: Profa. Dra. Eliane Romeiro Costa”.

1. Discurso jurídico. 2. Políticas públicas. 3. Atividade
jurisdicional. I. Título.

CDU: 32:34(043)

MARCELO NARCIZO SOARES

**NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA E O DISCURSO
JURÍDICO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCRETIZAÇÃO PELA
ATIVIDADE JURISDICIONAL.**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC GOIÁS, para obtenção do grau de Mestre. Aprovada em 08 de Agosto de 2012, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr^a. Eliane Romeiro Costa
Prof^a. Orientadora e Presidente da Banca
PUC/GOIÁS

Dr. Gil César Costa de Paula
Prof. Membro da Banca
PUC/GOIÁS

Dr. João da Cruz
Prof. Membro da Banca
UFG

Dedico este trabalho aos meus filhos, João Marcelo Ribeiro Soares e Luiz Antônio Ribeiro Soares, que com pouca idade já reconhecem o valor da luta e à eterna lembrança de Cecília Ribeiro Soares, que nos deixou para morar com Deus.

AGRADECIMENTOS

Qualquer nota de agradecimento ao final da execução de um trabalho acadêmico tem a função de revelar a limitação humana de quem o concebeu e de como é fundamental poder contar com a ajuda e a solidariedade das pessoas.

Não há esforço algum que se compreenda isoladamente. A prova disso é esta pesquisa.

Por isso quero agradecer, primeiramente, a DEUS pelas oportunidades que me foram concedidas ao longo da vida. À Sua infinita bondade e justiça confio a minha existência.

Agradeço aos meus pais Luiz Otávio Soares e Iolanda Narcizo Soares pelo amor e confiança incondicionais.

Agradeço à minha mulher, Elizabeth Ribeiro Soares (Betinha), pelo suporte emocional decisivo nesta caminhada.

Agradeço aos amigos e colegas do Mestrado pelas informações precisas para o desenvolvimento deste trabalho, em especial ao Sérgio Franco Leão e ao Dirceu Marcelo Hoffmann.

Agradeço à orientação reveladora e amiga da Professora Eliane Romeiro Costa, aos Professores Gil César Costa de Paula e João da Cruz, às indicações técnicas dos Professores Nivaldo Santos e Maurides Batista de Macêdo Filha, à revisão linguística da Professora Ângela Jungmann, às intervenções pontuais do Rodrigo de Oliveira Caldas, ao Bruno Belém pelo estímulo intelectual, às traduções técnicas do Carlos Stuart Júnior, ao Ricardo Henrique Brito Marques (UNB) pela força, à Heloísa Helena Monteiro Godinho, aos colegas da Comissão de Direito Constitucional e Legislação da OAB/GO e ao Instituto Goiano de Direito Constitucional.

Muito obrigado a todos.

RESUMO

A presente dissertação de mestrado tem como proposta de investigação o discurso jurídico sobre a norma constitucional programática e a sua conseqüente materialização pelos poderes públicos, especialmente em face da atividade jurisdicional. Seu desenvolvimento se dá sobre o eixo do paradigma pós-positivista de interpretação do direito aliado à perspectiva das teorias da argumentação. A hipótese que se busca confirmar é a de que o positivismo jurídico, como marco teórico, não mais se sustenta como orientação normativa capaz de responder às necessidades que a diversidade dos conceitos teóricos e a globalização dos conteúdos de cultura requerem. Em vista das contingências econômicas mundiais, tem-se como certo que os direitos sociais passam por uma tensão oriunda da própria crise do Estado. Nesse rumo, toma-se como primeira análise a norma em si mesma considerada e, ao final, a norma constitucional programática como orientadora das políticas públicas veiculadoras dos direitos sociais e prestacionais. Estabelece-se, também, a hipótese de que regulamentadas ou não, as normas constitucionais programáticas possuem normatividade e eficácia suficientes para que, por meio delas, os poderes públicos possam, de fato, concretizar a vontade constitucional e confirmar a sua força normativa. Perquirir quando, de que forma e em que circunstâncias essa tarefa deve ser cumprida, sem desconsiderar a plêiade de empecilhos que se colocam à frente desse trabalho são, também, os objetivos desta pesquisa. Especialmente no que respeita à atividade jurisdicional, busca-se compreender de que forma a hermenêutica constitucional pode se apresentar como um instrumento eficaz e legítimo para que se estabeleçam os preceitos e a forma como as decisões judiciais se amoldem como parâmetros de realização da justiça.

Palavras-chave: discurso jurídico; norma constitucional; políticas públicas; justiça; atividade jurisdicional.

ABSTRACT

The present master thesis has as a starting point a proposed investigation the legal speech of the constitutional programmatic rule and its material consequences for the political power, specially in confrontation with the jurisdictional activity. Its development applies over the axis of the paradigm of "post-positivist" legal interpretation allied with the perspective of the "speech argumentation theory". The hypothesis pointed seeks to confirm that the legal-positivism, as political stand point, is no longer able to sustain as only orientation for the rules capable to respond to the needs a diversity of theoretical concepts and the globalization of the contents required by culture. Facing the global economic contingencies, it is certain that the social are going through a stress originated by the crisis experienced by the State itself. This orientation the first analysis is taken taking account the rule of law by itself and, in the end, the constitutional pragmatic rule, functioning as a public policy parameter delivering the social rights and welfare policies. It is establish, as well, that the hypothesis adopted considers the constitutional programmatic rules, even if they are not regulated, possess the sufficient normalization and efficiency for, through them, the constituted public powers could, indeed, reinforce the constitutional will and confirm the its regulatory strength. The aim is to ask when, how and in what circumstances this task should be accomplish, considering the wide range of impediments faced by this enterprise are also the goals of this research. In special concern of the jurisdictional activity, in the search to comprehend in which way the constitutional hermeneutic can be posed as efficient and legitimate instrument to establish the precepts and shape in which the courts decisions are embedded as a parameter of the accomplishment of justice.

Key-words: legal speech; constitutional rule; public policies; justice; jurisdictional activity.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABLJ – Academia Brasileira de Letras Jurídicas

CEBR – Sigla em inglês para Centro de Economia e Pesquisa de Negócios

CEPAL – Comissão Econômica para a América Latina e Caribe

CF – Constituição Federal

CGU – Controladoria Geral da União

CONALIS – Coordenadoria Nacional da Liberdade Sindical do Ministério Público do Trabalho

CPI – Sigla em inglês para Índice de Corrupção Percebida

ENAFRON – Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras

FIESP – Federação das Indústrias do Estado de São Paulo

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

IMO – Intermediação de Mão de Obra

INF – Informativo

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

MI – Mandado de Injunção

OCDE – Sigla em francês para Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

NUPP's – Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas da Universidade de São Paulo

PIB – Produto Interno Bruto

PlanSeqs – Planos Setoriais de Qualificação

PlanTeqs – Planos Territoriais de Qualificação

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

PPA – Plano Plurianual

RFA – República Federal da Alemanha

SENASP – Secretaria Nacional de Segurança Pública

SINE – Sistema Nacional de Emprego

SIPS - Sistema de Indicadores de Percepção Social

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

UNCTAD – Sigla em inglês para Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
RESUMO	6
ABSTRACT	7
LISTA DE ABREVIATURAS	8
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 - O DISCURSO JURÍDICO-NORMATIVO	22
1.1 O discurso jurídico	23
1.2 O discurso normativo	32
1.3 A pragmática universal de Habermas aplicada ao discurso jurídico contemporâneo	38
1.4 Teoria da norma jurídica	47
1.4.1 Norberto Bobbio e a teoria da norma jurídica	51
1.4.1.1 O problema da justiça	53
1.4.1.1.1 Uma norma pode ser justa sem ser válida.....	54
1.4.1.1.2 Uma norma pode ser válida sem ser justa.....	54
1.4.1.2 O problema da validade	56
1.4.1.2.1 Uma norma pode ser válida sem ser eficaz.....	57
1.4.1.2.2 Uma norma pode ser eficaz e não ser válida.....	58
1.4.1.3 O problema da eficácia	59
1.4.1.3.1 Uma norma pode ser justa sem ser eficaz.....	60
1.4.1.3.2 Uma norma pode ser eficaz sem ser justa.....	60
1.4.2 A Teoria Estruturante da norma jurídica em Friedrich Müller	61
CAPÍTULO 2 - POLÍTICAS PÚBLICAS E A NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA	69
2.1 O constitucionalismo social como origem do Estado social.....	70
2.2 Os direitos sociais na Constituição de 1988	77
2.3 A crise do Estado social.....	85
2.3.1 A crise fiscal	90

2.3.2 A crise ideológica	91
2.3.3 A crise filosófica.....	93
2.4 O discurso sobre políticas públicas	94
2.4.1 Políticas públicas e o conteúdo de governança	108
2.5 Exclusão e desigualdade social no Brasil	113
2.5.1 Problemas referentes ao Poder Executivo. Baixa <i>responsividade</i>	122
2.5.1.1 Baixa responsividade relativa à utilização incorreta do critério da discricionariedade.....	127
2.5.1.2 Baixa responsividade relativa à justificativa recorrente da contingência financeira	132
2.5.1.3 Baixa responsividade relativa à descoordenação administrativa.....	134
2.5.2 Problemas referentes ao Poder Legislativo. Baixa operatividade em razão da existência do “Presidencialismo de Coalizão”	137
2.6 A corrupção avaliada de forma autônoma e como problema crônico institucional brasileiro.....	141
CAPÍTULO 3 - A JUSTIÇA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL	147
3.1 Sentidos histórico e filosófico da justiça.....	147
3.2 Idade Antiga. Período áureo do pensamento clássico grego.....	149
3.3 Alta Idade Média. Período das Escolas Filosóficas	156
3.4 Renascença.....	158
3.4.1 A justiça em John Locke.....	159
3.4.2 A justiça em Jean-Jacques Rousseau.....	161
3.4.3 A justiça em Immanuel Kant.....	163
3.5 A crise da justiça.....	165
3.6 A possível superação da crise da justiça pela proposta pós-positivista do direito	173
3.7 A justiça como equidade: uma concepção política da justiça, segundo a compreensão de John Rawls	176
3.8 A norma constitucional programática como uma das fontes orientadoras das políticas públicas e da atividade jurisdicional	183
3.8.1 Sobre a normatividade, a operatividade e a efetividade constitucionais programáticas. “Modos argumentativos” da tarefa de concretização constitucional das políticas públicas	186

CONCLUSÕES	207
ANEXO. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AO TEMA	216
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	237

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa a contribuir para a discussão sobre a concretização da norma constitucional programática veiculadora dos direitos fundamentais sociais, notadamente pela consecução das políticas públicas de inclusão social e o seu controle por parte do Poder Judiciário.

A escolha do tema se justifica em razão do tempo decorrido desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o que hoje se apresenta como discurso político-jurídico acerca das normas que anunciam o programa de justiça social eleito pelo constituinte originário.

Passados vinte e quatro anos da promulgação do Texto, parece haver um distanciamento entre o que se preconizou politicamente como resgate da cidadania brasileira em termos de direitos materiais e o que vem sendo cumprido pelos poderes públicos em benefício da igualdade de oportunidades.

O problema consiste em verificar de que forma a norma constitucional programática pode orientar a condução das políticas públicas e a atuação jurisdicional no sentido do enfeixamento dos compromissos políticos e sociais que permeiam o discurso jurídico de legitimação do Estado como criador e aplicador das normas veiculadoras de direitos sociais. Busca-se, também, observar o modo como a tarefa de concretização constitucional pode ser efetivada a partir de argumentos jurídicos válidos sob o reflexo dos princípios e preceitos constitucionais. Persegue-se, também, o problema da baixa concretização da norma constitucional programática em face das necessidades dos direitos sociais prestacionais, denominados de segunda geração, que geralmente são veiculados por intermédio da execução de políticas públicas previamente instituídas.

É que com a transição do Estado legislativo para o Estado social, cresceu a importância, em termos políticos, do Poder Executivo, na mesma proporção com que aumentou a demanda social pelos direitos materiais e a conscientização da necessidade de sua implementação, razão pela qual o Judiciário vem sendo constantemente chamado a se posicionar em relação ao problema, sem que ainda se saiba, com certeza, se seria esse o seu papel institucional.

O marco teórico consiste na análise da vertente pós-positivista do direito em conjugação com os aspectos teóricos da ação comunicativa de Jürgen Habermas, das teorias sobre a norma jurídica em Norberto Bobbio e Friedrich Müller e das reflexões trazidas por John Rawls na perspectiva de um novo contratualismo social baseado na ideia de justiça com equidade.

Percebe-se também a orientação no sentido de se buscar o conteúdo material da justiça, utilizando-se das ideias elaboradas pelas teorias pós-positivistas do direito e da argumentação jurídica, dispostas em três capítulos. Assim, a partir da leitura das obras doutrinárias, da pesquisa jurisprudencial e da coleta de dados de indicativos sociais e econômicos, busca-se obter a confirmação da hipótese de que a concretização constitucional dos direitos materiais pode-se dar, também, pela via judicial, desde que limitada ao controle dos modos argumentativos utilizados pelo administrador público como justificativa para sua eventual omissão.

Com isso, tem-se como objetivo geral do trabalho comprovar que a implementação dos direitos materiais está ligada ao escopo da justiça em sentido amplo. Daí por que se torna evidente que o alcance dessa meta é tarefa imbuída a todos os poderes da República com a participação efetiva da sociedade. Conciliar essa ideia com os entraves financeiros, políticos e jurídicos que se põem em questão, é missão difícil, complexa, mas não impossível, como demonstram os rumos de uma nova perspectiva doutrinária que, cada vez mais, se fundamenta política e juridicamente.

Finalmente, a partir da sistematização do problema de baixa concretização constitucional dos direitos sociais e, portanto, da própria realização de justiça, surgem duas hipóteses a serem ou não confirmadas: 1- Se o discurso jurídico-normativo é de fato legítimo a ponto de convencer os destinatários das políticas públicas sobre a efetiva realização do programa constitucional de promoção dos direitos sociais; 2- Se os poderes públicos constituídos realmente encontram-se preparados para absorver e realizar a demanda desses direitos no atual estágio da contemporaneidade brasileira.

No primeiro capítulo são abordadas as concepções do discurso e da linguagem jurídica como instrumentos de realização do direito. Neste aspecto, estão cotejados o discurso jurídico e o discurso normativo de modo a se extrair de ambos

a forma e a finalidade com que poderão ser aplicados à atual situação jurídica do Estado em face dos seus cidadãos, numa perspectiva da denominada “ação comunicativa”.

No desenvolver desse contexto, é possível notar certo distanciamento entre o que busca a sociedade contemporânea e o que lhe é juridicamente oferecido em termos de práticas de inclusão social. Com o desenvolvimento econômico e cultural de um país, aumenta a percepção das pessoas sobre a desigualdade de renda e de oportunidades, ao mesmo tempo em que se amplia a visão crítica acerca das suas causas.

A partir daí surge para o direito a missão de reorganizar as fontes de sua produção, de forma que o objeto do discurso jurídico esteja em consonância com os anseios da cidadania. Este objeto, por sua vez, liga-se a uma interpretação e aplicação consentâneas do que requer a Constituição. Para isso, o discurso normativo (em sentido amplo) deve estar afinado com o discurso jurídico, já que o primeiro funda e orienta o segundo.

Sob o viés desse pensamento, o primeiro capítulo pauta-se na reflexividade do discurso e na legitimação das formas de argumentação jurídica como um dos requisitos de validade para o ordenamento jurídico, tendo em vista a orientação teórica conferida pela pragmática universal do discurso de Jürgen Habermas e pelas teorias da norma jurídica elaboradas por Norberto Bobbio e Friedrich Müller.

Como desdobramento da noção de legitimidade pelo discurso em Habermas, destaca-se o surgimento de uma espécie de imperativo comunicacional a se verificar pela necessária abertura do diálogo entre a Constituição, as ações públicas e os destinatários da norma jurídica, como forma de abrandar a tensão, sempre existente, entre a facticidade (realidade social) e a validade da norma, esta como problema ontológico do direito (BOBBIO, 2008).

Segundo se compreende da lição de David Ingram trazida por Botelho, pode haver um abrandamento da tensão existente entre a norma jurídica e o fato social a partir da ação comunicativa – como ação social de coordenação e consenso entre os participantes – que dentro do contexto normativo (incluindo o intérprete) pode ser “[...] atingido quando se alcança um acordo sobre os fatos em questão, as

expectativas de normatividade aplicável à situação ou a sinceridade dos atores.” (2010 apud INGRAM, 1994, p. 57).

Tomando como premissa a ação comunicativa veiculada pelo discurso normativo, este há de ser, portanto, o produto de uma escolha racional com base num consenso prévio entre o produtor da norma jurídica, seus aplicadores e os seus destinatários que, em última análise, se apresentam como avalistas da legitimidade da norma, já que serão eles os beneficiários ou prejudicados pela sua aplicação, conforme o grau de compromisso social existente entre estes e as instituições das quais promanam as regras jurídicas.

Nesse sentido, a “virada argumentativa” do direito encontra no pós-positivismo seu paradigma epistemológico determinante.

Em seguida, o capítulo incursiona pelas características das teorias da norma jurídica em Bobbio e Müller. Sua importância nessa parte se verifica na perspectiva de valoração do conteúdo da norma que, para Bobbio, deve se ater aos critérios de justiça, validade e eficácia. O elemento “justiça”, então, é destacado pelo autor italiano e passa a ser integrado ao texto normativo em franca oposição à neutralidade do normativismo kelseniano, razão pela qual Bobbio se tenha reconhecido, mais tarde, como “um positivista crítico e moderado” (BOBBIO, 2006).

Como foi ressaltado, da análise da teoria da norma jurídica em Bobbio colhe-se sua particular visão sobre a justiça. Para o autor, o ordenamento jurídico se dirige a um fim, que é o de atingir os valores que a sociedade entende como fundamentais, e a justiça, certamente, está entre eles.

Decorre daí que uma das formas de se buscar a realização da justiça se dá por meio da inclusão social, sendo que uma das formas preponderantes ao alcance do administrador público é a execução de políticas públicas decorrente da previsão programática constitucional.

Outro referencial utilizado no primeiro capítulo é Friedrich Müller, teórico da metódica estruturante do direito para quem o exame da norma deve ocorrer na perspectiva de um “programa” e de um “círculo normativo”. Para o autor alemão, todo esforço de compreensão da normatividade deve estar direcionado para a concretização da norma jurídica, razão por que elege o caso concreto como ponto

de partida da sua análise, em clara sintonia com a tónica de Viehweg e com a argumentação de Habermas, embora seu trabalho se distinga pela originalidade e complexidade propostas para o entendimento da estrutura da norma jurídica. Confrontando o mito de que para cada caso jurídico existe uma única solução, Müller pondera:

Em oposição a esse mito a Teoria Estruturante do Direito desenvolveu desde meados dos anos 60 uma concepção nova, pós-positivista da teoria do direito: a norma jurídica não está já contida no código legal. Este contém apenas formas preliminares, o texto das normas. Estes, por sua vez, se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser primariamente produzida, isto é, “trazida para fora” em cada processo individual de decisão jurídica. (MÜLLER, 2011, p. 127).

Entende Canotilho que para Müller o programa da norma se apresenta como o conjunto de elementos que a integram e que podem ser “normativamente relevantes”, na sistemática do texto normativo, da sua teleologia, da sua história e de outros elementos capazes de influenciá-lo. (CANOTILHO, 2007).

Como foi mencionado, Müller também se orienta pela teoria da argumentação, a ponto de eleger um “modelo do sistema imperativo da comunicação” como uma proposta de compreensão das normas jurídicas. (MÜLLER, 2011, p. 56).

O segundo capítulo orienta-se pelo desenvolvimento do discurso normativo, em especial o que se origina no desenvolvimento do constitucionalismo do Estado social e a concepção sobre a fundamentalidade e a justicialidade das normas de direitos sociais.

Entretanto, a visão sobre o Estado social e as normas jurídicas decorrentes dessa espécie de formulação estatal é permeada pela crítica dos autores sobre o grau de desenvolvimento dos direitos sociais e a percepção da ideia de crise que paira sobre a possibilidade de sua concretização, sobretudo em países de capitalismo periférico como o Brasil.

Nesse rumo, a investigação recai sobre o conceito e o conteúdo das políticas públicas, passando pela distinção dos critérios que definem governabilidade e governança, bem como pelo processo de criação daquelas referidas políticas e os

possíveis resultados que podem ser obtidos nas ações sociais econômica e constitucionalmente sustentáveis, como preconiza Canotilho.

A partir dessa crítica, persegue-se a validade do discurso jurídico sobre as políticas públicas no Brasil, comparando-se o grau de efetivação dos direitos veiculados por elas com a coleta de informações trazidas por organismos nacionais e internacionais de avaliação do desenvolvimento.

Nessa parte da dissertação, exsurtem os dados históricos e empíricos da exclusão/inclusão social, a partir do resultado das pesquisas estatísticas consultadas.

Concluída essa passagem, a investigação retorna à discussão sobre a perspectiva de intensificação de abertura dos canais de comunicação entre o Estado e a sociedade, justamente para que se possam legitimar as decisões políticas no rumo da consecução dos direitos sociais. É de se notar, entretanto, o distanciamento entre o que se preconiza como ação normativa e o resultado prático do discurso aplicado às políticas públicas, razão pela qual a pesquisa busca se aprofundar na abordagem dos problemas que elege como causas da pouca inclusão social verificada no país.

Dessa forma, levando-se em conta o distanciamento acima referido, a pesquisa aponta os problemas decorrentes de um discurso normativo descoordenado, uma das causas que desacreditam a intenção política de se fazer justiça social. Assim, são traçados alguns aspectos representativos da desigualdade social no Brasil, coletados em pesquisas oficiais recentes que demonstram, por seus indicadores de áreas específicas, o ainda baixo comprometimento do Estado brasileiro com os direitos sociais, embora se reconheçam avanços sensíveis em temas como o aumento de renda das famílias e do poder de compra da moeda e o crescimento da oferta de crédito.

Os resultados dessas pesquisas são comparados diretamente com a previsão dos custos/investimentos projetados para a lei orçamentária de 2012, segundo informações do Ministério do Planejamento.

No contexto acima delineado a investigação desdobra as prováveis causas para a baixa inclusão social no Brasil, referentes aos poderes Executivo (baixa

responsividade) e Legislativo (baixa operatividade). Para a baixa responsividade do Executivo são tomados como destaques os critérios da discricionariedade, da descoordenação administrativa e da reserva do possível. Análises feitas com a intenção de se comprovar o distanciamento existente entre o discurso normativo e o discurso jurídico sobre políticas públicas de inclusão social no Brasil.

Quanto ao Legislativo, o estudo debruça sobre a sua baixa operatividade decorrente do que os cientistas políticos denominam “presidencialismo de coalizão”, que se repete em todas as esferas legislativas do país, desde o Congresso Nacional até as Câmaras Municipais, a exemplo da sediada na capital do Estado de Goiás.

O capítulo se encerra com a análise dos dados sobre a corrupção no Brasil, que se mostra como problema crônico, institucional, de difícil combate e que resulta na péssima qualidade dos serviços públicos postos à disposição da população que deles necessita.

No terceiro e último capítulo da pesquisa, a investigação avança sobre o tema da justiça, tomado como *ultima ratio* do constitucionalismo contemporâneo. Nesta sede são delineadas as perspectivas histórica e filosófica acerca da justiça, no período clássico grego, com Sócrates, Platão e Aristóteles, passando pelo medievo com Santo Tomás de Aquino e a *Summa Theologica*, obra que inaugura a ideia de justiça social no pensamento filosófico ocidental.

Segue daí rumo ao período renascentista com os filósofos iluministas, que abandonam as ideias teocêntricas sobre a justiça inaugurada pela filosofia tomista. Os representantes escolhidos dessa fase são Locke, Rousseau e Kant. A eleição desses filósofos contratualistas é circunstancial e fundamenta-se na perspectiva de uma justiça socialmente pactuada, cujo objeto funda a teoria constitucionalista do direito. A intenção é alcançar a contemporaneidade sob a ótica da justiça com equidade proposta por John Rawls sem, contudo, exauri-la como teoria já que não é essa a intenção do trabalho.

Antes, porém, cuidou-se de tratar de uma questão crucial para as sociedades contemporâneas: a crise da justiça. Nesta sede apresenta-se inevitável o raciocínio apresentado como suposto do terceiro capítulo, no qual se pergunta se o Judiciário

realiza a justiça e se as decisões judiciais são realmente racionais, segundo essa hipótese.

Piero Calamandrei já em 1950 apontava para a nova direção que o direito deveria encaminhar-se, superando os conceitos subjetivos de justiça e avançando no sentido da eliminação da neutralidade das decisões judiciais. A conferência realizada pelo processualista italiano em Pádua impactou o pensamento jurídico na Europa e incentivou os debates sobre a força normativa da Constituição, juntamente com as decisões das cortes constitucionais da Alemanha e da Espanha.

A “crise da justiça” anunciada por Calamandrei foi tomada como pano de fundo para o desenvolvimento, neste trabalho, da concepção pós-positivista do direito, assunto do qual também se trata, desta vez, sob a influência de Campuzano, na Espanha, e Luís Roberto Barroso, no Brasil.

Dessa maneira, a partir das lições dos autores nominados, segue-se para a concepção da justiça sob a forma de um novo contratualismo teorizado por John Rawls que, assim como Häbermas e Müller, se apresenta como importante referencial teórico para o pensamento da política constitucional, haja vista a noção fundamental, para o autor norte-americano, de que a posição inicial dos homens em sociedade pode ser superada com a aplicação dos princípios da mais ampla liberdade e das condições iguais de oportunidades. (RAWLS, 1981).

É importante ressaltar que, nesta parte da pesquisa, colhem-se as críticas afeitas ao Judiciário, lançadas em conformidade com a doutrina pesquisada.

O capítulo e o trabalho finalizam-se sob a luz da norma constitucional programática como orientadora das políticas públicas e da atuação jurisdicional, responsável pelo enfeixamento das ideias sobre o discurso jurídico legítimo do Estado na criação e aplicação das normas veiculadoras dos direitos sociais e o modo como podem ser concretizadas a partir de argumentos válidos na tarefa de interpretação do direito. Este é o eixo sobre o qual a pesquisa se pautou.

A base dessa parte da investigação é a obra de Regina Ferrari acerca da norma constitucional programática e a jurisprudência constitucional recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre os direitos fundamentais sociais em tensão com a reserva do possível e as denominadas

“escolhas trágicas”, que devem ser realizadas em nome da preservação e concretização daqueles direitos, sem que isso implique decisionismos judiciais geralmente tidos como veículos conformadores do arbítrio.

CAPÍTULO 1

O DISCURSO JURÍDICO-NORMATIVO

O objetivo deste capítulo inaugural é demonstrar que o discurso sobre o direito não se reduz apenas ao discurso normativo, embora se saiba que este se revela como uma das mais importantes fontes daquele. Também parece correto dizer que o discurso normativo exerce influência preponderante sobre o discurso jurídico, a ponto de se mostrar quase sobreposto a ele, aliás, como sempre preconizou o positivismo legalista.

Contudo, superada a fase na qual o positivismo jurídico preponderou absoluto na ciência jurídica, verifica-se, já há algum tempo, se não o seu esvaziamento como marco teórico, ao menos a diminuição da sua influência no contexto jurídico contemporâneo. Sob essa perspectiva, o discurso jurídico apresenta-se reconfigurado, de modo a atender as expectativas de uma sociedade globalizada na qual o pluralismo ideológico e cultural exige respostas elaboradas a partir de discursos elaborados legitimamente.

Essa legitimidade não surge mais, exclusivamente, da força cogente da norma, mas, sim, dos preceitos nela inseridos, resultantes de uma argumentação capaz de fornecer respostas adequadas e racionais às exigências sociais que a moderna ciência do direito deve buscar para se reafirmar como base da organização estatal.

Desse modo, são imprescindíveis para o discurso jurídico, de modo geral, e para a linguagem do direito, em particular, novas formas de comunicação pautadas em um diálogo normativo que possa convencer os seus destinatários e revelar a necessidade de sua observância para o atingimento da justiça que, ao final, se configura na meta a ser alcançada pelos ordenamentos jurídicos.

1.1 O discurso jurídico

Toda sociedade é composta por diversos códigos sociais, entre os quais se encontra o código do direito. O direito forma, por isso, no conjunto da vida social, uma linguagem entre linguagens, e, por isso, também se serve de diversas linguagens sociais. Essa ideia não implica a do encerramento da linguagem do direito sobre si mesma, mas implica na ideia de que o direito serve, muitas vezes, como elemento de consolidação da possibilidade de preservação das linguagens e da racionalidade no convívio social. Sem diálogo social não há direito. Por isso, o direito representa um lugar de expressão da possibilidade de preservação das formas humanas de interação não-violentas e capaz de encaminhar racionalmente conflitos sociais. (Eduardo C. B. Bittar, Linguagem Jurídica, São Paulo, Saraiva, 2009).

O sentido da linguagem proposto no trecho introdutório do capítulo deve ser o referente para o direito e para as relações sociais de modo geral. Sem a comunicação reflexiva não há avanço social e, por conseguinte, não se aprofunda nem se consolida a democracia.

A responsabilidade do operador do direito se destaca na construção do novo caminho proposto pela pós-modernidade, no qual se revela a importância do diálogo entre as ciências sociais, espaço em que a razão legitimadora das decisões surge do consenso sobre a validade da argumentação.

Assim o discurso, esclarece Tércio Ferraz Júnior, “[...] é um fenômeno intersubjetivo específico, uma ação linguística. Quem discursa, age.” (FERRAZ JR, 1997, p. 3). Esse é o sentido pragmático do ato de comunicar pelo discurso, segundo sua avaliação.

Ainda segundo o autor, “para estarmos em conformidade com o mundo devemos questioná-lo, pois o homem não está apenas ‘inserido’ nele, mas ‘se orienta nele’”. Daí sustentar Ferraz Jr que:

[...] num primeiro plano, todo discurso se revela como uma discussão, entendendo-se por discussão a ação linguística cujo modelo primário se resume na articulação do ato de perguntar e no de responder. (FERRAZ JR, 1997, p. 4).

Essa discussão revela necessariamente uma articulação entre pergunta e resposta e, segundo o autor, o objeto desse modelo primário de discussão “[...] levamos para um segundo plano da situação discursiva” entendida sob a perspectiva da reflexividade que por sua vez significa:

[...] um questionamento crítico que se manifesta na própria discussão, quando se tenta buscar, seriamente, uma nova justificação para os objetivos e fundamentos assinalados no próprio discurso. (FERRAZ JR, 1997, p. 5).

Reflexividade, portanto, é a capacidade própria da discussão que se revela no ato de persuadir, de convencer o interlocutor, por meio de uma argumentação fundamentada.

O discurso jurídico integra o denominado “universo de discurso”, segundo informa Eduardo Bittar. Nesse sentido, possui “desdobramentos microssemióticos”, isto é, regras próprias e usos específicos dos signos aplicáveis à ciência do direito. (BITTAR, 2009, p. 172).

Denomina-se *semiótica* uma das ciências da linguagem relacionada com o estudo dos sinais e sua significação como fenômeno cultural e científico da antiga teoria da comunicação. De acordo com Maria Lúcia Santaella:

A semiótica é a ciência que tem por objeto de investigação todas as linguagens possíveis, ou seja, que tem por objetivo o exame dos modos de constituição de todo e qualquer fenômeno de produção de significação e de sentido. (SANTAELLA, 1983, p. 13).

Nesse sentido, o discurso normativo, o discurso burocrático, o discurso decisório e o discurso científico integram o microuniverso do discurso jurídico, conforme leciona Bittar (2009, p. 172).

Dado seu caráter pragmático, é possível dizer que o objeto do discurso é a ação social. No discurso jurídico, o aspecto pragmático surge da *força argumentativa* que sustenta as discussões em torno do direito e, por conseguinte, conduz à realização concreta das ações nele previstas.

Essa força argumentativa como é intuitiva deve vir, necessariamente, acompanhada da prova de que o discurso tem validade ou, do contrário, não se

sustentará enquanto discurso reflexivo. Em outras palavras, cabe a quem profere o discurso provar a sua força argumentativa, de modo a convencer a audiência. Prova disso pode ser o resultado do discurso colhido da jurisprudência reiterada sobre determinado assunto ou matéria.

A partir de uma dada construção jurisprudencial, evidencia-se a prevalência de certos argumentos no sentido da observância das razões que levaram a corte a decidir de maneira uniforme. É o raciocínio a que se chega, por exemplo, na edição de enunciado de súmula e, com maior ênfase, na edição da súmula vinculante.

Retomando o tema, como ação linguística o discurso jurídico revela-se reflexivo e, ao mesmo tempo, pressupõe que um dos interlocutores exija que a comunicação entre eles se estabeleça quando o outro a ela se recuse (resistência, pretensão resistida), possibilitando que se inclua nesta comunicação interrompida um terceiro interlocutor: o Estado-jurisdição.

Dissecando essa ideia, é possível afirmar com Ferraz Jr. que no discurso jurídico existe certa “instabilidade” entre os interlocutores a revelar uma espécie de conflito comunicacional. (FERRAZ JR, 1997).

Esse conflito tende a ser reduzido por meio do próprio discurso jurídico que passa a se orientar no sentido do proferimento de uma decisão estatal que atua como instrumento legítimo posto à disposição das partes e capaz de solucionar a situação conflituosa.

Por outro lado, o discurso jurídico também é ideológico, conforme ressalta Bittar com apoio em Michel Pêcheux (2009 apud PÊCHEUX, 1975, p. 13), porque pressupõe decisões, e o conteúdo dessas decisões exteriorizadas revela-se como o elemento que preenche o discurso da ideologia. Nesse sentido:

[...] Le point de l'extériorité relative d'une formation idéologique par rapport à une formation discursive se traduit à l'intérieur même de cette formation discursive: ele designe l'effet nécessaire, dans une formation discursive donnée, d'elements idéologiques non discursifs (representations, images liées à des pratiques, etc.)' Pêcheux/Fuchs, Mises au point et perspectives à propôs de l'analyse automatique du discours, in Langages: analyse du discours – langue et idéologies, 1975, p. 13).

[...] O ponto de exterioridade relativa de uma formação ideológica em relação a uma formação discursiva se traduz ao interesse mesmo desta formação discursiva: ela designa o efeito necessário, em uma formação

discursiva determinada, os elementos ideológicos não discursivos (representações, imagens ligadas às práticas, etc)'. Pêcheux/Fuchs destacam e põem em perspectiva a respeito da análise do discurso, in *Linguagem: análise do discurso – língua e ideologia*, 1975, p. 13)¹.

Dessa forma, segundo ressalta Bittar:

[...] não se podem excluir fatores políticos, sócio-culturais, econômicos, históricos..., de modo que a pretensa estrutura límpida e cristalina, desprovida de paixões, sobretudo inspirada em ideais racionalistas (escalonamento normativo, interpretação como prática de aclaração da norma...), não deixa de se apresentar como movimento contínuo em dialética interação com os fatores sociais. Não se pode denunciar o fato de que o discurso jurídico é um discurso carregado de opções, e que, portanto, agrega valores, impõe condutas, conduz instituições, movimenta riquezas opta por visões de mundo, que, portanto, sustenta uma ideologia. (BITTAR, 2009, p. 181).

Por isso é que se pode intuir que a opção pelo discurso jurídico implica em escolher uma dentre as várias ideologias existentes na cultura contemporânea, mas tal escolha não significa assumir a existência de apenas um critério capaz de orientá-la.

O critério legal (normativo) pode ser um deles. A busca pela consolidação do Estado Democrático de Direito também se revela como sendo outro objetivo a ser perseguido. O bem comum, a justiça social, enfim, muitos podem ser os elementos materiais a orientar e regular as relações jurídico-sociais numa determinada sociedade em um dado momento histórico.

Nesse contexto, o discurso jurídico se apresenta como uma espécie de lanterna a revelar o caminho a ser traçado para que a instância política, por meio da linguagem normativa, possa agir amparada em situações que descrevam necessidades públicas fundadas em direitos ou em garantias sociais, mas desde que a atuação política e a atuação jurídica sejam compreendidas como forma de ação efetiva e não simplesmente como mero discurso.

Esse tipo de comunicação (discurso jurídico) assume, pois, especial relevo na atual quadra da experiência jurídica brasileira. Isso se mostra assim porque, ao se considerar que o discurso jurídico pode traduzir novas significações sobre os temas

¹ Tradução livre.

em debate na sociedade, a mensagem por ele veiculada tende a influenciar o conteúdo da decisão política. Explica-se.

Quando a jurisprudência se orienta firmemente num dado sentido, reforçada por precedentes amplamente discutidos colegiadamente, como, por exemplo, nas decisões que reconheceram a inconstitucionalidade do cumprimento integral da pena em regime fechado aos condenados incurso na lei dos crimes hediondos, ao determinar a aplicação da lei de greve às paralisações dos servidores públicos ou ao conferir tratamento isonômico aos relacionamentos homoafetivos, a jurisdição constitucional está confirmando a realidade prática do discurso jurídico.

Isso porque existe um aspecto funcional na linguagem jurídica qual seja o de identificar e delimitar o alcance da norma preceptora que nas situações mencionadas é a Constituição Federal e os princípios que orbitam o seu texto.

A partir dos exemplos dados, é possível perceber que novos paradigmas do direito tendem a reinterpretar a função do discurso jurídico, elevando-o a um nível de concreção constitucional antes inexistente, situação que pode servir de norte para a consecução, por exemplo, do programa de normas constitucionais de direitos sociais muitas delas ainda sem implementação na prática.

Dessa constatação ressaí indubioso o surgimento de uma linguagem jurídico-normativa renovada, capaz de orientar novos rumos para antigos problemas até então tidos como de solução apenas político-administrativa.

Ora, se o pensamento sobre a segregação penal e a possibilidade de pessoas do mesmo sexo conviverem como entidade familiar puderam ser mudados, outros temas ligados ao desenvolvimento social também poderão sofrer alterações positivas. E isso se dá porque o sistema jurídico-constitucional é lógico, ou seja, se existe uma lei que contraria a Constituição ela não pode ser válida em razão da sua inconstitucionalidade, desafiando a coerência desse sistema que não permite que uma lei seja ao mesmo tempo válida e inválida.

Diante disso, a forma pela qual o desenvolvimento social haverá de ser experimentado liga-se especialmente ao compromisso firmado entre as esferas do poder político e a sociedade, no sentido de realizar o efeito prático que o trabalho de

elaboração e aplicação da norma jurídica pode produzir, inclusive, em relação às denominadas normas programáticas.

Em outras palavras, os novos paradigmas do direito, dentre eles o pós-positivismo, podem contribuir, por exemplo, para a efetivação de certas políticas públicas até então irrealizadas.

Por certo que o direito não é apenas linguagem jurídica, ela é apenas um dos instrumentos utilizados na busca da fundamentação das suas proposições, conforme leciona Paulo Hamilton Siqueira Jr (2009). O direito se orienta e se desenvolve por meio de um *sistema de linguagem e comunicação* próprio, tendo o discurso normativo como um dos elementos principais a compô-lo, mas não o único, muito menos o primordial.

Noutro aspecto, a ação comunicativa inserida na linguagem jurídica tem na pragmática seu principal veículo.

A *pragmática* é uma das dimensões do estudo da linguagem, juntamente com a sintática e a semântica. A dimensão pragmática diz respeito às relações entre os signos e seus usuários, os falantes, em contexto concreto de uso.

A pragmática foi analisada em 1977 como o lado concreto da linguagem, ou seja, observando como usuários e usuárias de uma língua a usam em sua prática linguística, por um lado, e, por outro o estudo das condições que governam essa prática (SALEME, 2010). A pragmática tem em William James e Charles Morris² seus principais difusores.

A dimensão pragmática da linguagem (ou do discurso) se apresenta como uma das três formas de análise da linguagem jurídica, e é uma das mais importantes no estudo a ela referente, porque se liga de imediato à sua utilização concreta pelo destinatário da norma.

Siqueira Jr sustenta que “[...] a investigação pragmática consiste em estudar as relações entre os elementos da linguagem jurídica”. Dessa forma, a pragmática está intimamente relacionada com o direito, tanto que a sua vertente jurídica “[...] se

² Siqueira Jr evidencia que “[...] o filósofo norte-americano Charles Morris (1946) propôs a constituição de uma teoria geral dos signos, subdividindo-se em uma sintaxe, semântica e pragmática.” (SIQUEIRA JR, 2009, p. 283).

ocupa naturalmente das expressões do direito e suas relações com os que as enunciam (emissoras) e aquelas a quem são dirigidas (receptores da linguagem jurídica ou destinatários das normas).” (SIQUEIRA JR, 2009, p. 284).

Retomando a ideia de que o discurso jurídico se revela através dos quatro grandes grupamentos (ou microssemióticas jurídicas) já mencionados, normativo, burocrático, decisório e científico, cabe agora atinar às características de apenas um deles: o discurso normativo, que se apresenta como destaque a ser analisado no presente capítulo.

Em Bittar novamente se busca o apoio necessário para mencionar que os universos de discurso jurídico possuem características próprias, com traços comuns que se interligam:

[...] possuem um processo gerativo diverso, com normas e regras de uso próprios, mas todos obedecem a um plano de formação comum. Assim o discurso normativo obedece a uma microtextura normativa para sua formação, e seu processo gerativo se distingue essencialmente daquele percorrido pelos discursos científico, decisório e burocrático. (BITTAR, 2009, p. 177).

Depreende-se, então, que a criação do discurso normativo se apresenta distinta das demais formas de discurso. Desde a sua gênese a norma jurídica já se apresenta especial. Seja quanto ao seu texto, seja quanto ao seu sentido.

Quanto ao texto – que é a roupagem reveladora de sua forma e que lhe confere visibilidade – a norma jurídica sequer poderia ser considerada, uma vez que “o texto literal da norma jurídica não é a norma jurídica”. Na verdade, ela se encontra numa espécie de plano paralelo ao seu texto literal, que é a forma da sua materialização, já se disse. A literalidade “[...] é a condição de existência para a norma.” (BITTAR, 2009).

O texto normativo não é o mesmo que surge como discurso normativo (texto literal, expresso ou impresso), declara Eduardo Bittar em sua análise sobre o tema. Para ele, somente é possível chegar ao sentido do discurso normativo a partir de um “processo de significação” que reúne as três facetas semióticas: 1- a pragmática (interação sujeito/norma); 2- a semântica (interação signos/referente) e 3- a sintática (interação signos/signos). (BITTAR, 2009).

Porém, é na *proposta semântica* que se encontra o cerne da estrutura normativa, segundo aponta Friedrich Müller, citado por Bittar:

[...] o texto da norma não é a norma, mas, ao contrário, parte de um longo processo de estruturação da decisão concreta, isso porque o texto nada pode para solucionar por si mesmo o caso prático, e sim o contexto normativo aliado a uma atuação do jurista sobre o que seja válido para o sistema. (2009 apud MÜLLER, 1996, p. 183-189).

Müller entende que a interpretação isolada do texto normativo não seria capaz de oferecer resposta plena de fundamentação jurídica, a não ser que se busque conhecer a estrutura da norma, seu processo de criação e os debates que foram entabulados, cotejando-os com as demais normas componentes do sistema jurídico, relacionadas com o assunto a ser interpretado. Assim:

O texto da norma não “contém” a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem “significado”, enunciados não possuem “sentido” segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho concretizador do “destinatário” e com isso à distribuição funcional dos papéis que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito. (MÜLLER, 2011, p. 57).

Eduardo Bittar conclui o raciocínio sobre a vinculação que atua sobre o receptor do discurso normativo, observando que “[...] o que se pode dizer é que a norma jurídica é o sentido deôntico e coercitivo, ao qual se pode chegar a partir de um ritual semiótico de decodificação.” (BITTAR, 2009, p. 186).

Mas não é apenas o caráter coercitivo (coercibilidade) que traduz o sentido da norma jurídica. Ela não vale apenas pelo sentido da sua coerção, mas pela sua essência, como sustenta Maria Helena Diniz em monografia sobre o tema (DINIZ, 1999).

A essência da norma está ligada ao meio social para o qual foi elaborada, ou como apregoa Diniz citando Lourival Vilanova:

Sem embargo, a norma jurídica é um objeto real, que se encontra no meio social, ora sofrendo injunções dos fatores sociais, ora sobre eles reagindo e orientando. Os fins, as necessidades a serem atendidas são impostos à

norma jurídica pela realidade social concreta. Sociologicamente, poder-se-ia dizer que são os fins sociais que criam a norma jurídica. A norma jurídica está imersa no social e uma simbiose opera-se entre ambos. (1999 apud VILANOVA, 1947, p. 81).

É por isso que o contato permanente entre o elaborador da norma e os seus destinatários deve se dar por meio de um discurso que revele, de um lado, as reais necessidades sociais e, de outro, o compromisso do legislador em atendê-las da melhor forma possível, tornando a tarefa do aplicador do direito mais racional e objetiva e, por conseguinte, diminuindo a tensão existente entre a facticidade (realidade dos fatos sociais) e a validade (do ordenamento jurídico estatal), conforme declara Amandino Nunes Júnior:

Ao se referir à facticidade e à validade, Habermas intenta compreender a dualidade do direito moderno. Assim, de um lado, o direito é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. De outro lado, o direito é validade quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários. (NUNES JR, 2003, p. 5-6).

Decorre daí que, ao regulamentar a norma constitucional programática (quando a hipótese assim o requer), nem sempre o legislador consegue reproduzir as reais circunstâncias pelas quais a legislação produzida deve se pautar, seja em relação aos aspectos financeiros ou mesmo quanto à forma de participação dos atores envolvidos no processo reduzindo o seu alcance e aplicação e, com isso, provocando o esvaziamento do discurso jurídico por consequência.

Neste ponto cumpre destacar a orientação metodológica deste capítulo na direção de uma forma de argumentação válida, distinta daquela prevista pelo positivismo jurídico, contra a qual Habermas lançou suas críticas mais agudas.

Stephen White, ao comentar a *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas, esclarece que o ataque desse autor ao positivismo “é dirigido principalmente à sustentação de que a validade da ciência é independente de qualquer compromisso normativo por parte do cientista.” Na verdade, esclarece White, “Habermas quer, em particular, questionar se o conhecimento científico está liberto de todo vínculo normativo.” (1995 apud HABERMAS, 1981).

Nessa linha de pensamento, o autor alemão busca por meio de uma “reconstrução racional” da interação linguística, um modo que:

[...] se possa sustentar que os atos ilocucionais de agentes comunicativamente competentes se conformam com um conjunto de regras, algumas das quais estabelecem os critérios de racionalidade comunicativa. (1995 apud HABERMAS, 1981).

Este é o móvel pelo qual o presente capítulo se desenvolve, ou seja, a partir do desenvolvimento da ideia de que o discurso jurídico contemporâneo haverá de se pautar pela busca da justiça, ampliando a inclusão social de modo a contribuir para o fortalecimento de um Estado de Direito Constitucional, sobretudo, no que respeita à produção do direito, seja pela elaboração da lei ou pelo proferimento de decisões judiciais.

1.2 O discurso normativo

O homem é um ser mergulhado numa atmosfera normativa, pela qual ele é o que é; a externalidade aparente é como o oxigênio que respiramos e que penetra fundamentalmente em nossos neurônios concretizando inclusive o momento espiritual do pensar. Assim, o homem, enquanto agente de conduta, é um ser essencialmente normativo (2009 apud ALVES, 1996, p. 73).

O discurso normativo é apenas um dos microuniversos do discurso jurídico, mas distingue-se dos demais, pois é capaz de direcionar comportamentos, regular situações, modificar, criar e extinguir relações jurídicas. Não se apresenta, portanto, como qualquer parte desse discurso, mas “parte substancial dele”.

Sua função “cogente” revela-se precípua no ordenamento jurídico porque a ela correspondem as tarefas de “[...] comandar condutas, eleger valores preponderantes, recriminar atividades, estimular atividades, comandar a estrutura do sistema, a interpretação e o fazer dos agentes públicos.” (BITTAR, 2009, p. 176).

Contudo a sanção derivada da função cogente da norma como seu preceito secundário, “[...] não é imprescindível para a definição da norma jurídica.” Ela pode

mesmo estar ausente do discurso da norma, porém, “[...] ainda apartada dela, não lhe desnatura a essência imperativa.” (BITTAR, 2009, p. 190).

É a prescritividade da norma jurídica e não a sua força cogente que se apresenta como indicativo “do poder existente por trás do texto”. Essa prescritividade não se originaria da norma jurídica, mas do sistema jurídico ao qual ela pertence. (BITTAR, 2009).

Dessa maneira, quando antes se referiu à linguagem normativa, fez-se de forma a contemplar a força cogente da norma e as suas coerções sociais, no sentido de orientar a conduta dos particulares, e, principalmente, a do agente político responsável pelo encaminhamento adequado das necessidades públicas no evolver de suas atividades.

A partir dessas concepções, o enunciado normativo parece configurar-se como o instrumento capaz de selecionar a escolha correta que se deve fazer daquela que não poderia ter sido feita, já que:

Um texto jurídico, ao aflorar em sua simplicidade na superfície, momento em que começa a partilhar com outros acontecimentos sociais de um grande conjunto em movimento de práticas sociais, esconde em seu interior de fato maduro, conquistado e solidificado, uma enorme quantidade de atividades que precederam o ato de sua criação. Mais ainda, o texto jurídico, em especial o jurídico-normativo, esconde aquilo que é seu substrato, a saber, o processo de produção normativa. (BITTAR, 2009, p. 191).

Portanto, o discurso normativo deve ser entendido a partir da sua concepção, da produção do texto normativo, que envolve (ou pelo menos deveria envolver) discussões temáticas, debates públicos, enfim todo o arcabouço de argumentos e informações capazes de fixar no espírito do legislador a ideia de que o texto produzido foi o melhor que a prática legislativa poderia conceber.

Nesse sentido, pontifica Eduardo Bittar:

[...] a linguagem normativa deve ser o resultado de um amplo trabalho de diálogo e interação democrática com as comunidades, com os grupos afetados pelas medidas normativas, com os técnicos em linguagem e semiótica, com as instâncias de poder envolvidas e com as comissões de redação e elaboração do relatório de um projeto de lei. Assim, o conteúdo e a forma das leis passam a respeitar as expectativas nelas depositadas. (BITTAR, 2009, p. 192).

É de se ressaltar que não se está afirmando que é a lei (texto escrito) que deverá orientar tal ou qual escolha, mas a norma jurídica constitucionalmente válida que “[...] deixa de ser mero conjunto de palavras ou signos, passando a constituir, numa visão mais nítida de conjunto, um aparato que faz parte de práticas textuais sustentadas por práticas sociais.” (BITTAR, 2009, p. 190).

Do mesmo modo sustenta Müller:

Mas como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua “aplicação” não pode esgotar-se somente na interpretação, na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. (MÜLLER, 2011, p. 46).

O trabalho legislativo, que se desenvolve por meio do processo legislativo, deve ser o modo mais racional posto à disposição do intérprete para a consecução dos fins delineados pelo discurso jurídico. Nesse sentido, o conceito intuído por Viveiros de Carvalho e trazido a lume por Casseb é o que deve nortear o processo legislativo e, em última instância, a produção da norma jurídica:

Pode-se definir o processo legislativo, do ponto de vista político, como um sistema destinado a organizar a deliberação sobre valores, para extrair uma conclusão a respeito de determinada expectativa social de normatização, para orientar a negociação em torno da condução das políticas públicas e realizar, enfim, a interseção entre os planos do ser e do dever-ser, concretizando os ideais e aspirações que dão ensejo à formação do Estado. (2008 apud CARVALHO, 2002, p. 64).

Porém não caberia neste trabalho a presunção de estabelecer novos delineamentos sobre conceito, características e funções da norma jurídica e/ou da proposição jurídica, mas apenas a tentativa de desdobrar a intenção daquela, particularmente, da norma constitucional programática como fator de desenvolvimento social.

Para isso, deve-se ter presente a ideia de que as transformações sociais não se fazem por meio de prescrições jurídicas, mas por meio de *ações sustentadas* em um discurso capaz de promovê-las. Desse modo, é imperioso que exista um sentido prático nas prescrições legislativas e não apenas considerações abstratas que

podem servir de pano de fundo para a não realização do compromisso político-governamental.

Por certo é fácil concordar com Inocêncio Coelho quando lucidamente, ao tratar da interpretação da norma constitucional veiculadora de direitos sociais, pontifica que “[...] neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam – juristas e filósofos – que é possível *fazerem-se coisas com palavras.*” (COELHO, 2007, p. 677).

Contudo, embora seja verdadeiro que a norma não se traduz somente na sua força coercitiva, o seu carácter cogente - sua imperatividade e normatividade - existente por trás do texto constitucional ou infraconstitucional é o único que pode colimar o verdadeiro alcance de suas prescrições ou comandos, porque nem sempre se pode contar com o propósito de justiça social dos agentes públicos.

Noutro giro, Ferraz Jr., com apoio na lição de Theodor Viehweg, afirma que a norma jurídica se apresenta de maneira instável, ponderando que:

[...] dada a sua ambiguidade estrutural, (esse discurso) revela uma instabilidade, ou, ainda, uma instabilidade estável, na medida em que os conceitos e proposições que o compõem tomam significação na sua referência a aporias fundamentais, como é o caso do valor *justiça*. Podemos, pois, dizer que o discurso da norma, enquanto *estrutura dialógica*, tem por função sintomática característica expressar valores, e por função de sinal despertar uma reação partidária contravalorativa, donde a função estimativa que determina o objeto da discussão como um *dubium* (conflitivo) eminentemente axiológico. (1997 apud VIEHWEG, 1965, p. 69).

Isso significa que o conteúdo da norma é resultado de um consenso social sobre a pauta de valores eleita por uma determinada sociedade e expressa sob a forma de um sistema jurídico-normativo. Esse produto se revela como determinação pragmática daquilo que foi escolhido pela sociedade como norma geral (Constituição) ou como norma especial (infraconstitucional) a ser observada e aplicada em função das necessidades eleitas.

Com base em um raciocínio equivalente, porém mais bem elaborado que Eduardo Bittar sustenta:

[...] dentre inúmeras possibilidades de apresentação de uma resposta a um conflito ou a uma necessidade social, ambos reclamando uma postura normativa e regulamentadora do legislador, uma resposta é escolhida – e

esse *decisum* é que dá essência ao conceito de direito *positivo* (*positum*) – ocorrendo que, desde então, deixam de existir múltiplas possibilidades de se comporem respostas à problemática fática, restringindo-se o espectro de soluções à decisão tomada pelo legislador. A decisão tomada pelos processos técnicos e políticos admitidos resulta na positivação de uma opção. (BITTAR, 2009, p. 191).

Surgido o texto normativo, o discurso sobre a sua normatividade não cede obrigatoriamente. Pode ser que a norma elaborada padeça de insuficiente carga valorativa ou mesmo que se tenha afastado por completo do que era esperado socialmente. Em suma, a obra do legislador nunca é plena, muito ao contrário, como revela Bittar:

A maior ilusão do legislador é a de que, enunciando formalmente o discurso normativo, proclamando-o para a sociedade (... discussão, sancionamento, promulgação, publicação), irá anular a produção de outros textos ou discursos paralelos ao seu. [...] Ao contrário, o que ocorre é que, a partir do momento em que o discurso normativo é enunciado, funda-se determinada ordem (uno), imperativa, que nega a existência da multiplicidade (múltiplo). Mas a norma não cristaliza a realidade social; o que faz é fertilizá-la como nova possibilidade de interação; o movimento continua e, por vias transversas, acaba por ser futuramente absorvido pelo legislador com intento de reforma legislativa, sub-rogação legal, ab-rogação legal, emenda... O esquema normativo, como realidade deontica fugidia, ante a contigência da axiologia social, sujeita-se, então, à substituição por valores normativos novos, captados e feitos norma em outras circunstâncias. (BITTAR, 2009, p. 193).

O discurso normativo revela uma atualização necessária e constante porque são constantes e dinâmicas as necessidades sociais. Pior então é constatar que no tocante às políticas públicas, muitas das leis elaboradas em seu nome estão destituídas de concretude, talvez porque não possuam carga semântica suficiente para reproduzir um comando efetivo ao administrador.

Esse é um fator que pode levar ao descrédito das prescrições normativas, isto é, em um dado momento, os destinatários da norma jurídica (ou receptores do discurso normativo) podem chegar à conclusão de que a força do ordenamento jurídico é relativa, já que nem sempre as prescrições se conformam à realidade social. Daí o alerta que faz Lenio Streck a respeito da linguagem normativa:

Fetichismo da lei, fetichismo das palavras... A linguagem não é uma terceira coisa entre um sujeito e um objeto. Ela é condição de possibilidade. Logo, ela não é mero instrumento. Ela não está à minha (ou nossa) disposição (Ge-stel). Do mesmo modo, o direito não pode ser visto como uma mera racionalidade

instrumental. Não é uma mera técnica. Para aqueles que têm a crença de que, trocando as palavras se trocam as coisas, lembro que a palavra “bomba” não explode. Pode ser apenas uma “notícia forte”, bombástica. Na rosa não está o seu perfume, para usar um exemplo antigo. Não precisamos falar, neste pequeno espaço, dos usos sociais da linguagem, etc. Apenas quero dizer que não podemos dar às palavras o sentido que queremos e tampouco podemos pensar que, trocando-se os nomes, as coisas mudam (pelo menos da noite para o dia). (STRECK, 2012).

Neste ponto cabe a digressão elaborada por Ferraz Jr. quando refere existir dois momentos funcionais de valor no discurso da norma, denominados programa valorativo e campo valorativo.

Conforme o autor:

Programa e campo valorativo constituem, a nosso ver, componentes básicos da estrutura dialógica do discurso da norma. O *programa valorativo* deve ser entendido como uma delimitação da realidade, por meio de um projeto de sentido estimativo, de tal modo que se estabeleça um recorte no volume dos dados reais, para os quais a norma jurídica é determinante e que, desse modo, se tornam determinantes também para ela. O *campo valorativo* não se confunde com a dimensão fática do direito entendida como o conjunto dos dados do mundo circundante. Ele consiste no âmbito do real possível que constitui o conteúdo material da norma. Assim, quando falamos em *norma justa*, ou estamos pensando no *programa valorativo*, enquanto projeto modificativo e demarcatório da realidade, ou no *campo valorativo*, enquanto ajustamento à realidade. (FERRAZ JR, 1997, p. 112).

Esse é um problema real e que aflige uma parcela da comunidade jurídica para a qual, pior do que não ter a norma voltada ao atendimento de um direito social, é tê-la desprovida de efetividade.

As críticas ao discurso sobre a implementação dos direitos sociais a partir das políticas públicas acabam tendo como pano de fundo o imenso arcabouço normativo ligado ao tema que se encontra destituído da necessária densidade, de onde se pode concluir que sobre o assunto muito se fala e pouco se constrói porque ou a realidade social foi mal valorada ou porque o projeto de modificação da realidade social foi mal orientado.

1.3 A pragmática universal de Habermas aplicada ao discurso jurídico contemporâneo

*Uma prática fundadora de constituição requer mais do que um princípio discursivo pelo qual os cidadãos possam julgar se a lei que produzem é legítima. As formas de comunicação das quais se espera que ensejem a formação de uma vontade política racional mediante o discurso precisam elas próprias ser legalmente institucionalizadas. Ao assumir uma forma legal, o princípio do discurso transforma-se num princípio de democracia (Jürgen Habermas – *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993, posfácio da segunda edição).*

Indubitavelmente a racionalidade das decisões políticas deve guardar proximidade com os efeitos que dela se espera, de modo que, ao deparar-se com situações favoráveis de aceitação do seu discurso, o governante saiba que a tarefa de torná-lo efetivo não se esgota com idealização do programa social, mas, ao contrário, somente irá se definir e, de fato, passar a ser aceito pela sociedade quando o resultado prático da sua intenção puder ser verificado.

Segundo Thomas McCarthy³,

[...] todo o projeto de Habermas, desde a crítica do cientificismo contemporâneo até à reconstrução do materialismo histórico, repousa na possibilidade de proporcionar uma explicação da comunicação, que seja simultaneamente teórica e normativa [e] que vá mais para além da pura hermenêutica sem ser redutível a uma ciência empírico-analítico-estrita. (McCARTHY, 1980)

Antes de tudo, é preciso deixar claro que este tópico não pretende revisitar toda a obra de Habermas sobre o agir comunicativo, no qual o autor fundamenta sua teoria da comunicação no direito, mas trazer apontamentos pelos quais se possa iluminar o discurso jurídico e o seu conseqüente normativo, baseados na lição desse autor.

Para Jürgen Habermas, o discurso verdadeiramente válido só se legitimaria a partir da notabilização do argumento apto a convencer a audiência pela aceitação dos seus predicados, o que faz sustentar, ao final, uma teoria social baseada na comunicação ativa, realizadora e de acordo com um consenso racional prévio.

³ Thomas A. McCarthy, filósofo americano é professor na Universidade de Yale, Estados Unidos.

Mas a linguagem também se apresenta como uma espécie de sistema, um sistema de linguagem, precisamente. Um “suprassistema”, como bem demonstra Márcio Pugliesi, composto de três subsistemas: o verbal, o vocal e o gestual. (PUGLIESI, 2009).

Conforme refere o autor:

O primeiro permite o texto e os outros dois o ‘paratexto’ ou ‘contexto’. E os três, em conjunto, conformam a atmosfera semântica propiciadora das comunicações interpessoais, pois a falta de compreensão do significado ensejará a pragmática inadequada ao contexto. (PUGLIESI, 2009, p. 35).

Por outro lado, existem funções na linguagem capazes de orientar, descrever, expressar e comandar as mais variadas situações de comunicação. É nesse aspecto que White assevera que, para Habermas, “a linguagem é um meio para coordenar a ação.” (1995 apud HABERMAS, 1981).

Uma dessas funções, a *injuntiva*, pode manter-se apenas no nível verbal e, se for clara e bem trabalhada do ponto de vista da argumentação, será capaz de *persuadir* (aceitar plenamente a conveniência de uma coisa pela força da razão), como nos informa o autor (PUGLIESI, 2009, p. 29).

Contudo existem elementos na função injuntiva da linguagem que, se em conjunto alcançarem preponderância no discurso, acabam por redundar numa obediência automática por parte do receptor, simplesmente porque convence sem intimidar. Este convencimento surge porque o substrato argumentativo utilizado é naturalmente aceito pela audiência.

Segundo Pugliesi, é essa função injuntiva que Ferraz Jr nomina como *cometimento*, que se mostra capaz de referendar a análise pragmática da norma jurídica: “[...] uma injunção pode, entretanto, ser recusada pelo receptor e, portanto, não ser válida.” (2009 apud FERRAZ JR, 1988).

Pugliesi lembra que para Habermas:

[...] a validade da função injuntiva da linguagem é definida pela sua *justeza*, ou adequação ao contexto, isto é, nem toda injunção é capaz de ser obedecida se não se mostrar justa ou, pelo menos, condizente com o contexto em que está envolvida, é dizer: o comando se mostrará válido diante do contexto em que está inserido tornando-se persuasivo ou não

será justo e, portanto, incapaz de produzir o consenso sobre a sua aceitação. (2009, apud HABERMAS, 1981).

Dessa forma, pode-se concluir que os discursos sobre o consenso e sobre a comunicação dialógica fundam a pragmática universal de Habermas, na medida em que “ao substituir a razão prática por uma razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos chegam à norma, por força do melhor argumento.” (NUNES JUNIOR, 2003, p. 7).

Nesse sentido é o próprio Habermas quem pontifica:

Conforme a concepção republicana a formação da opinião e da vontade políticas no espaço público e no parlamento não obedece às estruturas dos processos de mercado, mas tem suas estruturas específicas. São elas as estruturas de uma *comunicação pública orientada para o entendimento*. O paradigma da política no sentido de uma autodeterminação cidadã não é o do mercado e sim o do diálogo. (HABERMAS, 1995, p. 43).

Sob a luz dessa perspectiva pode-se concluir que, embora as questões de mercado sejam parte integrante do desenvolvimento social, nem sempre elas estarão voltadas ao atendimento das necessidades básicas da sociedade. Isto deve ser observado e atendido conforme um programa de ações estatais previamente definido em conjunto com a população a ser beneficiada, mesmo que tal programa possa incluir a participação da iniciativa privada.

E, citando Frank Michelman⁴, Habermas aduz:

[...] uma concepção dialógica vê – ou talvez fosse o caso de dizer que idealiza – a política como uma atividade normativa. Ela concebe a política como uma contestação sobre questões de valores e não meramente questões de preferências. Ela entende a política como um processo de argumentação racional e não exclusivamente de vontade, de persuasão e não exclusivamente de poder, orientado para a consecução de um acordo acerca de uma forma boa e justa, ou pelo menos aceitável, de ordenar aqueles aspectos da vida que se referem às relações sociais e à natureza social das pessoas. (1995 apud MICHELMAN, 1988).

A força do argumento da teoria da ação comunicativa de Habermas reside no pensamento recorrente sobre a racionalidade e validade que devem existir nas

⁴ MICHELMAN, Frank Isaac. Law's Republic, The Yale Law Journal, vol. 97, nº 8. Frank Isaac Michelman é professor de Teoria do Estado na Universidade de Harvard, Estados Unidos.

comunicações intersubjetivas, de maneira que possam resultar em decisões satisfatoriamente aceitas pela sociedade.

Habermas critica o pensamento filosófico tradicional fundado nas teorias que o sustentaram para propor uma filosofia ligada ao discurso e ao procedimento, “substituindo a dimensão sintática e semântica pela linguagem que passa a constituir-se num médium de integração social.” (NUNES JUNIOR, 2003, p. 6).

A virada linguística à qual aderiu Habermas, dirigiu seu pensamento rumo ao apelo à pragmática, baseando-se nas situações de consenso que devem surgir da comunicação intersubjetiva, isto é, a razão de ser da ação comunicativa deve estar fundada em universais pragmáticos sobre os quais não existe dissenso, tais como a democracia, a moral, a justiça, enfim tudo o que possa sustentar decisões racionais.

Para tanto, a linguagem ocupa papel destacado na filosofia de Habermas, como pondera Márcio Pugliesi referindo-se ao autor:

[...] a linguagem nasce da interação pessoal e tende para o consenso e para a racionalidade econômico-produtiva que tende para a diferenciação social e para a complexidade. Existem condições em que a linguagem se abastarda frente ao sistema econômico, sendo usada de um modo instrumental. Mas, porque necessita se tornar válida, acaba por se autocorriger e corrigir as pretensões do sistema econômico. (2009 apud HABERMAS, 1981).

A partir desse ponto busca-se confirmar que a pragmática comunicacional de Habermas, voltada à produção da norma jurídica, deve estabelecer o contato necessário entre a elaboração de uma norma justa e a sua conseqüente aceitação pelo corpo social.

Para isso é preciso que estejam presentes os quatro elementos que validam o discurso, segundo descreve Pugliesi amparado na lição de Habermas: 1- a inteligibilidade (compreensão do discurso); 2- a veracidade (correspondência ao estado de coisas descrito); 3- a justeza (adequação ao contexto da relação pessoal em causa ou a correspondência com os objetivos reconhecidos como válidos) e 4- a sinceridade (noção exata das intenções do emissor). (2009, apud HABERMAS, 1981). Habermas, então, esclarece:

O agir comunicativo coloca em jogo um espectro mais claro dos fundamentos – fundamentos epistêmicos para a verdade das asserções, pontos de vista éticos para a autenticidade de uma escolha de vida, indicadores para a sinceridade das declarações, experiências estéticas, explicações narrativas, padrões de valores culturais, exigências de direitos, convenções etc. A imputabilidade não se limita apenas aos critérios de moralidade e da racionalidade objetiva (com respeito a fins). É muitas vezes somente objeto da razão prática, porém consiste universalmente na capacidade de um ator de orientar seu agir por exigências de validade. (HABERMAS, 2001, p. 49).

A violação de qualquer dos requisitos mencionados, conforme aponta Fernanda Marcon, “[...] macula a validade discursiva, seja pela constatação da inverdade, ilegitimidade ou ausência de veracidade de seu conteúdo.” (MARCON, 2006, p. 28).

Porém, quanto à sinceridade como uma das características do discurso elencadas por Habermas, Pugliesi conclui que no uso cotidiano da linguagem ela nem sempre está presente. Nesse caso:

[...] as intenções do emissor ficam escondidas, embora possa, mesmo assim, ser aceita e produzir seus efeitos. No entanto, sempre resta ao ouvinte responder com um “não” ao emissor, ou seja, pôr em causa a sua validade. Neste caso, o emissor tem de honrar a sua pretensão de validade através da argumentação. E é deste jogo de argumentações, a que presidem as regras lógicas, que nascerá finalmente o consenso. O acordo entre o emissor e o ouvinte é a condição final para que este realize os efeitos da emissão. A produção de normas, quer morais, quer jurídicas, decorre da universalização desse consenso. (PUGLIESI, 2009, p. 32).

Dessa constatação pode-se chegar à conclusão, nos dias atuais, da distância que separa o discurso político da ação que o legitima. Explica-se.

Se a efetivação do que está sendo apresentado à sociedade, como programa de realização política a ser concretizado mediante um conjunto normativo não se realiza, pode-se considerá-lo ilegítimo, porque a falta de concretização do discurso político está dissociada da legítima expectativa social.

Sobre a legítima expectativa social gerada na racionalidade do discurso, Habermas aduz:

Em contextos de ação comunicativa, chamamos alguém de racional não apenas por ser capaz de formular uma asserção e, quando criticado, apresentar razões para ela apontando evidências apropriadas, mas também

por estar seguindo uma norma estabelecida e ser capaz – quando criticado – de justificar sua ação, explicando a situação dada à luz das legítimas expectativas. (1995 apud HABERMAS, 1981).

Nesse aspecto cria-se deliberadamente o risco de prescrição de normas inócuas que, uma vez orientadas à satisfação dos direitos sociais, têm sua densidade normativa esvaziada.

Esta parece ser a conclusão a que chega Marcon baseada na locução de Habermas:

O ouvinte pode negar *in totum* a manifestação de um falante, ao contestar quer a verdade do enunciado nela firmado (ou das pressuposições de existência do conteúdo de seu enunciado), quer a justeza do ato de fala em relação ao contexto normativo da manifestação (ou a legitimidade do próprio contexto pressuposto), quer a veracidade da intenção manifesta do falante (isto é, a adequação entre o que deseja dizer e o que diz). (2006 apud HABERMAS, 2002, p. 435).

Transpondo tal conclusão para o contexto do que aqui se está declarando, verifica-se que o discurso político do legislador e do administrador público se manifesta, precipuamente, nos textos normativos elaborados pelo primeiro e na ação pública concretizada pelo segundo, ambos em sintonia com o que efetivamente corresponde a um dado programa de ação que cria no público ouvinte a expectativa de sua realização, de forma absolutamente legítima.

Ora, se o que determina o agir administrativo é a lei cumpre, então, ao agente público seguir efetivamente a diretriz normativa produzida para que tenha resultado uma ação plenamente justificada. Desse modo, ao agir com a finalidade de cumprir a orientação constitucional, toda ação pública administrativa ou judicial assim fundamentada estará em consonância com a vontade constitucional conforme orienta a lição de Konrad Hesse (1991).

Por outro lado, quando as diretrizes normativas “oriundas dos discursos públicos e da vontade democrática dos cidadãos possa se apresentar injusta”, abrem-se dois caminhos: “o primeiro, a permanecer injusta, passa a constituir-se arbítrio; o segundo, a tornar-se arbítrio, surge a falibilidade e, com isso, a presunção de que seja revogada ou revista.” (NUNES JUNIOR, 2003, p. 7).

White esclarece com precisão o traço distintivo do universalismo habermasiano assim:

A forma mais simples de extrair o que é distintivo sobre o princípio de universalização de Habermas é compará-lo com o de Kant. Para Kant, o imperativo categórico constitui um teste que cada indivíduo pode realizar monologicamente; isto é, cada um pergunta a si mesmo se ele pode querer que uma norma proposta seja uma lei universal. Para Habermas, por outro lado, o teste é se, ou não, uma norma proposta é aceitável numa argumentação real a todos que são potencialmente afetados por essa norma e se quer dizer por “aceitável” que a norma satisfaz os interesses de cada participante do argumento. Normas justificáveis, então, são aquelas que incorporam “interesses generalizáveis”. (1995 apud HABERMAS, 1983).

Seguindo, então, a linha habermasiana de pensamento, há uma justificativa pública e racional numa ação que está baseada na linguagem consensual e, ao que parece, não há nada mais consensual no ordenamento jurídico que a Constituição, principalmente a de 1988, produto de uma assembleia constituinte convocada especialmente para a finalidade de fundar um novo ordenamento jurídico-constitucional.

A justiça da ação comunicativa, por seu turno, estaria inserida, segundo Marcon:

[...] na razão prática⁵ corporalizada em procedimentos e processos (entendida tanto em sentido moral quanto jurídico) que aponta para além do *ethos* concreto de determinada comunidade ou da interpretação de mundo articulada em determinada tradição ou forma de vida. (2006 apud HABERMAS, 1997, p. 20).

Com isso, ainda em conformidade com a autora, “[...] estaria evidenciada a tensão entre facticidade e validade, que determinará o conteúdo do direito e de seu papel na realização da justiça.” (MARCON, 2006, p. 28).

Desse modo, é possível concluir, com apoio na lição de Bigonha e Moreira, que Habermas propõe um projeto baseado na:

[...] constituição de uma esfera imediatamente legislativa para a constituição de uma comunidade jurídica autônoma. Justamente nisso consiste o diferencial da Teoria Discursiva do Direito, isto é, o afastamento de uma

⁵ Esclarece Fernanda Marcon: “[...] parece possível associar a ‘razão prática’ à razão comunicativa, na qual se baseia a teoria habermasiana.” (MARCON, 2006, p. 28).

esfera privilegiada de normativismo jurídico, ou seja, a negação da concepção de existência de um modelo para o ordenamento jurídico. Assim, a Teoria Discursiva do Direito não privilegia nem um direito formal (Estado liberal) tampouco um direito material (Estado social), pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma liberdade comunicativa que assegura o perpetuar-se da criação do ato jurídico como processo constituinte permanente. Como paradigma procedimental, reveste-se de caráter prescritivo somente a liberdade comunicativa, de sempre de novo proceder às melhores razões que se põem na dança entre a facticidade das objeções e proposições e a idealidade contida em pretensão à aceitabilidade universal. Nesse caso, é a liberdade de constituir seu próprio horizonte, seu arcabouço conceitual e sua normatividade jurídica que é elevada a paradigma, mas não formas de vida dadas imediatamente. A normatividade que é elevada a paradigma é uma normatividade posterior, fruto de um processo decisório constante, que cria e constitui seu próprio sentido. (BIGONHA E MOREIRA, 2009).

Da mesma forma se apresenta o discurso normativo constitucional. A dinâmica da Constituição como documento aberto à interpretação da sociedade (Häberle) se reinventa a cada dia, porque as relações sociais não são estanques e a realidade social não é dada a priori. Razão por que o diálogo permanente entre a Constituição e os seus intérpretes se mostra imprescindível nas relações em que o Estado se faz presente. Daí por que o trabalho de hermenêutica constitucional deve estar sempre atento às mudanças que uma sociedade democraticamente organizada propõe. O consenso sobre o que é desejável para uma sociedade torna-se o seu universo pragmático.

Nesse sentido, seria possível abandonar o atual modelo de ordenamento jurídico para buscar algo que realmente corresponda às justas expectativas da sociedade e da comunidade jurídica? O contratualismo habermasiano entende que sim, mas em que termos?

Nos termos de uma teoria discursiva formulada, conforme aponta Dutra, nas seguintes bases:

Essa teoria constituiu um cruzamento entre normas procedimentais coativas e argumentação, de maneira que o procedimento juridicizado não deve pré-julgar ou dirigir a lógica da argumentação. No entanto, tal argumentação não pode ser entendida do mesmo modo que a argumentação moral, justamente devido às honras que deve prestar à legitimidade do direito oriunda do processo democrático, cuja racionalidade, nos argumentos morais, é mais complexa do que a da argumentação moral. (DUTRA, 2006).

Na “operacionalização solipsista”⁶ da teoria de Dworkin, segundo informa Dutra (2006), residiria a crítica de Habermas, no fato de que ela “ancora suas exigências normativas ‘no ideal da personalidade de um juiz’⁷, que se distingue pela virtude e pelo acesso privilegiado à verdade’ e não pela prática da argumentação.” (2006 apud HABERMAS, 1997, p. 274). Assim:

Quem deseja participar seriamente de uma prática de argumentação tem que admitir pressupostos pragmáticos que o constroem a assumir um papel ideal, ou seja, a interpretar e a avaliar todas as contribuições em todas as perspectivas, também na de cada um dos outros membros virtuais participantes. Com isso a ética do discurso recupera, de certa forma, a norma fundamental de Dworkin, ou seja, a do igual respeito e consideração. (2006 apud HABERMAS, 1997, p. 232).

Do mesmo modo, como relembra Dutra (2006), embora Habermas tenha reconhecido “habitar a mesma casa que Alexy”, à tese deste autor sobre o caso especial dirige a crítica de que “[...] nem o primado da moral pode levar à conclusão da tese do caso especial (*Sonderfallthese*) defendida por Alexy” (2006 apud Habermas, 1997, p. 283). Essa tese, segundo informa Dutra, “defende que o discurso jurídico seja um caso especial do discurso prático-moral em geral” (2006, p. 23).

Para Habermas tal raciocínio não pode ser aceito, porque entre direito e moral existe uma relação de complementaridade e não de subordinação.

A estratégia de Habermas para fazer valer seu raciocínio passa por uma demonstração “transcendental pragmática” para a qual, segundo esclarece White, a responsabilidade:

[...] de todo agente comunicativamente competente, que assume uma argumentação normativa, já pressupõe a validade do princípio de universalização. Tal agente não pode rejeitar esse princípio sem cair numa “contradição performativa.” (1995 apud HABERMAS, 1983).

Outros, como Habermas, buscam respostas convincentes que possam ser apresentadas à sociedade sem que haja qualquer ruptura do sistema jurídico, mas

⁶ O solipsismo é uma corrente filosófica que valoriza a realidade do mundo a partir do eu.

⁷ Hércules é o juiz mítico descrito por Dworkin em *O Império do Direito* que, segundo Michelman, realiza (aplica) o direito de forma isolada, sem contato com os outros sujeitos da relação jurídica.

que sejam capazes de tornar efetivos os programas de ação governamental voltados, principalmente, à justiça social assim como às proposições normativas que os orientam. Nesse contexto, cumpre trazer a avaliação de Nunes Júnior quando, ao concluir sua análise sobre a teoria discursiva de Habermas declara:

O genial da teoria de Habermas reside, portanto, na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, através de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito pode realizar a grande aspiração da humanidade: a efetivação da justiça. (NUNES JÚNIOR, 2003, p. 7).

A “virada argumentativa” mencionada em linhas acima, como bem se sabe, não é recente. Ao contrário, seu surgimento aponta para a década de 1950 com a publicação de *Tópica e Jurisprudência*, de Theodor Viewheg, autor que propôs ao direito repensar o problema vinculando as soluções normativas à realidade posta, já que algo (a norma) só pode produzir efeitos se alcançar a realidade conforme sustenta Friedrich Müller (2009). Do contrário, a realidade se perde na vagueza das intenções normativas.

Nesse sentido, as teorias argumentativas do direito pretendem, numa concepção pós-positivista, delinear com clareza os campos de atuação da norma jurídica no rumo de se buscar uma interpretação condizente com as novas formas de sociedade e de Estado que a contemporaneidade exige.

1.4 Teoria da norma jurídica

Nesse ponto é necessário reproduzir algumas noções sobre a teoria da norma jurídica, no intuito de se ter presente a ideia de que é ela (a norma jurídica) que vai direcionar o comportamento dos agentes públicos e conferir legitimidade às instituições para que os direitos sociais e as políticas públicas que deles decorrem realmente se efetivem.

Assim, parte-se da concepção positivista moderada de Norberto Bobbio, para quem a norma jurídica deve conter uma valoração no seu conteúdo, secundando-a

com a nova proposta normativa estruturante do direito de Friedrich Müller que, segundo informa Paulo Bonavides, “[...] intenta ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen” (BONAVIDES, 1996, p. 248), consagrando-se como um dos principais representantes do pós-positivismo e da denominada “virada argumentativa” do direito.

Portanto, entender a problemática que envolve a norma jurídica é fundamental para o desenvolvimento deste trabalho, porque pela análise do seu conceito (essencial) e da sua finalidade é que se pode verificar, com maior acuidade, os temas que envolvem a norma constitucional *a priori* e, especialmente, a norma constitucional programática veiculada por políticas públicas, sob a perspectiva de sua necessária concretização pelo sistema normativo brasileiro.

Assim, é possível entender o mundo normativo como o mundo da validade normativa. Contrariamente ao que se verifica nas experiências realizadas para a comprovação científica dos fenômenos físicos, a norma jurídica não contém um juízo de verdade ou, como afirma Dimitri Dimoulis⁸:

As normas imperativas (normas de dever ser) não podem, ao contrário, ser avaliadas com relação à sua veracidade ou falsidade. Se a norma do dever ser for violada, isso não permite considerá-la como falsa; tampouco podemos dizer que é verdadeira quando está sendo respeitada. (DIMOULIS, 2003, p. 64).

Para ser válida, a norma deve estar em conformidade com a Constituição porque é ela que estabelece os critérios de competência, da matéria e os do procedimento a ser observado para a sua elaboração, assim como propicia ao intérprete quando e como uma norma tida por inconstitucional deva ser retirada do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, novamente a lição de Dimoulis:

⁸ Lembra Dimoulis (2003 apud Kelsen, 2000, 1986 apud Ross, 1971 apud Mastronardi, 2001): A lógica ensina que não é possível avaliar a verdade de uma norma, porque o dever ser é independente do ser. Nenhum dos dois pode ser deduzido do outro. Essa lógica, conhecida como lei de Hume, pode ser formulada da seguinte forma: “da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser não se segue que algo seja” (Kelsen, 2000, p. 6; Kelsen, 1986, p. 70-109; Ross, 1971, p. 98-100. Cf. a análise crítica em Mastronardi, 2001, p. 92-101).

O juízo de validade indica se determinado mandamento possui (ou não possui) a qualidade de norma jurídica, se deve (ou não deve) ser considerada como parte do direito em vigor. (DIMOULIS, 2003, p. 65).

O autor ainda destaca que para além do critério de validade da norma, esta deve estar condizente com critérios sociológicos e filosóficos. Para Dimoulis, o exame sociológico da norma passa por saber se ela “é obedecida e se alcança as finalidades que persegue” quando é cotejada com a realidade social, “podendo ser constatados o grau de eficácia e de adequação.” (2003 apud SABADELL 2002, p. 64-73).

Finalmente, o exame da norma sob o ponto de vista filosófico toma o dever-ser como seu referente, ou seja, verifica-se “se ela está em conformidade com os ideais de justiça e se é aceita pela população (considerada legítima).” (DIMOULIS, 2003, p. 65).

Nem toda norma veiculadora de políticas públicas traz em seu bojo a nota da coercibilidade, de modo que a sua inobservância possa gerar imediatamente uma sanção.

Contudo deve-se destacar que o caráter imperativo da norma é preponderante, mas não essencial para a sua compreensão, mesmo porque existem normas que embora obriguem aos seus destinatários, são destituídas de sanção. Dimoulis as denomina “normas imperfeitas”. (DIMOULIS, 2009).

A par dessa ideia, como leciona Maria Helena Diniz, as normas jurídicas são imprescindíveis para a organização e o desenvolvimento da sociedade.

Para a autora:

[...] somente as normas de direito podem assegurar as condições de equilíbrio imanentes à própria coexistência dos seres humanos, possibilitando a todos e a cada um o pleno desenvolvimento das suas virtualidades e a consecução e gozo de suas necessidades materiais. (DINIZ, 1999, p. 24).

O texto legal pode até não prever a sanção para o seu descumprimento, mas o sentido da norma (a sua essência) revela a impossibilidade que algo possa existir, em termos normativos no ordenamento, sem que a sua inobservância nada possa

causar ao sistema jurídico. Isto se configuraria numa contradição que não pode ser aceita por aquele sistema ou, como sustenta Bobbio, “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si.” (BOBBIO, 2008).

Dessa forma, a omissão voluntária aos preceitos normativos revela desobediência ao ordenamento jurídico, embora disso não decorra necessariamente uma sanção. Porém é preciso ter consciência de que nem sempre os direitos sociais estarão veiculados por normas expressas, mas, ao contrário, em boa parte das vezes, decorrerão de uma interpretação principiológica radicada na Constituição. Nesse ponto, é bom ter assentado do ponto de vista do marco teórico adotado “que os princípios jurídicos são definitivamente admitidos por normas do mais alto peso”, segundo afirma Paulo Bonavides (1996).

A partir desse raciocínio, fica evidenciada a importância da produção legislativa responsável e comprometida com o futuro e com o desenvolvimento do país porque, embora as políticas públicas possam ser instituídas por outros veículos normativos que não a lei, esta continua sendo a melhor (mas não a principal) forma de se garantir o quadro dos direitos sociais previsto na Constituição, até porque se origina de um discurso público aceito democraticamente pelos cidadãos.

Por responsável diga-se do conjunto normativo de políticas públicas que contenha eficácia jurídico-social bastante para a sua efetivação e conseqüente juridicidade.

Comprometida seria a atuação legislativa que elabore a norma jurídica com base na realidade social, provendo-a da adequada carga de justiça e de legitimidade, preocupada com a inflação legislativa geradora de um problema maior intuído por Dahrendorf e lembrado por Rogério Greco: a anomia legislativa concebida sob “a ausência de normas ou desrespeito às normas existentes por parte da sociedade confiante na impunidade.” (GRECO, 2009, p. 28). Para Dahrendorf:

O caminho para a anomia seria um caminho ao longo do qual as sanções iriam sendo progressivamente enfraquecidas. Os responsáveis deixam de aplicar as sanções; indivíduos e grupos são isentos delas. A impunidade se torna cotidiana. (2009 apud DAHRENDORF, 1997, p. 30-31).

É de se lembrar, contudo, que o problema da anomia prepondera em face das leis penais, mas sua definição pode ser utilizada também em face das leis sobre políticas públicas que ainda não foram elaboradas ou por aquelas que, embora promulgadas, são destituídas de observância por parte dos poderes públicos.

1.4.1 Norberto Bobbio e a teoria da norma jurídica

Norberto Bobbio foi um dos mais respeitados jusfilósofos do século XX. Era obcecado pela busca dos fatos e se dizia um “empirista”, conforme descreveu Alaor Caffé Alves na apresentação da tradução para o português da obra *Teoria da Norma Jurídica* do autor italiano.

Nas décadas de 1950 e 1960, segundo informa Alves, Norberto Bobbio “[...] dedicou-se à construção de uma teoria geral do direito de caráter formal, afastando dela as questões axiológicas e sociais, tornando-a, em grande medida, semelhante à concepção normativista de base kelseniana.” (BOBBIO, 2008, apresentação da tradução para o português).

Importante ressaltar que no período em que foi concebida sua teoria sobre a norma jurídica, Bobbio também estava empenhado em realizar estudos sobre uma “concepção estrutural do direito”, conforme aduz Alves. (BOBBIO, 2008, p. 12).

Norberto Bobbio foi um positivista, mas um positivista crítico e moderado. Era consciente das inverdades que foram ditas sobre uma denominada “versão moderada” do positivismo jurídico e absolutamente contrário aos cânones do positivismo estrito. São suas as palavras a seguir:

Concluindo: dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado (BOBBIO, 2006, p. 238).

Por outro lado, o jusfilósofo de Turim reconheceu o mérito da teoria institucionalista por ter “[...] alargado os horizontes da experiência jurídica para além das fronteiras do Estado”, num evidente afastamento da teoria estatal que identifica

o âmbito do direito com o Estado, nitidamente suposto do pensamento sistêmico concebido pelo ordenamento jurídico kelseniano.

Consciente dos problemas metodológicos da teoria estatal e observador crítico da teoria institucionalista do ordenamento jurídico, Bobbio se manteve fiel à teoria normativa, atento ao fato de que por normativas também podem ser as regras que não se originam unicamente do Estado.

Em suas palavras:

Não existe nenhuma razão que induza a rejeitar que a teoria normativa também possa ser compatível com o pluralismo jurídico, já que não há nenhum motivo para restringir a palavra “norma”, assim como é usada pela teoria normativa, somente às normas do Estado. (BOBBIO, 2008, p. 35).

Bobbio pretendia uma filosofia jurídica positiva que pudesse analisar as questões do direito sob uma perspectiva empírica, focada em grande parte na jurisprudência.

A linguagem e a comunicação também ganharam relevo a partir dos estudos que o autor realizou sobre a função do discurso aplicado à ciência jurídica.

De outro lado, sua teoria sobre a norma jurídica apresenta estrutura clara e objetiva, a partir da qual se busca o sentido de obter respostas sobre a finalidade da norma (e em especial da norma jurídica) em um mundo ditado pelas mais variadas regras.

Neste tópico, pretende-se discorrer basicamente sobre os três critérios de valoração da norma intuídos por Bobbio: a justiça, a validade e a eficácia.

É de se notar que para ele o valor justiça passa a integrar o conteúdo da norma, afastando-se o autor da neutralidade normativa pretendida por Kelsen.

Essas valorações (justiça, validade e eficácia) para Bobbio são independentes umas das outras.

1.4.1.1 O problema da justiça

Bobbio sustenta que o problema da justiça “[...] é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico.” (BOBBIO, 2008, p. 46).

Segundo o autor, como o ordenamento jurídico se dirige a um fim, qual seja, atingir os valores que a sociedade entende sejam fundamentais, um legislador consciente teria, então, a responsabilidade de dirigir sua obra no sentido de alcançar essa finalidade.

Dessa forma, para Bobbio, “[...] no caso de se considerar que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores.” (BOBBIO, 2008, p. 46).

A partir daí torna-se clara a ideia que se pretende expor neste ponto, qual seja, a de que a norma constitucional programática, por retratar os valores supremos escolhidos pela sociedade, possui em seu conteúdo valorativo uma carga de justiça capaz de torná-la exigível, não apenas do ponto de vista subjetivo, individual, mas sob a perspectiva da coletividade.

Para o autor italiano é intensa a afirmação sobre a justiça da norma e o que ela representa para a elaboração da sua estrutura:

Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta tem um sentido: equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores. Mas, também no caso de não se acreditar em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido: equivale a perguntar se essa é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito. (BOBBIO, 2008, p. 46).

Ao final, entende-se com Bobbio ao evidenciar que a justiça da norma, nos moldes em que ele a considera, apresenta-se como um imperativo ético a ser perseguido pelo legislador e um dever a ser exigido do Estado pela sociedade.

Discorrendo sobre a independência dos critérios de valoração da norma, Bobbio esquematiza, de forma exemplificativa, as incoincidências que podem ser reveladas sempre a partir de duas premissas básicas.

1.4.1.1.1 Uma norma pode ser justa sem ser válida

Partindo de um exemplo, Bobbio examina a invalidade de uma norma tida por justa a partir do fato de ela estar ou não prevista em uma regra ou conjunto de regras:

Para dar um exemplo clássico, os teóricos do direito natural formulavam em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais. Quem formulava essas normas, considerava-as justas, porque as inferia de princípios universais de justiça. Mas estas normas, a não ser que fossem escritas em um tratado de direito natural, não eram válidas. Tornavam-se válidas apenas na medida em que eram acolhidas por um sistema de direito positivo. O direito natural pretende ser o direito justo por excelência, mas somente pelo fato de ser justo não é também válido. (BOBBIO, 2008, p. 48).

Com isso depreende-se que uma norma mesmo sendo justa pode ser inválida porque não adentrou positivamente no ordenamento jurídico.

1.4.1.1.2 Uma norma pode ser válida sem ser justa

O exame da injustiça da norma válida é relativamente fácil. Muitas são as leis previstas em vários ordenamentos que ultrapassam qualquer sentido de razão ou de justiça. Em alguns países muçulmanos como no Afeganistão, o adultério da mulher é crime apenado com a pena capital, executada por apedrejamento.

No Irã, o homossexualismo, embora não reconhecido pelo governo, pode ser sancionado com açoitamento e prisão quando descoberto, não em decorrência da previsão normativa, mas da ingerência do Corão na realidade estatal iraniana.

Os exemplos acima citados servem para demonstrar que quando o Estado legisla apartado da realidade social, cria situações abstratas para exercer um controle social ilegítimo. O mesmo se dá quando, guardadas as proporções, o legislador admite emendas que desvirtuam totalmente o sentido originário da norma, o que pode transformar algo virtuoso em injustiça como aconteceu, por exemplo, na elaboração da lei dos crimes hediondos, já mencionada.

Portanto, vê-se que a injustiça de uma norma jurídica pode estar presente mesmo que ela seja válida, como exemplifica o autor:

Aqui não é preciso ir muito longe para buscar exemplos. Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo do regime. Certamente o direito, que em todos os regimes de certo período histórico e em alguns contemporâneos que consideramos civilmente ultrapassados, admite a escravidão, não é justo, mas nem por isso é menos válido. Não faz muito anos vigoravam leis raciais que nenhuma pessoa racional estaria disposta a considerar justa e, não obstante, eram válidas. (BOBBIO, 2008, p. 49).

O problema *deontológico* do direito é o que primeiramente Jeremy Bentham⁹ verificou como ciência em sua obra *Deontologia ou a Ciência da Moralidade*, de 1834 (LAZZARINI, 2005). Para o autor, a deontologia seria a ciência ou o conhecimento sobre o que é justo e conveniente que o homem faça, decorrente dos valores do dever ou da norma que dirige o comportamento humano.

A deontologia do direito liga-se, portanto, às questões éticas e morais que comandam a conduta dos seus operadores. No sentido que lhe dá Bobbio, cuida do conjunto de regras e princípios que deve nortear o pensar e o agir éticos quando da elaboração da norma jurídica.

⁹ Jeremy Bentham, filósofo inglês, foi o criador da corrente filosófica denominada utilitarismo. Álvaro Lazzarini aduz que “o vocábulo deontologia, ainda hoje, é considerado um neologismo, introduzido por Jeremy Bentham na nomenclatura filosófica. Esse filósofo e economista inglês, com efeito, o adotou no título de uma de suas obras, aliás publicada postumamente no ano de 1834, ou seja, a sua ‘Deontology or the Science of Morality’. [...] sendo o termo criado por Jeremy Bentham para designar uma ciência do ‘conveniente’, isto é, uma moral fundada na tendência de seguir o prazer e a fugir da dor e que portanto ‘prescinda de todo apelo à consciência, ao dever etc.’” (LAZZARINI, 2005, p. 119).

1.4.1.2 O problema da validade

Corresponde ao problema da existência da regra jurídica enquanto tal, ou seja, do fato de ela existir no ordenamento jurídico.

No dizer de Bobbio, a validade é uma situação fática:

[...] independentemente do juízo de valor se ela é justa ou não. Enquanto o problema da justiça se resolve com um juízo de valor, o problema da validade se resolve com um juízo de fato, isto é, trata-se de constatar se uma regra jurídica existe ou não, ou melhor, se tal regra assim determinada é uma regra jurídica. (BOBBIO, 2008, p. 46).

No exercício de interpretação da lei, primeiro há de se perquirir se a regra, do ponto de vista jurídico, existe.

Para que exista validamente, a norma jurídica deve ser avaliada segundo três operações propostas pelo autor (BOBBIO, 2008, p. 47): 1- averiguação sobre a legitimidade da autoridade que a produziu; 2- averiguação sobre a hipótese de sua não ab-rogação; 3- averiguação sobre a sua incompatibilidade com outras normas do sistema.

Para Bobbio, o problema da validade jurídica da norma “[...] pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito.” (BOBBIO, 2008, p. 47).

O problema *ontológico* do direito está ligado ao estudo da sua Teoria Geral e tem por objeto de estudo, segundo informa Siqueira Jr:

[...] o “ser” do Direito, ou seja, estuda a realidade jurídica, investigando as suas características essenciais. É a própria Teoria Geral do Direito, que é a compreensão da realidade e do sentido fundamental do direito no meio social em que está inserido. (SIQUEIRA JR, 2009, p. 265).

Portanto, a validade liga-se ao objeto do estudo da principal fonte do direito que é a norma jurídica, considerada positivamente a partir da sua existência.

Desse modo, a validade corresponderia à validade formal da norma jurídica, do ponto de vista técnico-jurídico, pressupondo a elaboração pelo poder competente e de acordo com o procedimento previsto.

1.4.1.2.1 Uma norma pode ser válida sem ser eficaz

Bobbio fornece outro exemplo para explicar o problema de uma norma válida, porém, destituída de eficácia. Lembra o autor que “[...] o consumo de bebidas alcoólicas no período entre as duas guerras nos Estados Unidos, em que era proibido, não se mostrava inferior ao do período imediatamente posterior.” (BOBBIO, 2008).

Complementando o exemplo americano, o autor utiliza-se de outro que, segundo ele, retrataria a ineficácia das normas constitucionais italianas:

Sem ir tão longe, muitos artigos da Constituição Italiana não foram até hoje aplicados. O que significa a tão frequente deplorável desaplicação da Constituição? Significa que nos encontramos frente a normas jurídicas que, embora válidas, isto é, existentes enquanto normas, não são eficazes. (BOBBIO, 2008, p. 49).

Refletir sobre a eficácia normativa das normas constitucionais programáticas é a questão que se coloca num país como o Brasil. O exemplo da constituição italiana trazido por Bobbio traduz um questionamento comum em quase todos os sistemas constitucionais democráticos do mundo: saber se as normas constitucionais, principalmente, as que anunciam os direitos sociais realmente são destituídas de eficácia, como está declarado no trecho acima recortado.

As normas sobre direitos sociais geralmente estão dispostas na Constituição Federal de 1988 como sendo espécies do gênero “normas programáticas.” Para Norberto Bobbio, essas normas constituem uma contradição em termos:

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 no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem aos 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 *hit et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos 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 corretamente de “direito”? (BOBBIO, 2004, p. 92).

Este trabalho tem a pretensão de enfrentar o problema anunciado por Bobbio sem, contudo, esgotá-lo já que “rios de tinta foram vertidos sobre o tema”. Pretende-se, isto sim, confirmar ou não a premissa recortada, razão por que a análise dos critérios de valoração e validade da norma jurídica se mostram importantes para o seu desenvolvimento.

1.4.1.2.2 Uma norma pode ser eficaz e não ser válida

O direito consuetudinário é um conjunto de costumes que foram elevados a sistema jurídico nos países que o adotam.

Bobbio lança o seguinte questionamento: “E o que é o uso constante, regular, generalizado e uniforme que se exige de um costume para que ele se torne jurídico, senão aquilo que chamamos de eficácia”? (BOBBIO, 2008).

O que transforma o costume em algo jurídico é a sua inserção no sistema, tornando-se reconhecido pelos órgãos competentes desse sistema, como o legislador e o juiz para produzir normas jurídicas.

O mestre de Turim conclui:

[...] enquanto for apenas eficaz, uma norma consuetudinária não se torna jurídica. Transforma-se em jurídica quando os órgãos de poder lhe atribuem validade, o que confirma que a eficácia não se transforma diretamente em validade, e portanto uma norma pode continuar a ser eficaz sem por isso se tornar jurídica.

A eficácia da norma para Bobbio decorre da sua integração ao sistema jurídico não somente pela sua positivação, mas pelo reconhecimento concreto da sua existência, tal como se dá, de forma análoga, com a regra constante no artigo 4º do decreto-lei nº 4.657/42.¹⁰

¹⁰ Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Maria Helena Diniz declara que “[...] a grande maioria dos juristas, (...) sustenta que o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, sendo portanto a norma jurídica que deriva da longa prática uniforme, constante, pública e geral de determinado ato com a convicção de sua necessidade jurídica.” (DINIZ, 2005, p. 121).

1.4.1.3 O problema da eficácia

No tocante à eficácia, o problema da norma jurídica, segundo Bobbio, refere-se ao dever de obediência à norma:

[...] ser ela seguida ou não pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica) e, no caso de violação, ser imposta através de meios coercitivos pela autoridade que a evocou. Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida. (BOBBIO, 2008, p. 47).

Existem normas que são seguidas universalmente sem que haja um preceito secundário de coação, e são as mais eficazes. Outras, que não são observadas pela generalidade das pessoas, apesar da existência do preceito secundário coativo, e outras que não são seguidas, mesmo contendo preceito coativo que não é aplicado (são as menos eficazes).

A par dessas considerações, Bobbio declara que:

A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. [...] o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema *fenomenológico* do direito. (BOBBIO, 2008, p. 48).

O problema *fenomenológico* do direito a que se refere Bobbio liga-se à fenomenologia como método filosófico criado por Edmundo Husserl, que na lição de Fontes “[...] caracteriza-se pelo retorno às próprias coisas, afastando-se do subjetivismo do pensamento idealista. Em vez da consciência, é o cerne da realidade que deve ser cuidadosamente examinado.” (FONTES, 2010, p. 12).

Nesse sentido, a eficácia da norma jurídica haveria de ser buscada a partir da realidade social, do comportamento dos homens em sociedade e do que eles buscam alcançar quando se organizam e quando se dispõem a observar as regras de conduta individuais e coletivas.

1.4.1.3.1 Uma norma pode ser justa sem ser eficaz

Nesse particular, Bobbio declara que a eficácia não é condição para a justiça de uma norma. Em suas palavras:

Quando a sabedoria popular diz que “não há justiça neste mundo”, refere-se ao fato de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, poucos são os que a transformam em ato. Em geral, uma norma para ser eficaz deve também ser válida. Se é verdade que muitas normas de justiça não são válidas, com maior razão não são nem mesmo eficazes. (BOBBIO, 2008, p. 50).

Dessa assertiva decorre a conclusão de que, mesmo que o poder competente tenha elaborado formalmente a norma e esta venha a produzir seus efeitos jurídicos, não significa que o seu conteúdo possa ser ajustado à consciência coletiva, razão pela qual somente será cumprida de modo compulsório.

1.4.1.3.2 Uma norma pode ser eficaz sem ser justa

Bobbio pondera que o fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra a sua justiça, assim como também o fato de não ser absolutamente obedecida não pode ser considerada prova de sua injustiça, e exemplifica com o fato da escravidão:

O fato de a escravidão, por exemplo, ter sido praticada por todos os povos civilizados em um certo período histórico não a transformava numa instituição conforme a justiça. A justiça é independente da validade, mas também independente da eficácia. (BOBBIO, 2008, p. 51).

Os três critérios propostos por Norberto Bobbio delimitam campos bem determinados da investigação sobre a norma jurídica, mas que não podem ser confundidos, segundo o autor, “[...] pois se relacionam com problemas distintos da teoria da justiça, da teoria geral do direito e da sociologia jurídica, respectivamente.” (BOBBIO, 2008).

A complexidade do mundo se contrapõe à ciência jurídica, e Norberto Bobbio se antecipou, mais uma vez, aos problemas que surgiriam a partir do desafio

multicultural à produção normativa contemporânea. Sua conclusão sobre a experiência normativa se mostra irretorquível conforme o seguinte ponto de vista:

Nota-se que esta distinção de problemas não deve ser concebida como uma separação em compartimentos estanques. Quem desejar compreender a experiência jurídica nos seus vários aspectos deverá considerar que ela é parte da experiência humana cujos elementos constitutivos são: ideais de justiça a realizar, instituições normativas para realizá-los, ações e reações dos homens frente àqueles ideais e a estas instituições. Os três problemas são três aspectos diversos de um só problema central, que é o da melhor organização da vida dos homens em sociedade. (BOBBIO, 2008, p. 53-54).

As conclusões a que chegou o autor italiano trazem a lume a necessidade de o Estado, como principal produtor de normas jurídicas, notadamente as de cunho social, abrir-se ao diálogo com a sociedade no sentido de qualificar essa produção, já que os critérios a serem levados em conta não são estanques e possuem desdobramentos que escapam à compreensão do legislador.

1.4.2 A Teoria Estruturante da norma jurídica em Friedrich Müller

Uma metódica do direito constitucional diz respeito à concretização da constituição pelo governo, administração pública e legislação em medida não inferior da concretização operada pela jurisprudência e pela ciência do direito. (...) Uma metódica do direito constitucional diz, portanto, respeito a toda ação constitucionalmente orientada de titulares de funções estatais. (Friedrich Müller, Metodologia do Direito Constitucional, 2011, p. 28).

Paulo Bonavides¹¹ aponta o jurista alemão como um dos responsáveis pela reconstrução do “edifício filosófico do direito”, estruturado a partir da tópica de Viewheg.

Com a obra *Teoria Estruturante do Direito*, Friedrich Müller, para quem a realidade fática do programa da norma e o círculo normativo se integram, entende que as formas de interpretação da norma oferecida pelo positivismo jurídico não consegue se desincumbir da missão de concretizar a vontade constitucional. Para o

¹¹ Em artigo anexo publicado na obra de Friedrich Müller - O novo paradigma do direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes, São Paulo Editora Revista dos Tribunais 2009, 2ª edição.

autor, o programa da norma e o círculo normativo formam o sentido estrutural do direito e encontram sua fundamentação numa “hermenêutica jurídica que aponta para além do positivismo legalista obtida a partir da observação do trabalho jurídico na práxis e na ciência.” (MÜLLER, 2011, p. 56).

O ponto de partida de Müller é a incompletude da norma jurídica, isto é, não existe uma moldura normativa já acabada, à maneira de Kelsen. Com este pensamento, chega-se ao ponto em que a norma jurídica é analisada a partir de sua concretização, isto é, a partir do momento em que ela é aplicada ao caso concreto. Por isso, a orientação de Canotilho mostra-se didática:

Os postulados básicos da metódica **normativo-estruturante** são os seguintes: (1) a metódica jurídica tem como tarefa investigar as *várias funções de realização do direito constitucional* (legislação, administração, jurisdição); (2) e para captar a transformação das normas a concretizar numa “decisão prática” (a metódica pretende-se ligada à resolução de problemas práticos); (3) a metódica deve preocupar-se com a *estrutura* da norma e do texto normativo, com o sentido de normatividade e de processo de concretização, com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; (4) elemento decisivo para a compreensão da estrutura normativa é uma teoria *hermenêutica da norma jurídica* que arranca da não identidade entre *norma e texto normativo*; (5) o texto de um preceito jurídico positivo é apenas a parte descoberta do iceberg normativo (F. Müller), correspondendo em geral ao programa normativo (ordem ou comando jurídico na doutrina tradicional); (6) mas a norma não compreende apenas o texto, antes abrange um “domínio normativo”, isto é, “um pedaço de realidade social” que o programa normativo só parcialmente contempla; (7) conseqüentemente, a *concretização normativa* deve considerar e trabalhar com dois tipos de elementos de concretização: um formado pelos elementos resultantes da interpretação do texto da norma (= elemento literal da doutrina clássica); outro, o elemento de concretização resultante da investigação do referente normativo (domínio ou região normativa). (CANOTILHO, 2003, p. 1213).

Direito e realidade agora se fundem no sentido da sua verificação prática, sobretudo no âmbito do direito constitucional. Entretanto, a relação que deve existir não é mais entre fato e norma, mas entre “normatividade e estrutura da norma”, tratando-a como “questão de teoria da norma e não mais de uma questão de filosofia geral do direito, tal como se apresenta na aplicação prática do direito.” (MÜLLER, 2009).

Para o autor deve-se falar em “concretização da norma ao invés de interpretação do texto da norma”, do mesmo modo que não é possível “descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos

forneem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica.” (MÜLLER, 2011, p. 63).

O antigo professor da faculdade de direito da Universidade de Heidelberg propõe à ciência do direito:

A tarefa de não mais buscar a delimitação a respeito do realismo das ciências naturais, senão a de analisar por sua conta a particularidade das normas jurídicas e de perguntar de que maneira atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos da concretização do direito. Então já não se poderá formular o postulado da objetividade jurídica no sentido de um conceito ideal ‘absoluto’, mas sim como reivindicação de uma racionalidade verificável e discutível na aplicação do direito e a exigência de que aquela responda aos fatos, fazendo com que as disposições legais levem o selo de sua própria matéria. (MÜLLER, 2009, p. 19).

Müller critica as tendências positivistas e neopositivistas da teoria do direito porque elas se equivocam no tocante a dois pontos que para ele são determinantes: 1- quanto à dependência da prática jurídica a respeito de conteúdos materiais normatizados e 2- por conseguinte, quanto à necessidade de distinguir ditos pontos materiais desde pontos de vista normativos. (MÜLLER, 2009, p. 21). Neste contexto:

O problema normativo da relação existente entre direito e realidade somente pode ser entendido por uma teoria da prática jurídica (aqui, jurídico-constitucional) que investigue as condições essenciais da realização do direito, sem perder-se em uma análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica. (MÜLLER, 2009, p. 21).

Segundo informa João Maurício Adeodato, baseado na lição de Müller, apesar de não ser um dado pronto e acabado, “a estrutura da norma jurídica é relativamente estável e pode ser cientificamente determinada, submetida à prova e aplicada através do trabalho jurídico.” (2002 apud MÜLLER, 1994, p. 251).

Adeodato, levando em conta a complexidade da teoria de Müller, indica seu eixo central:

A tese de Müller é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais seja menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica. Quer dizer, não só a norma do caso concreto é construída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe é uma ficção. (ADEODATO, 2002, p. 239).

Para o autor alemão não existiriam “fatos normativos” nem mesmo na Constituição. Isto quer significar que a norma jurídica, por ser o resultado de uma decisão concreta, torna-se um fato por si só. Então, é possível concluir com Müller que “algo só pode produzir efeitos se alcançar a realidade.” (MÜLLER, 2009).

Esse é o ponto. A norma deve ser elaborada para conformar efetivamente a realidade, o que existe realmente.

O problema normativo da relação existente entre direito e realidade somente pode ser entendido por uma teoria da prática jurídica (aqui, jurídico-constitucional) que investigue as condições essenciais da realização do direito, sem perder-se em uma análise limitada exclusivamente aos pormenores da técnica metodológica. (MÜLLER, 2009, p. 21).

A oposição entre ser e dever mostra-se “inadequada” para a realização prática do direito, pois as “teorias do significado e da referência [...] não transcendem o paradigma positivista a partir da concepção da norma.” (MÜLLER, 2009, p. 10). Ser e dever ser, como propõe Müller, “não necessitam um do outro e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal a uma premissa maior normativa.” (2009, p. 45).

O novo paradigma proposto por Müller se realiza por indução, isto é, começa pela prática jurídica coordenada com a realidade social, numa abordagem que se aproximaria da tópica de Viehweg.¹² Neste caso, sustenta Duarte embasado em Viehweg:

O direito constitui, para Viehweg, um campo dominado pelo modo de pensar tópico, porquanto a solução de problemas concretos que a decisão jurídica leva a cabo está marcada pela presença do que chama a aporia fundamental: o que seja o justo aqui e agora. (2003 apud VIEHWEG, 1979).

Porém, a metódica estruturante da norma em Müller suplanta os direcionamentos da tópica e é criticada por ele devido à “sua excessiva ‘abertura’ em relação ao texto normativo, considerado apenas expressão de um *topos* dentre

¹² Theodor Viehweg define a tópica, segundo informa Écio Ramos Duarte, “[...] como um processo especial de tratamento de problemas ou técnica do pensamento problemático, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados adequados – os tópicos. Os tópicos são pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro.” (2003 apud VIEHWEG, 1979, P. 33).

outros.” (2002 apud MÜLLER, 1997). O operador do direito é, então, alguém que trabalha a sua principal fonte (a norma jurídica) aliada aos elementos sociais advindos de outras categorias da ciência social, numa experiência multidisciplinar.

Logo na introdução de *O Novo Paradigma do Direito*, Müller declara em que consiste a sua teoria:

Concebe o trabalho jurídico como um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas (no sentido da linguística como ‘formulários de textos’, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como expressões com ‘significância’, mas ainda não com ‘significado’), isto é, como pré-formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão. Isso quer dizer que a norma jurídica não existe ante casum: o caso da decisão é co-constitutivo. O texto da norma no Código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”. (MÜLLER, 2009, p. 11).

Note-se que por essas palavras se pode constatar que o “novo paradigma do direito” está calcado, também, nas teorias da argumentação, embora o autor considere que:

[...] apesar de muito elucidativo, esse enfoque pode contribuir muito pouco para o aperfeiçoamento da metódica jurídica, pois para sistemas de comunicação desenvolvidos a descrição factual acaba ocupando o primeiro plano no lugar do modelo de fundamentos da situação imperativa de comunicação, em virtude da complexidade necessariamente mais elevada nesses sistemas. (MÜLLER, 2011, p. 56).

Basicamente o trabalho de concretização da norma jurídica, segundo a teoria de Müller, consiste na análise da normatividade que se mostra como “um processo estruturado”. Para isso é necessário, contudo, estabelecer uma “relação entre normatividade, por um lado e norma e texto da norma, por outro lado.” (MÜLLER, 2011, p. 57).

O “programa da norma” é o seu texto literal, “a ordem jurídica tradicionalmente assim compreendida”. O “âmbito da norma” (ou círculo da norma ou domínio da norma) “pertence adicionalmente à norma, em nível hierarquicamente igual [...] este é o recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma ‘escolheu’ para si.” (MÜLLER, 2011, p. 57-58).

Este “âmbito da norma”, para Müller, é fundamental porque também apresenta relativa força vinculante, pois “não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica”, deste modo, “o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa. O domínio da norma é um fator co-constitutivo da normatividade.” (MÜLLER, 2011, p. 59).

Portanto, o que Müller parece propor é que na concretização da Constituição, todos os dados históricos e sociais que compuseram o domínio da norma são necessários à sua compreensão e, em última análise, à aplicação do direito que dele dimana. Isto leva à conclusão de que o ‘programa’ como foi referido não está pronto, encontra-se em desenvolvimento e está estruturado sobre um ordenamento jurídico componente de um sistema que o orienta rumo à melhor aplicação da norma ao caso concreto. Portanto, em suma, o caso concreto é que norteará a aplicação da norma jurídica. Assim:

Os elementos materiais que têm suas raízes no real só formam parte do âmbito normativo na medida em que possa se demonstrar, ao concretizar a norma para um caso concreto, que trata de componentes imprescindíveis da normatividade concreta. A norma jurídica é entendida, por conseguinte, como modelo de ordenamento marcado por sua matéria, como projeto vinculante de um ordenamento parcial dentro da comunidade jurídica, projeto que o preceito jurídico espelha mais ou menos acertadamente por meio da linguagem, em que aquele que ordena e o ordenado se pertencem mutuamente e se completam com frequência na realização prática do direito. No processo da realização do direito resulta que a norma é o modelo vinculante de um ordenamento parcial marcado por sua matéria, mas não por ele absorvido pelos fatos materiais. As distinções estabelecidas, por exemplo, entre âmbito normativo e programa normativo, entre partes do âmbito normativo criadas ou não criadas pelo direito, são reduções conceituais para o ponto de vista aqui desenvolvido. (MÜLLER, 2011, p.53).

Adeodato aduz o argumento de Müller, segundo o qual:

No contexto de concretização da norma, todos os procedimentos e elementos anteriores, quais sejam os dados linguísticos, os dados reais, os textos normativos, o relato do caso, o conjunto de matérias, o programa da norma e o âmbito da norma, constituem dados de entrada (*Eingangsdaten*) e não têm caráter normativo. A normatividade só aparece nos resultados da concretização, vale dizer, na norma jurídica (*Rechtsnorm*), enquanto resultado intermediário, e na norma decisória (*Entscheidungsnorm*), o resultado final. A norma jurídica é exatamente o somatório do programa da norma e do âmbito da norma. (2002 apud MÜLLER, 1997).

Para Adeodato, “na metódica estruturante, o sujeito do processo de concretização nunca é a norma, mas sim o jurista diante do caso concreto.” (2002, p. 237).

Daí o sentido preponderante das decisões judiciais que, por seu turno, devem se manter em contato permanente com o princípio da segurança jurídica, um dos postulados do Estado Constitucional de Direito, e para isso devem ser passíveis de controle, o que somente se torna viável a partir de uma concepção metodológica do direito capaz de propor a criação dos instrumentos de aferição sobre a validade do seu conteúdo.

Portanto, em Müller a validade do texto da norma não é posta de lado, o que ele sustenta, conforme aponta Adeodato, é que existe uma diferença entre esta e a normatividade, ou seja, “o texto da norma, no começo do ‘trabalho com textos jurídicos’ (*Rechtstext und Textarbeit*), não tem ainda significado normativo, mas apenas validade.” (2002 apud MÜLLER, 1997). Sendo possível concluir que:

A metódica estruturante mantém o conceito positivista de validade, ainda que do texto e não da norma jurídica, entendendo-o como acordo com as regras do sistema jurídico quanto a conteúdo, competência, rito de elaboração. Não há no termo o conteúdo axiológico que lhe empresta a teoria do discurso, por exemplo, para a qual validade tem a ver com racionalidade, adequação, correção (2002 apud MÜLLER, 1997).

Müller tem razão, sobretudo quando aponta para caminhos de concretização passíveis de controle, porque não se pode esperar que a efetivação dos direitos sociais se faça de uma forma decisionista que privilegia uma criação do direito incompatível com a segurança jurídica. Por isso o autor ressalta:

Abstraindo aqui de casos-limite, o programa da norma, que permite avaliar a relevância de dados empíricos a partir da área da norma da prescrição, não é nem unívoco nem absolutamente vago. Muito pelo contrário, ele indica *espaços de ação metodicamente domináveis*, dentro dos quais o trabalho jurídico se deve legitimar e com base nos quais ele pode ser controlado e criticado. Que o ponto de referência legitimante das decisões jurídicas, a norma jurídica, não é idêntico com a sua expressão verbal, quer dizer, com o texto da norma, que formula juntamente com os recursos interpretativos auxiliares o programa da norma, se descobre como uma experiência prática irrefutável numa indagação que parte do modo efetivo de trabalho e de atuação da atividade jurídica, em vez de partir de um ponto abstrato, à maneira das “ciências humanas”. (MÜLLER, 2009, p. 18).

Contudo, o trabalho de Müller aponta para uma hermenêutica necessária em países cujos direitos sociais estejam, de certa forma, vinculados a um programa constitucional, já que, para o autor, a ciência da interpretação não se refere à “tradicional doutrina da técnica retórica na sua aplicação à ciência jurídica, mas às condições de princípio de concretização jurídica normativamente vinculada do direito.” (MÜLLER, 2011, p. 28).

Em conclusão, chega-se ao ponto em que as afirmações sobre o âmbito de validade da norma devem conformar o discurso jurídico que fundamenta o ordenamento normativo, isto é, a base da sua legitimidade enquanto discurso somente se verifica quando a norma jurídica de direitos sociais é produzida a partir de dados racionalmente aceitos pela sociedade. Essa legitimidade, fundada na razão argumentativa, surge a partir do convencimento da população de que o resultado do trabalho legislativo realmente virá ao encontro dos seus anseios, afinal, é ela que será a destinatária dos comandos legais.

Compreendida a distinção entre o discurso jurídico e o discurso normativo por meio do que foi apreendido nos termos da proposta argumentativa para uma nova teoria sobre o ordenamento jurídico, baseada numa valoração da justiça da norma, cumpre tratar, a seguir, de como o discurso jurídico e o normativo podem se relacionar para o atendimento da formulação, implantação e execução das políticas públicas veiculadoras dos direitos sociais. Antes, porém, é de se ressaltar a noção de que geralmente tais políticas públicas se originam de decisões governamentais que podem ou não se revestir da textura normativa, sendo certo que para se garantir a estabilidade das relações sociais e a segurança jurídica o ideal é que elas sejam veiculadas em textos legais como determina a Constituição, embora se tenha como correta a ideia de que boa parte do programa constitucional de direitos sociais delas prescindam.

CAPÍTULO 2

POLÍTICAS PÚBLICAS E A NORMA CONSTITUCIONAL PROGRAMÁTICA

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (Constituição Federal de 1988).

O objetivo deste capítulo é relacionar o discurso jurídico-normativo advindo da norma constitucional programática e o que se observa em termos de percepção social sobre as políticas públicas no Brasil. Ressalte-se, contudo, que não se trata de analisar cada um dos programas de ação social, quais as políticas públicas formalmente equacionadas para cada um dos problemas sociais ou mesmo a avaliação qualitativa de cada uma delas. Ao contrário, nessa parte do trabalho, a pesquisa toma como premissa o constitucionalismo dos direitos sociais e a consequente escolha realizada pelos Estados que a ele aderiram em prol da consecução dos direitos de segunda geração.

Trata-se, então, de observar se o discurso político-jurídico subjacente a essa escolha realmente se faz da maneira como se espera que ele ocorra, isto é, partindo da premissa de que, nesse caso, a tarefa constitucional do Estado é assegurar que o programa constitucional de políticas públicas efetivamente se concretize, caso contrário, o referido discurso tende a se mostrar insuficiente, inadequado e, na pior das hipóteses, ilegítimo.

Analisa-se, também, os entraves pelos quais as decisões político-governamentais não se efetivam no sentido da efetivação daquela espécie de política social. Esse esforço se mostra necessário porque “entre intenção e gesto” existem percalços que já são prenunciados na esfera administrativa.

2.1 O constitucionalismo social como origem do Estado social

Os direitos sociais, cujo primado é o princípio da igualdade, nascem sob a caracterização de direitos de segunda geração e se estabelecem positivamente a partir da Constituição Mexicana (1917) e da Constituição de Weimar (1919).

Entretanto, lembra Vidal Serrano Nunes Junior, “[...] o primeiro documento histórico com maior significação no campo dos direitos sociais, foi a Constituição Francesa de 1848” (NUNES JR, 2009, p. 50), que estabelecia em seu artigo 13¹³, por exemplo, a igualdade entre patrão e operário e assegurava direitos previdenciários.

É certo, contudo, especialmente no que respeita à constituição alemã, que os direitos sociais, embora formalmente reconhecidos, não obtiveram concretização jurídica, visto que consubstanciavam um programa não vinculante para o legislador, segundo noticia Konrad Hesse (HESSE, 2009, p. 30).

Nem mesmo a Lei Fundamental de Bonn (1949), que revigorou os direitos fundamentais na Alemanha, fez constar em seu quadro normativo uma ordem de direitos sociais, e os constituintes da época assim o fizeram “de maneira consciente”, declara o autor referido. (HESSE, 2009, p. 30).

Entretanto, existem na Lei Fundamental normas definidoras de tarefas do Estado que ganharam amplitude a partir do Tratado de Unificação Alemã (*Einigungsvertrag*, 1990), mas que não se coadunam com a ideia de um catálogo de direitos sociais propriamente ditos.

Atualmente os vários ordenamentos jurídicos do mundo, sobretudo no Ocidente, consagram, em suas constituições, normas que definem os compromissos sociais do Estado, regulando o âmbito de sua aplicação e exigibilidade.

O caráter universal e de interdependência entre os direitos fundamentais e os direitos sociais ganhou consistência por meio da Declaração Universal dos Direitos

¹³ Artigo 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade entre patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recurso e que não podem ser socorridos por suas famílias. (NUNES JUNIOR, 2009).

do Homem, documento que definitivamente introduz o tema em âmbito global, mas reconhece a sua efetividade segundo “a organização e os recursos de cada Estado.”¹⁴

Em 1966 a ONU editou o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais¹⁵ que, segundo declara Nunes Jr, constituiria “[...] uma espécie de desdobramento, de complementação, dos princípios antes adotados por aquela.” (NUNES JR, 2009, p. 55).

Interessante informação traz o referido autor, com apoio na lembrança de Flávia Piovesan (2009 apud PIOVESAN, 2002, p. 154), quando destaca que, em princípio, seria editado apenas um documento, mas a dicotomia ideológica entre os blocos capitalista e socialista existente na época forçou a celebração de dois pactos. Um referente aos direitos civis e políticos e outro tratando dos direitos sociais. O primeiro, em conformidade com as expectativas e exigências dos países aliados aos Estados Unidos, e o segundo, de acordo com as ponderações da antiga União Soviética e dos países que a apoiavam.

Outra passagem digna de nota se refere ao caráter programático surgido com os direitos sociais prescritos no pacto:

Conveniente sublinhar que aqueles que se alinhavam aos Estados Unidos evocavam o caráter programático das normas veiculadoras dos direitos sociais, econômicos e culturais para a defesa da separação dos pactos, renunciando, desde logo, um dos argumentos arregimentados para a obstaculização da efetividade de tal categoria jurídica. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 57).

Com a elaboração do pacto internacional sobre os direitos sociais, a universalização dessa espécie jurídica foi alçada à categoria imprescindível de direitos fundamentais, espalhando-se pelos textos constitucionais ao redor do mundo.

¹⁴ Artigo XXII. *Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e, de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.* (NUNES JUNIOR, 2009).

¹⁵ *Preâmbulo. Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.* (NUNES JUNIOR, 2009).

Em Portugal, por exemplo, a Constituição Portuguesa de 1976, de nítido apelo socialista (conforme declarado em seu artigo segundo), seguiu a linha do princípio da socialidade inaugurado pela constituição alemã (1949), embora a opção tenha sido amplamente contestada, segundo noticia José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, 2003, p. 335).

No Brasil, a primeira constituição a inserir o tema dos direitos sociais em seu quadro foi a de 1934, sob forte inspiração da Constituição de Weimar. A partir daí todas as que a sucederam normatizaram os direitos sociais, embora tratados no mesmo capítulo da ordem social e econômica, como destaca José Afonso da Silva (SILVA, 1998, p. 288).

A Constituição de 1988 cuidou de separar as matérias prescrevendo um capítulo específico para os direitos sociais e dois títulos distintos para a ordem econômica e a ordem social, embora se saiba que os direitos sociais estão intimamente ligados à política econômica do Estado.

Sustenta essa afirmação José Afonso da Silva, para quem:

Não é fácil estremar, com nitidez, os direitos sociais dos direitos econômicos. Basta ver que alguns colocam os direitos dos trabalhadores entre os direitos econômicos (Duchatelet, p. 119), e não há nisso motivo de censura, porque, em verdade, o trabalho é um componente das relações de produção e, nesse sentido, tem dimensão econômica indiscutível. A Constituição tomou partido a esse propósito, ao incluir o direito dos trabalhadores como espécie dos direitos sociais, e o trabalho como primado básico da ordem social (arts. 7º e 193). É posição correta. (SILVA, 1998, p. 289).

Retomando as notas introdutórias, a doutrina ainda polemiza sobre o fato de “[...] o Estado de direito formal ter sido superado pelo Estado de direito social ou mesmo pelo revigoramento do Estado de direito material.” (SOARES, 2001, p. 289).

Mário Lúcio Soares tenta ponderar essa polêmica partindo da premissa de que, segundo a doutrina dominante, o Estado de direito material “[...] está vinculado a princípios jurídicos fundamentais ou mesmo a valores, daí o cerne do Estado de direito não estar tanto na consagração das garantias individuais, mas na criação de uma ordem jurídica materialmente justa” (SOARES, 2001, p. 289), o que nos levaria a supor que o Estado Social, na verdade, não se impõe mediante determinada

ordem jurídica, mas pela real consecução dos valores de justiça social que se buscam em uma democracia.

O autor se vale do pensamento de Canotilho para trazer outra premissa tão instigante quanto a anterior:

[...] se este revigoramento do Estado de direito material, mediante apelos abstratos a valores fundamentais, ordem de valores e princípios jurídicos fundamentais, não contém, por um lado, uma “medida material reconduzível” a princípios fora da constituição, e, por outro, se a fuga para os princípios da justiça não esconde a impotência de sua operatividade prática. (2001 apud CANOTILHO, 1996, p. 391).

O valor desse questionamento se destaca ainda mais quando se pensa na realidade brasileira, sobre a qual se pode ter a impressão de que os direitos fundamentais sociais teriam sido elencados na Constituição Federal apenas simbolicamente, isto é, como forma de aplacar os anseios populares surgidos em dado momento histórico, mas cuja efetivação passaria ao largo dos programas governamentais futuros.

Não parece que seja assim. A constitucionalização simbólica dos direitos sociais, como teoria, vem indicar uma introdução no Texto Maior de normas cuja função é predominantemente simbólica em detrimento das normas de conteúdo jurídico-instrumental, caracterizando uma hipertrofia das primeiras.

Essa hipertrofia “[...] é o elemento de distinção da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais.” (NEVES, 1994, p. 26).

Portanto, segundo a análise realizada por Orlando Villas Bôas Filho, a respeito da obra de Marcelo Neves, as constituições nos Estados de Direito consolidados estariam “perdendo a capacidade normativa em decorrência do poder econômico”, o que, para este autor, significaria uma “periferização do centro”, problema ligado à modernidade periférica. (2008 apud NEVES, 2007).

Voltando ao ponto de origem, o Estado social, embora preconizado por algumas constituições já referidas, se aprimora progressivamente no cenário mundial, logo após o segundo pós-guerra. Esse aprimoramento toma como princípio

o caráter providencial emanado das necessidades humanas básicas anuladas, principalmente na Europa, pela destruição dos parques industriais e pela contingência econômica generalizada imposta pela Segunda Grande Guerra, causando a queda da produção industrial e o desemprego.

A grave recessão enfrentada pelos países europeus, notadamente, por aqueles que tiveram participação ativa nos conflitos bélicos da primeira metade do século XX, fez com que o Estado nesses países passasse a atuar como o principal provedor das necessidades básicas das suas populações, criando redes de proteção e assistência social com vistas ao socorro imediato das pessoas e ao fortalecimento do mercado consumidor.

Nesse contexto, as economias de mercado tenderam a fomentar a produção industrial diminuindo tributos, de modo a aumentar o consumo e a oferta de empregos. O Estado passou, então, a oferecer episodicamente uma renda mínima para que as famílias não suspendessem o consumo e, assim, garantissem a manutenção e a geração de empregos. A ideia de risco social se disseminou pelo mundo.

Lembra Plauto de Azevedo, com fundamento na lição de Almiro Couto e Silva, que “[...] o Estado passou da abstenção à ação. Tornou-se o grande fator de impulso e conformação social.” (1999 apud COUTO E SILVA, 1988, p. 3). O que caracteriza o Estado social, segundo esse raciocínio:

[...] é precisamente, o incremento deste lado ou deste braço do poder público, que nada tira do administrado, que não lhe impõe deveres, mas que tem por objetivo principal oferecer-lhe sua ajuda ou fazer com que a sua qualidade de vida melhore, diminuindo, ao mesmo tempo, a injustiça social. Trata-se de um fenômeno universal (AZEVEDO, 1999, p. 91).

Daí se depreende que o compromisso do Estado-providência ou Estado de bem-estar social (*welfare state*) foi decisivo para o soerguimento e conseqüente crescimento dos Estados industrializados, “[...] materializando direitos socioeconômicos para os segmentos subalternos, que foram integrados à sociedade através de políticas públicas visando o pleno emprego.” (SOARES, 2001, p. 292).

Dantas revigora a ideia de que o Estado de bem-estar social realmente se teria originado paulatinamente, antes mesmo de sua instituição formal. Para ele, o Welfare State:

[...] teve alguns antecedentes que denotam a existência de uma preocupação com a condição social do homem antes mesmo do advento de sua institucionalização formal, ocorrida com o constitucionalismo social. (DANTAS, 2009, p. 190).

As antigas constituições costumavam elencar uma série de direitos fundamentais que se ligavam aos direitos de primeira geração, cuidando de resguardar que o Estado se abstinhasse de intervir na vida individual das pessoas. No período entre a primeira e a segunda guerra mundiais isso mudou, conforme foi delineado anteriormente.

No contexto histórico destacado, o Estado de bem-estar social dá origem ao Estado social que surge:

[...] a partir do momento em que há a previsão pelos textos constitucionais de uma estruturação da ação pública e das políticas públicas sobre a ordem econômica, destinando-se a promover a intervenção estatal idônea a dirigir a atividade econômica para os objetivos constitucionalmente consagrados. Além disso, volta-se para as condições existenciais mínimas, que se encontram abrigadas nas constituições pelos direitos sociais. (DANTAS, 2009, p. 190).

E assim deveria ser porque a economia dos países envolvidos no maior conflito bélico mundial, não conseguiria se reestruturar sem que houvesse a intervenção estatal na vida financeira e econômica das empresas e das pessoas, fosse por meio de subvenções ou programas de proteção e assistência social, notadamente, de ordem securitária e previdenciária, fosse sob as formas de garantias trabalhistas e de renda mínima.

Nessa perspectiva, podemos visualizar as características conformadoras do Estado social: “a intervenção do Estado voltada à promoção e proteção do bem-estar social, a implementação de prestações públicas e o caráter finalístico ligado ao cumprimento de sua função social”. (MORAIS, 2011, p. 40).

No período após a 2ª Grande Guerra os serviços públicos tiveram que ser recompostos ante a escassez de recursos oficiais e de pessoal, o que levou alguns Estados e empresas a terceirizarem parte dos seus serviços, além de promoverem o aumento da qualificação técnica, ainda na base da formação profissional.

A preocupação dos países que elegeram os direitos sociais como premissa do seu desenvolvimento se deveu a um sentido de cooperação entre o Estado e a sociedade e entre esta e seus integrantes, na busca coletiva pelo bem-estar das pessoas, muito mais em razão de princípios éticos e econômicos do que necessariamente políticos ou sociais, em conformidade com o que esclarece Soares:

O paradigma do Estado de bem-estar social foi adotado, após a Segunda Guerra, pela maioria dos Estados desenvolvidos, impulsionada pelas políticas econômicas “keynesianas” e pelo regime “fordista” de acumulação¹⁶, e também como resultado do compromisso entre classes sociais, com respaldo na perspectiva de construção da cidadania social e do crescimento econômico. (2001 apud SANTOS, 1996, p. 214).

A percepção sobre a democracia e o aumento da consciência política, além dos movimentos políticos ligados aos trabalhadores, fizeram com que as reivindicações sociais ingressassem de forma mais contundente nos textos constitucionais, juridicizando seus conceitos.

Contudo, desde as primeiras constituições dirigentes o problema da falta de concretude dos direitos sociais, consubstanciados na maior parte em normas programáticas, se apresenta como o grande obstáculo a ser transposto desde os primórdios do constitucionalismo social.

O tema é recorrente e provoca intensos debates na doutrina sobre a eficácia e aplicabilidade dessas normas, necessárias a moldar as condições de verificação dos direitos sociais expressos nesses programas constitucionais.

¹⁶ Na lição de Boaventura Sousa Santos trazida por Soares: O regime fordista de acumulação caracterizou-se pela organização taylorista da produção – total separação entre concepção e execução no processo de trabalho – conjugada à integração maciça de trabalhadores na sociedade de consumo através da indexação dos aumentos de salários aos ganhos de produtividade. Esta partilha dos ganhos de produtividade foi obtida por duas vias fundamentais: pelos aumentos dos salários diretos e pela criação e expansão dos salários indiretos, ou seja, os benefícios sociais em que se traduzem a cidadania social e, em última instância, o Estado-Providência. (2001 apud SANTOS, 1996, p. 214).

Assim como aconteceu nos países envolvidos em conflitos bélicos mundiais, atualmente, nos países de capitalismo periférico, a ideia de desenvolvimento baseia-se na premissa estabelecida em linhas acima, ou seja, de que a criação de redes de proteção social, muitas vezes incrementadas por políticas públicas, e o aumento da participação da sociedade nas tomadas de decisão político-administrativa constituem uma tentativa de correção na distribuição de renda e aprimoramento dos serviços públicos tendentes a marcar o rumo do desenvolvimento e a concretizar cada vez mais os direitos sociais.

2.2 Os direitos sociais na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar dos direitos sociais em capítulo próprio, apartado dos títulos da ordem social e da ordem econômica, como foi dito antes, fato que demonstra a preocupação do constituinte originário em dispensar maior atenção à matéria.

José Afonso da Silva critica a forma como se deu a organização do tema dentro do Texto Constitucional, por exemplo, o capítulo II do título II (artigos 6º ao 11) contempla os direitos sociais classificados segundo se relacionem com: a- os trabalhadores; b- a seguridade; c- a educação e a cultura; d- a família, a criança, o adolescente e o idoso e d- o meio ambiente. Para o autor, a divisão da matéria como fez o constituinte:

[...] não atendeu aos melhores critérios metodológicos, mas dá ao jurista a possibilidade de extrair, daqui e de lá, aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, deles tratando aqui, deixando para tratar, na ordem social, de seus mecanismos e aspectos organizacionais. (SILVA, 1998, p. 288).

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, conforme estabelece o artigo 1º da Constituição Federal, que permeia importantes componentes conformadores do Estado social, extraídos do Texto Maior.

Tanto é assim que o modelo escolhido pelo constituinte originário se espelha na sequência das constituições espanhola (pós-Franco) e portuguesa (pós-Revolução dos Cravos), podendo-se dizer que se trata de um

“aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do Welfare State.” (MORAIS, 2011, p. 41).

Em estados com tais características, a meta a se buscar é justamente a efetivação dos direitos sociais através do necessário fortalecimento do corpo social, o que só pode ser instrumentalizado por meio de uma crescente implantação de políticas públicas, rumo ao que Rawls (para citar apenas ele) concebeu como sua “doutrina da justiça”. Para esta doutrina, são estabelecidos dois pontos básicos:

1- todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido; 2- as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 2000, p. 47-48).

A partir da constatação feita nas linhas anteriores, surge outra referente à necessidade de se desobstruírem e ampliarem os canais de comunicação entre a sociedade e o Estado, já que as relações daí advindas ganharam contornos bem peculiares na pós-modernidade.

Portanto, é preciso redefinir o compromisso material que há de se verificar entre as ações governamentais (consideradas em suas três esferas de atuação) e a Constituição Federal (tomada esta sempre como parâmetro), bem como o aprimoramento do diálogo entre os poderes públicos e a sociedade no sentido da melhor escolha administrativa que puder ser levada a efeito, visando ao real atendimento das metas de desenvolvimento politicamente traçadas para a sociedade.

Nessa toada, se “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”¹⁷, é forçoso concluir que o entrosamento entre as ações governamentais e o Texto Constitucional, além de conferir validade àquelas, orienta a atuação do agente público e o comportamento das instituições.

¹⁷ Constituição Federal, artigo 193.

Quando não há essa aproximação, surgem episódios nos quais - no intuito de beneficiar validamente (no sentido da consecução de políticas públicas) determinada parcela da comunidade –, o administrador acaba por ferir prescrições constitucionais que desconhece em razão da má interpretação do Texto.

Nesse sentido, Plauto de Azevedo destaca que o Estado social ocasionou o singular fortalecimento do Poder Executivo, originando uma crise do princípio da legalidade da Administração Pública e, novamente, com amparo na lição de Almiro Couto pontua (1999 apud COUTO E SILVA, 1988, p. 4):

[...] a urgência com que os problemas se apresentam, algumas vezes à Administração ou ao Governo, determinou a inserção, no arsenal dos meios de decisão da autoridade pública, de instrumentos mais dúcteis do que a lei. (AZEVEDO, 1999, p. 91).

Muitas vezes, escorado no atributo da discricionariedade do ato administrativo, o agente público lança mão de decisões que não se sustentam materialmente, seja porque não estão disponibilizados recursos suficientes, ou porque não foram criadas as condições necessárias para tanto, o que acaba por ferir o princípio da eficiência e, conseqüentemente, o da legalidade porque, conforme orienta Bandeira de Mello:

[...] tal princípio (da eficiência) não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 112).

Assim é que as decisões baseadas no senso comum ou na denominada “sensibilidade social” muitas vezes não encontram comprovação na realidade e se mostram absolutamente equivocadas. Tomem-se como exemplo as inúmeras obras incompletas que se espalham pelo país, as “faxinas” urbanas promovidas pelos poderes públicos tendo como alvo os usuários de drogas, a aprovação de dotações orçamentárias para projetos desprovidos de sustentabilidade e o repasse de verbas públicas de prevenção de desastres naturais para estados sem histórico de calamidades.

Na linha do raciocínio de Marcos Augusto Perez, a participação ativa da sociedade na Administração Pública e o aprimoramento técnico das decisões políticas podem conduzir ao melhor aproveitamento dos recursos públicos e da dinâmica administrativa, garantindo resultados mais eficientes para a atuação estatal:

Há muito defendemos a ideia segundo a qual a participação é um princípio de estruturação da Administração Pública hodierna. Melhor dizendo, é por meio de processos de decisão que permitam o diálogo entre a sociedade e a Administração Pública que esta aumenta o grau de eficiência de sua atuação. (PEREZ, 2006, p. 163).

Verificando a complexidade dos problemas sociais bem como as contingências financeiras que a Administração Pública enfrenta, chega-se à conclusão de que o assessoramento técnico existente em torno do administrador por vezes não é suficiente (ou não é utilizado) para indicar sempre o melhor caminho a seguir.

Nesse sentido, cresce também a importância da participação social na tomada e na fiscalização das decisões governamentais, que pode ser utilizada, inclusive, como argumento legitimador da sua motivação.

Para a mudança desse paradigma administrativo, Marcos Perez cita Jean Rivero, para quem:

[...] a realização das tarefas típicas do Estado de Bem-Estar supõe a modificação de uma massa de comportamentos individuais tão densos e tão diversificados, que parece impossível erigi-la simplesmente em obrigação sujeita aos mecanismos da fiscalização e da sanção pelo descumprimento. A técnica clássica da decisão unilateral, mediada pela edição de uma obrigação precisa e a possibilidade de punir sua desobediência, se acha em franco colapso. A Administração deve, pois, buscar impulsionar a adesão através de dois procedimentos indissolúvelmente ligados na prática: a explicação e a participação. (2006 apud RIVERO, 1980, p. 261-262).

Embora seja razoável esse pensamento, há pouca informação sobre iniciativas desse jaez. O que se verifica aqui e ali é a realização de audiências públicas (quando a lei ou a complexidade do problema exigem) e os já conhecidos orçamentos participativos, embora exista um vasto elenco de instrumentos de participação social delineados no ordenamento jurídico.

Noutro giro, o tema dos direitos sociais enfrenta desafios cada vez mais difíceis, mas o principal deles ainda é a escassez de recursos, sempre utilizada como argumento para a sua baixa efetividade.

Nesse ponto, cumpre esclarecer de passagem que, na maioria das vezes, o discurso sobre a reserva do financeiramente possível não se impõe da maneira como os administradores públicos alegam. Este estudo intenta demonstrar que para além da maior eficiência do Poder Público no trato das questões sociais, passando pelo aprimoramento técnico das decisões administrativas, a justificativa de contingência financeira não pode mais ser utilizada como argumento irrefutável sobre a realização de políticas públicas de inclusão social, principalmente quando se observa um singular crescimento econômico do país.

Partindo do tema da inclusão social, calha dizer que é preciso interpretar conjuntamente os comandos contidos nos Títulos I (Dos princípios fundamentais) e II (Dos direitos e garantias fundamentais) com os presentes no Título VII (Da ordem econômica e financeira), de modo a integrá-los ao Título VIII (Da ordem social) e, assim, obter dividendos justos do ponto de vista da “igualdade política, da igualdade de oportunidade, do respeito mútuo e por que não dizer da garantia de reciprocidade econômica (igualdade de resultados).” (DANTAS, 2009).

Essa é uma premissa fundamental para se entenderem as razões que levaram o constituinte originário a elencar um rol extenso de direitos sociais. O raciocínio utilizado é singelo. Como em outras constituições tais como a portuguesa e a espanhola, a Constituição Federal de 1988 possui traços dirigentes, embora se revele do tipo compromissório.¹⁸

Sua diretriz programática, contudo, aponta para a consecução daqueles direitos, ainda que o documento não contenha em seu bojo a ideologia socialista, como é típico das constituições dirigentes. Porém, em se tratando dos direitos sociais, o modelo brasileiro de democracia social conforma essa demanda porque,

¹⁸ *Constituição compromissória* é aquela que reflete a pluralidade das forças políticas e sociais. Típica da sociedade plural e complexa em que vivemos, ela é fruto de conflitos profundos (*deep conflict*), da barganha, do jogo de interesses, do tom persuasivo do discurso político. O procedimento constituinte de elaboração das *constituições compromissórias* é tumultuado pelas correntes convergentes e divergentes de pensamento, mas que ao fim encontram consenso (*compromisso constitucional*). A Constituição portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988, oriundas de compromissos constitucionais, exemplificam as cartas compromissórias (BULOS, 2007, p. 33).

em última análise, a realização da justiça social pressupõe à da justiça distributiva (CASTILHO, 2009) prevista no artigo 3º da Constituição Federal.

Dessa forma, chega-se à conclusão de que realmente a escolha feita pelo constituinte originário foi a de criar as bases constitucionais necessárias para a consecução das ações políticas voltadas à justiça social. Esta parece ser, em conclusão, a base metodológica sobre a qual se construiu o edifício dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

Enfim, sob o aspecto da justiça social, os princípios de liberdade e igualdade são fundamentais para se compreender que, ao lado dos direitos fundamentais subjetivos ligados à liberdade e considerados individualmente, encontram-se os direitos sociais coletivos que estão contidos no interior do princípio da igualdade. Em ambos os casos a carga normativa se revela idêntica e suficiente para a sua promoção, embora sobre essa afirmativa não exista consenso.

É que para alguns juristas, os direitos sociais não estariam protegidos pela rubrica das cláusulas pétreas, já que o artigo 60, § 4º, IV, abrange somente os “direitos e garantias individuais”, portanto, o constituinte originário não “os teria tomado como especialmente protegidos”, alude Inocêncio Mártires Coelho (COELHO, 2007, p. 214). Nessa linha de raciocínio, a opção originária teria sido pela diferenciação estrutural entre direitos individuais e direitos sociais, porque estes, por ser direitos prestacionais, estariam “na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis”, portanto, não seriam imodificáveis.

De outro lado, como o Título I da Constituição abarca os “princípios fundamentais” tendo a dignidade humana como princípio vetor da interpretação constitucional e primeiro fundamento da República Federativa do Brasil e, assim como o Título II contempla os “direitos e garantias fundamentais” que envolvem os direitos sociais previstos no artigo 6º, então, “tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior.” (COELHO, 2007, p. 214).

A Constituição é um documento aberto e dinâmico e como tal deve ser interpretada. Se o constituinte originário não quisesse contemplar os direitos sociais

como conteúdo dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, não os teria previsto no Título I da Constituição Federal.

Na mesma linha de pensamento, quando a Carta de 1988 indica, em seu artigo 3º, os “objetivos fundamentais” da República Federativa do Brasil, certamente os direitos sociais estão ali inseridos, porque não se pode conceber, segundo a dicção do referido dispositivo, “construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” sem que aqueles direitos constituam a meta a ser alcançada pelo Estado.

Sob esse aspecto pretende-se sustentar que os direitos sociais, além de serem entendidos pela ótica de uma dupla dimensão (objetiva e subjetiva), realmente possuem fundamentalidade, aliás, como consigna Ingo Sarlet em artigo dedicado ao tema:

Em síntese, firma-se aqui posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – todos os direitos sociais são fundamentais, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional ou mesmo que estejam (também expressa e/ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil. Como corolário desta decisão hermenêutica em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa, e, até mesmo (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática) por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais, comungam – do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Aqui, todavia, verificam-se outras resistências, visto que, no todo ou em parte (mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe quem queira negar aos direitos sociais a aplicação do regime jurídico pleno assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais. (SARLET, 2009, p. 259).

Finalmente, como bem pontua Ricardo Castilho amparado na lição de José Afonso da Silva, a concretização dos direitos sociais é um apelo à racionalização. Assim:

A constatação da *necessidade racional* da institucionalização dos direitos sociais se faz ratificar também pela percepção de que estes constituem

condições *sine qua non* para o pleno exercício das *liberdades individuais de primeira ordem*. A efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração cria as condições materiais necessárias à plena efetivação dos direitos e prerrogativas baseados na liberdade, uma vez que, sem os primeiros, como lembra José Afonso da Silva, estes ficam no plano da mera previsão normativa sem concretização no campo fático. (2009 apud DA SILVA, 1991, p. 253).

Desse modo, sua efetivação não se mostra como alternativa para o Estado brasileiro, na medida oportuna em que os recursos financeiros estejam previstos em quantidade para isso. Antes, trata-se do próprio desenvolvimento social do país que se impõe na atualidade, seja pela busca da solidariedade e da erradicação da pobreza como objetivos da República, seja pelo argumento irretorquível da força normativa da constituição.

As palavras de Canotilho, a seguir, confirmam essa afirmação. Para o autor português, amparado na lição de Baldassare, a democracia se revela a partir dos direitos fundamentais, sejam eles ligados à liberdade individual ou à igualdade material:

A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano dos bens sociais. A juridicidade, a sociabilidade e a democracia pressupõem, assim, uma base jusfundamental incontornável, que começa nos direitos fundamentais da pessoa e acaba nos direitos sociais. (2010 apud BALDASSARE, 1997).

Passados vinte e três anos da promulgação da Carta de Outubro, muitos desses direitos ainda estão por se concretizar e, a par disso, somente se poderá falar em futuro econômico e desenvolvimento sustentável se houver condições adequadas para esta forma de desenvolvimento no presente, caso contrário, qualquer demonstração de crescimento econômico, de estabilidade cambial e de aumento do consumo, apesar de importante, certamente não afiançará tal sustentabilidade.

Ao contrário, o que sustenta o desenvolvimento social é o avanço constante da graduação do país na escala dos índices de desenvolvimento humano, que só pode ser alcançada a partir da presença comprometida do Estado nas áreas em que

isso se revele preponderante, como no caso da concretização dos direitos de prestação material.

2.3 A crise do Estado social

Um estado tem responsabilidades e deveres diante de sua população. O meio para obter os recursos necessários às suas políticas é o livre mercado. Foi Adam Smith quem disse isso há 250 anos [...] Qualquer um que defendesse a economia de livre mercado no século XVIII era sem dúvida um radical, porque não havia livre mercado. Mais tarde, quando o livre mercado passou a ser dominante, as pessoas continuaram a ler Smith – mas apenas quatro páginas, se tanto, e ignoraram completamente o resto de sua obra. Temos de ler e reler Smith, sempre. (Amartya Sen, 2012, p. 21).

O trecho da entrevista concedida por Amartya Sen deixa claro que, em razão das sucessivas crises econômicas pelas quais o mundo vem passando, o sistema de redes de proteção social e o desenvolvimento de políticas públicas de ação social enfrenta um forte abalo em suas bases políticas e econômicas.

Para o ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 2002, nenhum Estado, por mais engajado que seja na realização dos seus programas sociais, conseguirá fazê-lo unicamente com recursos próprios, oriundos da sua receita fiscal.

Ele entende que as diferenças políticas devem ser superadas no sentido de buscar, cada vez mais, a participação da sociedade, por meio das corporações e organizações não governamentais, no resgate da cidadania social. Trabalhar a ideia de participação efetiva da sociedade, no sentido da maior abertura do espaço público, passa a ser a nota diferencial na consecução dos compromissos sociais assumidos pelo Estado.

A crise do Estado é um truísmo. O Estado social, por sua vez, enfrenta uma crise sem precedentes desde o seu surgimento no primeiro quartel do século passado.

Evidentemente essa constatação vem se verificando há muito tempo, precisamente, desde a década de 1970, com a primeira grande crise energética

mundial, mas a globalização e o ciclo das crises econômicas abalaram fortemente as bases do *welfare state*.

Atualmente é necessário repensar o conteúdo do Estado social e rever os seus fundamentos, no sentido do seu constante aprimoramento. É inegável que as conquistas sociais constituem-se em cláusulas cujo conteúdo impede o seu retrocesso, mas o avanço dessas conquistas depende de uma reformulação capaz de sustentá-las econômica, financeira, política e juridicamente.

A importância de se reformularem as bases teóricas do Estado social diz respeito com a sua imprescindibilidade no atual cenário econômico, isto é, o Estado social se coloca como intermédio entre o Estado liberal e o Estado socialista, preconizando um sentido de solidariedade inexistente nos outros dois que, por sua vez, pode ressignificar o contexto de desenvolvimento global, principalmente nos momentos de crise econômica mundial como os que se vivem na atualidade.

Daí porque se pode concordar com José Luís Bolzan de Moraes ao pontificar que o caminho do Estado Social é “fechado, por mais que se processem ajustes restritivos, apesar da fragilidade das bases sociais de sua sustentação.” (MORAIS, 2011, p. 43).

Por isso, num contexto maior em que se busca o aprimoramento da cooperação entre os países, principalmente em momento de crise econômica como o atual, é vital que se possam estabelecer novos parâmetros reconfiguradores do Estado social rumo a um denominado “constitucionalismo de integração”, como sustenta Peter Häberle.

Segundo Adroaldo Leão, essa reconfiguração reflete o cenário do constitucionalismo que parece emergir na contemporaneidade, o de caráter integracionista ou regionalizado em blocos, onde haverá:

[...] delegação a entidades internacionais através de tratados que se sobreporão ao direito interno; proteção aos direitos do homem quanto ao meio ambiente, aos direitos difusos e avanços decorrentes da engenharia genética; ampliação dos direitos fundamentais e os meios de concretizá-los, inclusive, com cortes internacionais; a democracia participativa impulsionada pela informática e a era das comunicações ao lado da democracia representativa; a soberania nacional dividida, com ênfase ao princípio da subsidiariedade e reestruturação das funções do Estado nacional. (LEÃO, 2002, p. 7).

Contudo, todo esforço empreendido pela doutrina constitucionalista rumo à mudança de paradigma proposta pela pós-modernidade ainda não é suficiente para superar as dificuldades e entraves que a realização dos direitos fundamentais sociais impõe.

Segundo pontua José Luís Bolzan de Moraes, “[...] a realização dos direitos sociais é, com certeza, um dos problemas cruciais vinculados ao tema dos direitos fundamentais na sociedade contemporânea, sobretudo sob a fórmula do Estado Democrático de Direito.” (MORAIS, 2010, p. 104).

E conclui o professor gaúcho, arrematando:

Tal questão remete à necessidade de se repensar, sobretudo em um país periférico ou de modernidade tardia – como o Brasil –, as condições necessárias e suficientes para a minimização das dificuldades em resgatar os compromissos da era moderna em torno ao caráter finalístico do próprio Estado, aí compreendido o cumprimento de sua função social e dos objetivos fundamentais da República, como expressos no Título I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (MORAIS, 2010, p. 104).

Entretanto, sob outro prisma, em recente artigo publicado na coletânea *Direitos Fundamentais Sociais*, Canotilho declarou que o trabalho realizado em 1988 sob o título *Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais* e republicado no livro *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, de 2003, objetivou “[...] recortar uma *posição jurídico-prestacional* com a mesma densidade jurídico-subjetiva dos direitos de defesa”, embora fosse do seu conhecimento que em Portugal “[...] enquanto o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir prestações existenciais, a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora.” (CANOTILHO, 2010, p. 12), o que em alguns pontos se aproxima da realidade brasileira.

Noutra passagem, o professor português lembra o estudo que realizou sobre os denominados “camaleões normativos”¹⁹, relacionado à problemática atual dos

¹⁹ “Camaleões normativos”, sob a perspectiva de Canotilho, significam “uma realidade de instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto no qual se dá a confusão entre conteúdo de um direito, juridicamente definido e determinado (direitos subjetivos e deveres jurídicos), e sugestão de conteúdo (programas e diretrizes políticas), sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes.” (2011 apud CANOTILHO, 2008, p. 100).

direitos econômicos, sociais e culturais, cuja intenção era “salvar a dimensão normativa da socialidade”, tendo como linha ideológica o seguinte:

[...] o carácter dirigente da constituição social não significa a optimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade, porém, não significa reversibilidade social. O problema desta posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada ‘crise do Estado Social’ e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a graduabilidade, mas também a reversibilidade das posições sociais. (CANOTILHO, 2010, p. 12-13).

Porém, ao se deparar com a atual realidade econômica da Europa, Canotilho percebeu, pelos menos naquele continente, que uma parcela da doutrina, tendo como precursor Pietro Barcellona, estaria a propor que:

[...] o terceiro capitalismo com a sua sociedade aberta conduz necessariamente a um corolário lógico: a empresa privada, a actuar no mundo global, será o único sujeito capaz de responder a um modelo de acção social universal (2010 apud BARCELLONA, 1993, p. 11).

Para que essa onda não alcance os trópicos, antes mesmo de alguma efetivação dos direitos sociais - embora se admita que a sua concretização não esteja jungida apenas ao Poder Público, aliás, como inauguraram o presente item as palavras do economista Amartya Sen -, o Estado Social, na visão de Canotilho, somente poderia desempenhar as suas tarefas de socialidade a partir de quatro condições básicas: 1- provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos; 2- estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); 3- orçamento público equilibrado e 4- taxa de crescimento do rendimento nacional acima de 3% (três por cento) ao ano (CANOTILHO, 2010, p. 19-20).

O autor português reconhece que “a verificação de todas as condições enumeradas coloca o Estado Social em reais dificuldades”, porque a reunião de todas elas somente seria possível em países ricos e, mesmo neles, a “sustentabilidade do modelo social” dificilmente seria atingida tendo em vista a crescente ideia que os políticos têm sobre a redução do endividamento do Estado, principalmente no que diz respeito à despesa pública, especialmente no atual momento por que passa o continente europeu (CANOTILHO, 2010, p. 20).

Porém, como sustentou Amartya Sen²⁰ ao responder à pergunta sobre a análise do custo elevado do estado de bem-estar social como sendo o maior obstáculo à recuperação europeia, o ganhador do Nobel de Economia de 1998 assim se pronunciou:

- Discordo. A gigantesca crise financeira de 2008 teve início com falhas no funcionamento dos mercados financeiros. Mas, quando os governos gastaram bilhões para socorrer os mercados, os países acabaram acumulando dívidas colossais. Com exceção da Grécia, talvez, a culpa pela crise não pode ser debitada aos governos. As políticas sociais apenas se tornam um peso para o estado quando a economia permanece estagnada, porque aí não há os recursos necessários para financiar a assistência. (2012 apud SEN, p. 21).

Para que a inclusão social se faça mesmo em um cenário econômico conflituoso, é necessária “a reinvenção do Estado Social”, como propõe Canotilho, porque os críticos do Estado Social se baseiam exatamente na premissa de que as suas “expectativas normativas não estão mais em condições de garanti-lo”, seja por conta do “mercado global e da concorrência, da redução das despesas públicas, da fraude fiscal e da lavagem de dinheiro, notadamente, nas transações eletrônicas” (CANOTILHO, 2010) e, acrescentem-se para o caso brasileiro, particularmente, a ineficiência administrativa e os desvios de recursos públicos.

Contudo, existem “caminhos na floresta”, e é preciso descobri-los. Para tanto, o direito ainda se apresenta como ciência condutora das respostas para o dilema da inclusão social e das políticas públicas, como esclarece Canotilho. Antes de verificá-las, é de se ver como se qualificam as crises do Estado social.

Especificamente, no dizer de José Luís Bolzan de Moraes, três são as crises do Estado social, ligadas à própria crise do Estado contemporâneo em sua dimensão estrutural: 1- crise fiscal; 2- crise ideológica e 3- crise filosófica (MORAIS, 2011, p. 42-48).

Segundo o autor, “muitas das situações transitórias, para a solução das quais este modelo de Estado social fora elaborado, passaram, dadas as conjunturas econômicas e a transformação do capitalismo (de produtivo a financeiro)”:

²⁰ Em entrevista concedida a Giuliano Guandalini, da Revista Veja, edição nº 2.267, ano 45, nº 18, Mai/2012.

[...] a ser permanentes ou de longa duração – o caso do desemprego nos países ditos centrais (embora esta classificação tenda à superação) exemplifica caracteristicamente este fato – quando políticas públicas de caráter temporário se transformaram em prestações públicas permanentes ou duradouras, produzindo, em razão disso, uma profunda defasagem entre a poupança pública constituída para fazer frente a tais garantias sociais e os gastos públicos para satisfazer as necessidades emergentes destas reconfigurações macro e microeconômicas do capitalismo (MORAIS, 2011, p. 45).

Morais aponta a partir daí duas perspectivas principais para superar esta situação, embora tais sugestões se lhe afigurem desarrazoadas : 1- aumento na carga fiscal ou 2- redução de custos via diminuição da ação estatal. Há quem sugira, ainda, “a extensão da incidência tributária via aumento da faixa de contribuintes” (MORAIS, 2011, p. 45).

Entende-se que a redução dos custos estatais não pode se dar sem uma inevitável racionalização do que pode ser contido, isto é, deve haver uma ponderação no corte dos gastos públicos para que não se aprofunde cada vez mais a fissura social. Desse modo, em se tratando de cortes nas despesas públicas, parece razoável cortar ou pelo menos diminuir os custos relativos às áreas que podem ser contingenciadas, tais como a publicidade e o funcionalismo comissionado, mas não naquelas em que o desenvolvimento se fundamenta, como a educação, a saúde e a segurança pública.

Para isso o controle social, político e jurídico dos orçamentos é necessidade que se impõe, haja vista que o discurso político sobre o corte nos gastos públicos não raro se apresenta como moeda de troca de uma ação política menor.

Dissecando os tipos de crise pelas quais passa o Estado social, José Luís Bolzan de Moraes identifica suas consequências e o modo como elas influenciam os direitos sociais. Assim, convém minudenciá-los.

2.3.1 A crise fiscal

As crises econômicas desencadeiam reflexos na vida das pessoas “impondo-lhes necessidades e retirando-lhes a capacidade de suportá-las”, importando:

[...] no acréscimo ainda maior de despesas públicas, o que redundará no crescimento do déficit público na medida em que o jogo de tensões sociais sugerirá uma menor incidência tributária ou estratégias de fugas – seja via sonegação, seja via administração tributária –, projetando, por consequência, uma menor arrecadação fiscal, por um lado e, de outro, as necessidades sociais, muitas delas, inerentes a um momento de crise econômica e das atividades produtivas, avolumam-se formando um círculo vicioso entre crise econômica, debilidade pública e necessidades sociais (MORAIS, 2011, p. 44).

Um dos problemas relativos à denominada crise fiscal do Estado social estaria relacionado, por exemplo, ao comércio eletrônico, já apontado por Canotilho.

Para o autor português:

O impacto sobre os cofres do Estado do incremento do comércio electrónico e das transacções telemáticas permitem uma fuga fiscal para os caminhos da anacionalidade internetica relativamente à qual o sistema tributário nacional pouco pode fazer. Como se sabe, a evasão fiscal anda de mãos dadas, muitas vezes, com a fraude fiscal e a lavagem de dinheiro. (CANOTILHO, 2010, p. 22).

Isso pode ser verdade, mas, em países como o Brasil, o problema fiscal parece estar ligado à excessiva carga tributária que cria obstáculos ao empreendedorismo formal, capaz de gerar empregos, aumentar o consumo e, com isso, produzir e distribuir renda.

Além disso, a evasão fiscal é uma certeza. Seja porque o contribuinte não percebe a correta aplicação dos tributos que recolhe e por isso simplesmente deixa de pagar alguns deles, ou pela fiscalização tributária ineficiente, que permite aos maiores sonegadores permanecerem em débito com a receita do Estado, gerando déficit orçamentário que compromete a execução de políticas públicas de inclusão social.

2.3.2 A crise ideológica

À crise fiscal liga-se a crise ideológica do Estado social, segundo afirma Moraes. Para o autor, “o Estado social sofre uma crise de legitimação, moldada pelas suas fórmulas de organização e gestão.” (MORAIS, 2011).

Morais entende existir no interior dessa crise ideológica, “um embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política e (...) a burocratização das fórmulas para responder a tal pretensão.” (MORAIS, 2011, p. 46).

Segundo o autor, existe um corpo técnico-burocrático que, ao analisar os dados fornecidos pela conjuntura e as pretensões sociais, elaboraria a estratégia de atendimento das demandas, na medida em que se conformassem dentro de uma “lógica de decisão tecnoburocrática”, para concluir que “a demanda política se vê frustrada pela ‘resposta’ técnica”, numa espécie de contraponto:

Isto põe em confronto o sucesso do Estado social, como instrumento de inclusão social e melhoria das condições de vida das pessoas e grupos, com o modelo de gestão que se estrutura sob o modelo técnico-burocrático. (MORAIS, 2011, p. 47).

Parece que a solução para o empecilho burocrático, ao qual aduz Bolzan de Moraes, estaria no aprimoramento da elaboração de uma peça orçamentária responsável e comprometida, isto é, como os orçamentos trazem em seu bojo a decisão política sobre o atendimento das situações prioritárias, eles mesmos podem garantir o sucesso financeiro da ação governamental (política pública) e, dessa forma, estariam aptos a sobrepor-se à resistência técnica contingenciadora das despesas públicas.

Por evidente, o que acabou de se afirmar liga-se a uma “[...] verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos”, como sustenta Ingo Sarlet. Para este autor, é de se esperar do administrador uma tomada de decisão sobre a aplicação dos recursos orçamentários, exatamente por força da sua competência constitucional. Sarlet lembra ainda, com apoio em Canotilho, que:

É justamente por esta razão que a realização dos direitos sociais na sua condição de direitos subjetivos a prestações – de acordo com oportuna lição de Gomes Canotilho – costuma ser encarada como sendo também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo averba o autor referido, “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.” (2009 apud CANOTILHO, 1982, p. 369).

A existência de um corpo técnico, por sua vez, é vital para a sustentabilidade das decisões administrativas. A maior parte das decisões sobre políticas públicas impõe sejam tomadas a partir de estudos de viabilidade econômica que são, em

tese, destituídos de carga político-ideológica e fundamentam-se no mais das vezes em análises de dados financeiros e previsões orçamentárias. Luiz Gustavo de Assis traz reflexão nesse sentido:

Quanto mais complexa for a sociedade e maior for a demanda por necessidades públicas de uma população, mais o orçamento bem estruturado torna-se uma necessidade e uma peça hábil a sopesar diversos interesses legítimos e muitas vezes contraditórios (ASSIS, 2012, p. 186).

Se não houver contingência financeira para o que se julgar prioritário, conseqüentemente, não se poderá atribuir oposição à tomada da decisão ótima, ou seja, os projetos de leis orçamentárias encaminhados pelo Executivo devem ser condizentes com o equilíbrio orçamentário, bem como devem considerar as dotações orçamentárias para os programas específicos que se pretende desenvolver e os créditos orçamentários autorizados para tanto, isto é, a peça orçamentária não pode ser uma ficção, pois está jungida a critérios específicos para a utilização da receita, impondo ao gestor sua rigorosa observância.

Como se não bastasse a estrita observância aos princípios orçamentários quando da sua elaboração, existe ainda o problema da incongruência das matérias que são colocadas dentro da peça orçamentária, como destaca Assis:

O mais instigante é constatar que o tratamento de matéria diversa em um mesmo texto legislativo é proibido pela Lei Complementar nº 95/98, em vigor, embora raramente respeitada no processo legislativo, tanto pelo Poder Executivo quanto pelo Poder Legislativo (ASSIS, 2012, p. 190).

Por tudo o que se disse, definitivamente não se pode responsabilizar o corpo técnico, pelo menos em princípio, pelas contingências financeiras impostas ao gestor como empecilho ao incremento dos programas sociais.

2.3.3 A crise filosófica

Na sequência, é analisada a crise filosófica que se verifica “como um pressuposto para as insuficiências que se percebem na concretização dos resultados pretendidos.” (MORAIS, 2011, p. 47).

A crise filosófica, na verdade, é a mais profunda delas porque desestrutura a base sobre a qual o conteúdo do Estado social se formou: a solidariedade, em face da qual a constituição do projeto social não chegou a se concretizar, faltando-lhe, como destaca o autor, o “sentido antropológico” a nortear as intervenções e estratégias públicas referentes aos direitos sociais.

Morais pontifica de forma precisa o que teria acontecido com o projeto filosófico do Estado social:

A base antropológica do Estado de Bem-Estar Social pretende dispor de agentes dotados de uma compreensão coletiva compartilhada e compromissada de ser-estar no mundo. Todavia, o que se observou foi, muitas vezes, apenas a transformação do indivíduo liberal em *cliente* da administração, apropriando privadamente a poupança pública ou adotando estratégias assistencialistas de distribuição das respostas estatais e dos serviços públicos, quando não, naqueles locais onde a fórmula do Bem-Estar Social apenas como farsa foi forjada, elaborando-se mecanismos de constituição do consenso social desde um processo de infantilização dos atores, para além do assistencialismo que lhe suporta. (MORAIS, 2011, p. 48).

Destacados os tipos de crise pelos quais atravessa o Estado social, Moraes conclui que a elaboração das estratégias de enfrentamento dessas crises, passa pela leitura neoconstitucionalista do conteúdo de democracia e pelo debate sobre a reformulação da ideia de Estado proposta pela contemporaneidade.

Assim, visto que o Estado social se encontra em crise, convém delimitar o conceito e o conteúdo do que se entende por política pública, o que não é tarefa fácil, principalmente num país onde tanto se tem escrito sobre o seu alcance e importância. Porém, é exatamente a partir do que se escreve e, principalmente, do que se legisla que se pode verificar quão importante se apresenta essa modalidade de “política” para a vida nacional.

2.4 O discurso sobre políticas públicas

Dos direitos das minorias aos dos hipossuficientes, dos problemas concernentes ao consumo de drogas, de moradia digna, de meio ambiente sustentável, de desarmamento, de direitos trabalhistas e previdenciários, enfim, todos os assuntos que compõem a imensa gama dos grandes temas sociais, em

dado momento, receberá o tratamento legislativo que, se não for adequado (muitas vezes não é), irá se aproximar um pouco do que se espera em termos normativos, mas bem pouco será realizado a partir do tratamento legislativo dado, como será verificado adiante, quando serão vistos os índices de percepção social divulgados pelo IPEA.

Esses indicadores comprovam a distância existente entre o discurso político-normativo das políticas públicas e a realidade social, além disso, reforçam a ideia de que efetivamente se deve ter em mente uma situação de crise do Estado social no Brasil. Também é preciso levar em conta que a resolução dos problemas sociais passa pela noção de que realmente eles existem – o que pareceria óbvio –, e que o encaminhamento político até agora dado pelas instâncias governamentais leva a crer, principalmente quando se consideram os números oficiais, que o mundo real e o mundo político encontram-se em dimensões diferentes.

É por isso que aumenta a importância de se considerar inseridas as políticas públicas no “quadro da organização jurídica estatal” como advertiu Fábio Comparato, ao tratar do tema sob a perspectiva de uma análise jurídica, “de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro” (COMPARATO, 2012, p. 292).

Para que esse pensamento se viabilize de modo concreto torna-se imprescindível que se tenham como fatos indiscutíveis “a irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticas governamentais” e o “confronto de tais políticas não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade do governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade” (COMPARATO, 2010, p. 297).

Bem se sabe que o Estado é o principal responsável pela inclusão social e pela distribuição dos bens comuns que compõem a dignidade da pessoa humana e, como tal, a ele compete determinar a “forma como se realizará essa partilha, optando politicamente entre os critérios distributivos que podem ser adotados, sempre em obediência à Ordem Social insculpida no texto constitucional” (CASTILHO, 2009, p. 66).

Portanto, tendo em consideração o fato de que essa distribuição é realizada por políticas estatais, “[...] impõe-se afirmar que apenas o Estado pode conduzir-se de maneira *distributivamente injusta*, o que faz com que a relação entre este e os indivíduos seja nitidamente de subordinação” (2009 apud ALMEIDA E BITTAR, 2007, p. 117).

No Brasil, o discurso sobre a necessidade de implementação das políticas públicas é premente e necessário, mas apenas falar sobre o tema torna-se a forma mais eficaz de não efetivá-lo, enfraquecendo-o e deslegitimando-o, porque os direitos sociais “[...] não são fruto de um artificialismo do Estado. São representações normativas de necessidades humanas básicas, a serem saciadas para a promoção da vida boa devida ao indivíduo.” (CASTILHO, 2009, p. 62). De passagem, calha trazer a lume a consideração feita por Bandeira de Mello quando trata da discricionariedade legislativa, em registro colhido por Ferrari:

[...] os legisladores constituintes incorporam nas Leis Fundamentais aquilo que no período correspondente consagra-se como expressão do ideário da época, reconhece que a forma mais eficiente de torná-los inoperantes na prática, deliberadamente ou não, é desenhá-los em termos vagos, afluídos, dependentes de normação infraconstitucional, o que termina por frustrar o que proclamou. Porém, segundo afirma, “tal resultado ocorre menos porque os preceitos em causa sejam juridicamente débeis, inoperantes de direito e muito mais por uma inadequada compreensão da força jurídica que lhes é própria.” (2001 apud MELLO, 1981, p. 234).

O problema da legitimidade do discurso, apontado inicialmente neste estudo, considerou que a sua ação legitimadora se revelaria pela “ação comunicativa”. Como foi dito, “quem discursa, age” e o agir comunicativo é a pedra de toque do discurso sobre políticas públicas, e está consubstanciado na pragmática universal de Jürgen Habermas sobre os princípios universais da razão comunicacional.

Por isso quando se leva em conta o fato de que o Poder Executivo é o principal produtor tanto de leis como de decisões sobre políticas públicas no Brasil, como aponta o estudo coordenado por José Álvaro Moisés²¹, surge o

²¹ Segundo informa José Álvaro Moisés em estudo realizado sobre o presidencialismo de coalizão, o Executivo realmente é o detentor da maior proporção de projetos aprovados sobre políticas públicas, conforme dados coletados no CEBRAP. O estudo informa: “Os dados da tabela 6 abaixo mostram que enquanto quase 1/3 dos projetos do legislativo (31,7%), referiam-se a ‘Homenagens’, apenas 14,8% eram sobre ‘Políticas Sociais e Cidadania’, e menos de 2% sobre ‘Fiscalização e Controle’ do executivo; outros temas, totalizando mais de 50% das iniciativas legislativas, tinham porcentagens baixas. Por outras palavras, além de o legislativo apresentar e

questionamento sobre a razão (ou razões) pela qual elas não são implementadas de forma concreta e adequada se, como foi apontado, tal decisão parte, indubitavelmente, da principal estrutura de organização do poder no país.

Esse é o questionamento sobre o qual se pretende refletir, orientado na busca de suas prováveis e/ou possíveis respostas.

Nesse rumo, tem-se na história recente da política brasileira, particularmente, a partir dos anos de Fernando Henrique Cardoso ao período Lula/Dilma, a certeza de que o governante de plantão sempre se pautou pelo apoio irrestrito de ampla maioria parlamentar, formando o que se denomina atualmente por “base aliada do governo.”

Por outro lado, nos últimos treze ou quatorze anos, o Brasil experimentou um período de maturidade econômica e desenvolvimento capazes de propiciar, ano após ano, índices de crescimento da sua economia, a ponto de ultrapassar o PIB da Inglaterra e tornar-se a sexta maior economia do planeta, conforme divulgado recentemente pelo Centro de Economia e Pesquisa de Negócios (CEBR em inglês), veiculado amplamente pelos meios de comunicação.²²

Esses dados, porém, não devem criar uma aura de explosão do crescimento, pois, conforme destacou a economista-diretora do Centro de Pesquisas Prospectivas e de Informações Internacionais (Paris)²³, “[...] o Brasil apresenta um crescimento fulgurante, pois os cálculos são feitos em dólar, que tem se desvalorizado nos últimos anos” e conclui sua avaliação pontuando que “[...] é preciso adotar medidas políticas que mudem dois pontos essenciais: a educação e a poupança.” (BÉNASSY-QUÉRÉ, 2011).

aprovar menos projetos do que o executivo, 1/3 dos mesmos tinham natureza simbólica e pouca significação para adoção de políticas públicas. Quanto aos outros 2/3, como o legislativo iniciou apenas 14,5% dos projetos que tramitaram no período, ele foi responsável por apenas 17% dos 314 projetos de ‘Políticas Sociais e Cidadania’; por 19% dos 143 de ‘Segurança e Criminalidade’; por 20% dos 97 projetos de ‘Saúde’; e por apenas 24% dos 29 projetos de ‘Fiscalização e *Accountability*’. Nessas áreas, com a evidente exceção das homenagens (89,9% dos 138 projetos apresentados) a primazia da ação de fato foi do executivo.” (MOISÉS, 2011, p. 20-21).

²² Por todos, consulte-se *Época Negócios*. Disponível em:

<<http://colunas.revistaepocaenegocios.globo.com/financasdebolso/2011/12/26brasil-ultrapassa-reino-unido>>.

Acesso em: 28/12/2011.

²³ Entrevista concedida para a BBC Brasil, em 28.12.2011.

Da mesma forma, o economista da Divisão de Globalização e Desenvolvimento Estratégico da UNCTAD²⁴, Jeorg Mayer, também entrevistado pela BBC Brasil, destacou: “[...] o país ganha um pouco de prestígio, mas, como a população brasileira é muito numerosa, a renda média é muito mais baixa” (MAYER, 2011).

Antes mesmo dessa divulgação já era perceptível o crescimento econômico brasileiro, representado pela estabilidade financeira, aumento do consumo interno e pela diminuição do endividamento das famílias. Contudo, o PIB *per capita* brasileiro é o quadragésimo sétimo do mundo, com uma renda anual de US\$9.390.²⁵

Assim, diante de tais indicadores políticos, sociais e econômicos, seria de se esperar maior concretude do ponto de vista da efetivação das chamadas políticas públicas no Brasil. Mas, então, por que se tem a impressão de que isso não se verifica? Essa é uma constatação que pôde ser em parte captada pelos resultados divulgados do Censo de 2010, como argutamente declarou o editorial do *Le Monde Diplomatique* Brasil:

Ainda que nos últimos anos tenha havido uma melhora em quase todos os indicadores sociais, a questão é o piso de onde partimos e as políticas públicas praticadas. Um piso muito baixo fruto de um arrocho de muitos anos, e políticas públicas que não enfrentam como devido rigor o núcleo gerador da pobreza: a produção da desigualdade (BAVA, 2011, p. 3).

Em abono da tese acima exposta, está a lição de Amartya Sen, para quem:

É um erro buscar o crescimento pelo crescimento, sem levar em conta os seus efeitos mais amplos e as suas consequências. É preciso ponderar, entre outros fatores, o impacto ambiental. É fundamental também usar os frutos do crescimento para aprimorar a qualidade de vida da população de maneira abrangente. (2012 apud SEN, p. 20).

Ao que tudo indica, o nó górdio da desigualdade social brasileira parece ser a distribuição dissonante da renda e da riqueza aliada aos baixos resultados apontados nos índices de educação. Junte-se a isso uma política de juros que

²⁴ Sigla em inglês para Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento.

²⁵ Dados divulgados pela Revista Veja, de 4/1/2012, edição nº 2.250.

beneficia diretamente os bancos privados e os fundos de pensão (BAVA, 2011, p. 3). Nesse sentido, o editorial destaca:

Desde o final da década de 1990 o Brasil vem transferindo anualmente de 5% a 8% do PIB para os ricos, por meio principalmente dos juros, amortizações e refinanciamentos da dívida pública interna. Quem compra títulos do governo brasileiro, tem o maior rendimento do mundo! Quarenta e cinco por cento do orçamento geral da União, algo como R\$635 bilhões em 2010, remuneram esse investimento. Isso sem falar nos R\$116,1 bilhões de isenções tributárias/redução de impostos para os ricos e suas empresas. Para ter uma comparação, R\$7,5 bilhões foram destinados em 2011 para o saneamento básico, num país onde 45% dos municípios não coletam esgoto (BAVA, 2011, p. 3).

Mencione-se, também, que o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)²⁶ brasileiro encontra-se no octogésimo quarto lugar (84^o), segundo dados divulgados pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) em 2011.

Em razão de situações como essas, o discurso sobre políticas públicas de direitos sociais ganha relevo em tempos de mudança de paradigmas, especialmente diante da alta complexidade das questões que passam a ser debatidas na sociedade, tais como a sustentabilidade ambiental ligada ao crescimento econômico e social, o aumento da demanda por alimentos e a redução das áreas cultivadas, além da necessidade crescente de acesso à informação, cultura, tecnologia e educação de qualidade direcionada à ocupação de vagas de emprego mais bem remuneradas.

Nesse contexto, outra pergunta se faz pertinente: por que o Judiciário brasileiro ultimamente vem sendo chamado a integrar a vontade do poder constituinte originário, quando as normas constitucionais programáticas estão direcionadas, em primeiro plano, ao legislador?

Formulações como esta dão suporte à investigação proposta neste capítulo.

²⁶ Segundo o PNUD, o conceito de Desenvolvimento Humano é a base do Relatório de Desenvolvimento Humano (RDH), publicado anualmente e também do índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Ele parte do pressuposto de que para aferir o avanço de uma população não se deve considerar apenas a dimensão econômica, mas também outras características sociais, culturais e políticas que influenciam a qualidade da vida humana. O objetivo do Índice de Desenvolvimento Humano é oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o PIB (Produto Interno Bruto) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. (PNUD Brasil). Disponível em: <http://www.pnud.org.br/idh/>

A partir desse ponto busca-se compreender melhor o que se entende por políticas públicas para, ao final, concluir que talvez fosse melhor para o desenvolvimento brasileiro falar em *ações públicas governamentais* e não em um “programa de ações públicas governamentais”, como defende a doutrina abalizada²⁷.

Nesse rumo, passados vinte e três anos de promulgação da Constituição da República, não caberia mais falar em políticas públicas, mas em ações sociais efetivas e tendentes a resgatar situações sócio-jurídicas que já se encontram defasadas como, por exemplo, as situações de mobilidade no transporte público, a falta de atendimento aos usuários do serviço público de saúde, falta de creches e escolas e outras tantas mazelas já conhecidas por todos.

O conceito de política pública é algo dinâmico, plurívoco e contempla uma infinidade de elementos. Nesse sentido, Carlos Aurélio de Faria apresenta seu raciocínio:

Na verdade, há hoje uma Babel de abordagens, teorizações incipientes e vertentes analíticas que buscam dar inteligibilidade à diversificação dos processos de formação e gestão das políticas públicas em um mundo cada vez mais caracterizado pela interdependência assimétrica, pela incerteza e pela complexidade das questões que demandam regulação. Nessas novas formulações, a variável conhecimento assume lugar de destaque. Compõem esse terreno caleidoscópico os analistas das *policy networks*, das comunidades epistêmicas, das *advocacy coalitions*, dos processos de difusão e transferência de políticas públicas, os estudiosos do *policy learning*, entre outros. (FARIA, 2003, p. 22).

Uma abordagem mais aprofundada sobre os desdobramentos do conceito implicaria em conhecer a pleora dos atuais referenciais doutrinários postos à disposição, mas, como não é este o caso e, sim, proceder a uma investigação sobre aquilo que se entende por políticas públicas e à sua concretização na atual quadra do desenvolvimento brasileiro, o capítulo atende, em parte, ao objetivo que se quer alcançar, isto é, tratar objetivamente o conteúdo oferecido pelos conceitos escolhidos.

Cumpra também recobrar o pensamento que estabelece uma diferenciação entre política pública e decisão política, segundo orienta Maria das Graças Rua:

²⁷ Maria Paula Dallari Bucci, *in* Políticas Públicas – Reflexões sobre o Conceito Jurídico, São Paulo, Saraiva, 2006.

As políticas públicas (*policies*), por sua vez, são *outputs*²⁸, resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido, é necessário distinguir entre política pública e decisão política. Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando – em maior ou menor grau – uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis. Assim, embora uma política pública implique decisão política, nem toda decisão política chega a constituir uma política pública. (RUA, 2008, p. 1-2).

Assim, estabelecidas as premissas fundamentais sobre o tema, segue a sua análise rumo ao que se pode compreender por política pública e seu processo de criação (ou produção), com vistas à concretização dos programas sociais estabelecidos constitucionalmente.

De passagem é possível concordar com Maria Paula Bucci quando assevera: “Não obstante, definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito para a interdisciplinariedade” (BUCCI, 2006, p. 1) e assim deve ser considerado ante ao fato de que o direito se encontra em uma fase de transição paradigmática, pós-positivista, em que o diálogo com as outras ciências sociais é um imperativo necessário para o encaminhamento das soluções de problemas cada vez mais complexos.

O atual estágio de interpretação do direito força que se lance um novo olhar sobre as relações entre o Estado e a sociedade. Do ponto de vista do desenvolvimento social, os países emergentes (o Brasil entre eles) somente conseguirão consolidar sua posição no cenário econômico global se se aprimorarem os mecanismos criados com vistas a esse fim, isto é, não basta desenvolver e fortalecer suas instituições econômicas e financeiras postergando o encaminhamento da inclusão social para o futuro, já se disse.

²⁸ *Output* é um termo originário da língua inglesa cujo significado aproxima-se de “resultado” (do ponto de vista do processo produtivo). Tanto assim que o termo possui aplicação na engenharia de produção, significando uma parte do sistema produtivo ligada às unidades de tomada de decisão, isto é, tais unidades analisam os *inputs* (quantidade de recursos que são consumidos) e os *outputs* (quantidade de bens produzidos). Transportando o termo para a ciência política e a ciência social, significaria o resultado de certas decisões políticas aptas a produzir políticas públicas (COOPER, 2000; EASTON, 1970).

Os países economicamente desenvolvidos, salvo uma ou outra exceção confirmadora da regra, fortaleceram sua estrutura social diminuindo bastante os déficits sociais para só então se lançarem rumo ao desenvolvimento econômico com sustentabilidade, ou como destaca Bucci:

Nos Estados que tardaram mais a criar as condições de funcionamento do Estado liberal, as demandas por liberdade vêm associadas a um pleito pela realização do Estado social. Isso explica que a tarefa constitucional nos Estados de democratização mais recente seja imensamente maior e mais onerosa do que nos Estados onde as tarefas básicas da civilização foram cumpridas há mais tempo, num período em que as relações sociais não haviam sido permeadas tão profundamente pelo direito, como ocorre hoje. (BUCCI, 2006, p. 7).

Alguma sustentabilidade econômica, portanto, somente pode ser atingida a partir da consecução de políticas públicas estatais, pautadas na melhoria constante dos índices de desenvolvimento humano da população.

Assim como não se pode esperar que uma construção seja erguida sem uma fundação bem planejada, também não se pode conceber o desenvolvimento de uma nação sem uma base de direitos sociais consolidada. Na pontual lição de Maria Paula Bucci:

Isso porque, especialmente nas sociedades com menor tradição de garantia de liberdades e mais atrasadas do ponto de vista das condições econômicas e sociais de seu povo, a introdução dos direitos sociais só faz sentido, do ponto de vista normativo, se estiver associada a um conjunto de garantias equivalente ao que permitiu que os direitos individuais se transformassem em pilar e referencial político e jurídico dos Estados democráticos modernos. (BUCCI, 2006, p. 7).

Como se vê, o discurso jurídico baseado na nova vertente das teorias argumentativas passa a integrar o alicerce do desenvolvimento social no sentido de se confirmar a passagem do Estado de Direito formal para o Estado de Direito Constitucional, reafirmando o ideal democrático brasileiro e, em última instância, os direitos sociais prestacionais.

Se, conforme foi dito, a opção jurídica do discurso estatal brasileiro for mesmo a de garantir a realização dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, então, ter-se-á assentada a referida premissa. Existe, contudo, uma especificidade

entre o Estado Social e o Estado de Direito Constitucional, conforme adverte Luiz Henrique Cadermatori, porque este se mostra “como realidade política e jurídica preocupada, essencialmente, com a implementação efetiva dos direitos fundamentais proclamados nos Estados liberal e social.” (CADERMATORI, 2007, p. 66-67).

Pode-se concluir desse modo e em seguida, que toda a discussão envolvendo o tema das políticas públicas requer novas interpretações e formas de aplicação do direito, sobretudo no que respeita à formação da jurisprudência constitucional, não só no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pelo controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos, mas, igualmente, pelo seu controle difuso.

O tema que envolve as novas interpretações e formas de aplicação do direito está ligado, como foi dito, à construção de uma base doutrinária e jurisprudencial metodologicamente sólida no que se refere aos princípios constitucionais, reveladora da atual corrente doutrinária pós-positivista.

Nesse sentido, Garcia de Enterría, como lembra Paulo Bonavides, “não trepida em asseverar que ‘a afirmação e o desenvolvimento desta jurisprudência de princípios dominam avassaladoramente o momento atual da Ciência Jurídica.’” (1996 apud ENTERRÍA, 1984, p. 31).

A efetividade das normas programáticas e, conseqüentemente, das políticas públicas de inclusão social, não estão jungidas apenas à elaboração de novas leis que implementem o programa constitucional nos diversos campos do desenvolvimento social, embora isso também seja necessário em algumas áreas desprovidas de normatização, mas do aprimoramento da legislação já existente e do aumento da percepção política sobre a sustentabilidade das decisões de governo, além, é claro, do incremento da fiscalização por parte dos poderes instituídos e da sociedade.

Em boa parte dos casos a menção normativa a “políticas”, cuja classificação, segundo Bucci, é discutível por não contemplarem “[...] os meios de realização dos objetivos fixados, nem prescreverem metas ou resultados que, conforme se verá

adiante, são elementos do programa de ação governamental” (BUCCI, 2006, p. 11), também colabora para a baixa normatividade legislativa, a qual será tratada à frente.

Enfim, política pública para a autora citada pode ser assim definida:

[...] como um programa ou quadro de *ação governamental*, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito. (BUCCI, 2006, p. 14).

Porém, como a Constituição não tratou especificamente das políticas públicas, exceto no que respeita, por exemplo, à LDO (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e ao PPA (Plano Plurianual), em cujos dispositivos estão previstas as menções às metas, aos objetivos, às prioridades, às despesas de capital entre outros dados, o problema se intensifica, pois “[...] a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico” (BUCCI, 2006, p. 22), embora se saiba que ela configura um padrão normativo nem sempre veiculado sob a forma de lei em sentido estrito.

Massa-Arzabe, analisando a correlação entre direito e políticas alerta, com apoio em Morand:

As políticas públicas constituem a forma precípua da ação estatal, sendo, nos dizeres de Charles-Albert Morand, co-substanciais ao Estado. Nesta medida, evidencia-se para o direito um papel fulcral, mas que só começa a ser divisado pelos publicistas na segunda metade do século XX. [...] Não se cuida, então, do direito voltado a ordenar o já estabelecido, mas de um direito voltado a ordenar o presente em direção a determinado futuro socialmente almejado. Essa ordenação prospectiva, que é plasmada por meio de políticas públicas, exige, além das normas de conduta e de organização, normas definidoras de diretrizes e metas a serem alcançadas. (2006 apud MORAND, 1999, p. 72).

Outro ponto crucial sobre os elementos que caracterizam a política pública, diz respeito à sua exteriorização. Sua visibilidade externa pode ser veiculada sob o formato de lei, decreto, portaria e até sob a forma de contratos de concessão administrativa, conforme se aludiu antes. Porém, o que se vê na prática é a lei como sendo o seu instrumento de materialização jurídica mais comum.

Para Massa-Arzabe, a norma jurídica se mostra fundamental para a concepção de uma política pública. Assim:

A norma jurídica desempenha a função de plasmar os objetivos, as diretrizes e os meios da atividade estatal dirigida. Por isso, a norma é fundamental no contexto presente tanto para viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67).

A partir dessa constatação, urge perguntar se uma vez veiculada a política pública sob o formato de lei em sentido estrito, caberia ao administrador postergar a sua implementação para o momento financeiramente oportuno, sob o ponto de vista da despesa pública? Ou a política pública materializada sob a forma de lei tem o poder de vincular o administrador devendo, pois, ser cumprida ao argumento do “tudo ou nada”, por ser regra de direito?

As respostas a essas indagações consubstanciam pontos destacados deste capítulo e conformam a linha central do seu desenvolvimento.

Rumo ao ponto nuclear da discussão, portanto, é de se pontuar que o programa governamental de políticas públicas deve estar apoiado em metas e diretrizes claras constituindo, em última análise, premissa necessária para a tomada da decisão administrativa ótima. Contudo, o cumprimento do programa constitucional dos direitos sociais não exige que o administrador público tenha que esperar pela elaboração da lei para agir, aliás, o Executivo depende muito pouco do material produzido pelo Legislador para a consecução dos seus projetos, diga-se de passagem.

Assim, pode-se concluir que, como a Constituição é um documento aberto tendo como seus intérpretes toda a sociedade e o Poder Público, então, para que se queira viabilizar ações públicas veiculadoras dos direitos sociais, é necessária disposição política, coordenação e priorização das escolhas, já que os recursos financeiros estão compreendidos no desenvolvimento de toda a atividade administrativa, seja de cunho negativo (direitos de defesa), seja de cunho prestacional (direitos materiais).

É claro que, na maioria dos casos, toda ação administrativa deve estar vinculada a um projeto orçamentário responsável, capaz de orientá-la tecnicamente

do ponto de vista financeiro, como foi visto. A isso corresponde o princípio da eficiência da Administração Pública.

Evidencia-se, também, a certeza de que o contingenciamento financeiro para a execução das políticas públicas constitui um grave problema. Porém é de se concordar que esse contingenciamento, na maioria absoluta das vezes, é consequência de uma série de acontecimentos nocivos, tais como os desvios do dinheiro público, a falta de planejamento e de coordenação das ações administrativas, a pouca fiscalização orçamentária, o inchaço da máquina burocrática e os excessivos gastos realizados em áreas desprovidas de prioridade social, onde se encontram, por exemplo, os informes publicitários governamentais.

Dessas ponderações surge a lúcida constatação de Habermas, trazida por Massa-Arzabe, sobre as mudanças pelas quais passa o Estado:

Na doutrina jurídica, verifica-se crescentemente a constatação de que o direito passa por uma mudança radical e estrutural com a ampliação da atuação do Estado por meio de políticas públicas. Habermas aponta que a moderna prática administrativa caracteriza-se por um 'elevado grau de complexidade, dependência conjuntural e incerteza que não pode ser inteiramente antecipada pelo legislativo e, conseqüentemente, determinada no nível normativo. O tipo clássico de norma jurídica em larga medida se dissolve, pois ele consiste em um programa condicional que define ofensas listando as condições sob as quais o Estado está autorizado a intervir e as conseqüências nas quais se estipulam as medidas que o Estado pode adotar'. (2006 apud HABERMAS, 1997, p. 431).

É no sentido dessa correção que o direito, amparado na condução normativa adequada e pautado no princípio republicano da administração pública eficiente, deve ser considerado. Da escolha desse novo referencial de Estado, espera-se surgir como legítimas as pressões sociais no rumo da mudança da política governamental e, conseqüentemente, novos direcionamentos para a inclusão social.

Voltando ao ponto da normatização das políticas públicas, já se disse que elas não possuem um padrão normativo pré-concebido, embora a norma seja "[...] fundamental no contexto presente tanto para viabilização da política como para a realização dos direitos que se visa proteger." (MASSA-ARZABE, 2006, p. 66).

Deve-se entender, porém, que, embora a norma jurídica (não o texto legal) seja imprescindível para a consecução do programa social, isso não significa que ela

deva estar consubstanciada na forma de lei em sentido estrito. Decorre daí que tanto os princípios constitucionais como a ordem de valores deles decorrentes podem e devem ser utilizados para a conformação dos direitos sociais e de outros direitos constitucionalmente previstos.

Evidentemente que na presença da lei instituidora de uma política pública que garanta a efetivação de um direito social ou de prestação, não haverá margem à discricionariedade administrativa e, portanto, ela deve ser cumprida como regra e sob os auspícios da legalidade.

Por outro lado, em se tratando de política pública veiculada por meio de princípios normativos, o seu cumprimento não se fará baseado na legalidade, mas na normatividade oriunda dos princípios constitucionais expressos ou implícitos.

Portanto, aos questionamentos feitos em linhas volvidas, responde-se negativamente ao primeiro em face do caráter inconstitucional que o adiamento da realização de uma ação social possui. Nesse aspecto, colha-se a lição de Marcelo Neves:

Por outro lado, não foi bem formulado o problema da inconstitucionalidade das questões políticas, visto que a interpretação de qualquer norma constitucional, em face dos condicionamentos semântico-pragmáticos, importa sempre, em maior ou menor grau, um *quantum* de politicidade. (...) No entanto, deve-se salientar que a aplicação destes critérios (intra-sistemáticos) é fortemente condicionada por fatores extra-sistemáticos, em face das propriedades semântico-pragmáticas da linguagem constitucional, que exige um modo de pensar situacional; isto é, os critérios técnico-jurídicos de aferição da constitucionalidade das leis são sempre intensamente "contaminados" pelo contexto fático-ideológico da sua interpretação concreta. (NEVES, 1988, p. 106-107).

Quanto ao segundo questionamento, afirma-se que o cumprimento da lei é sempre de observância obrigatória, sobretudo, para o administrador público.

Apenas poder-se-á admitir seja relativizado o cumprimento sistemático da norma quando, em homenagem à verdadeira discricionariedade e em razão de fatos supervenientes à tomada da decisão administrativa, possam ser considerados tais fatos como impeditivos do seu cumprimento integral, exatamente porque os limites da imprevisão integram os critérios daquela.

2.4.1 Políticas públicas e o conteúdo de governança

Nos dias de hoje muito se tem falado sobre governança, sobre a boa governança. O que isso quer dizer?

Governança é um conceito elaborado a partir de um documento escrito pelo Banco Mundial em 1992²⁹. Segundo esse documento, o conceito de governança se resumiria “[...] na maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando ao desenvolvimento” (2005 apud Banco Mundial, 1992) o que implicaria na “capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções” (2005 apud Banco Mundial, 1992).

O professor Alcindo Gonçalves em interessante estudo³⁰ aponta duas questões que a seu ver são fundamentais para a melhor compreensão do tema.

A primeira, colhida da lição de Maria Helena Santos, considera a boa governança como “um requisito fundamental para um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e também direitos humanos.” (2005 apud SANTOS, 1997, p. 340-341).

A segunda questão, formulada por Eli Diniz, traz os procedimentos e as práticas governamentais como sendo relevantes para a boa governança no que respeita à “consecução de suas metas”, incluindo aspectos relativos “aos processos decisórios, a articulação público-privada e a abertura para a maior ou menor participação dos setores interessados de distintas esferas de poder.” (2005 apud, DINIZ, 1995, p. 400, apud, Banco Mundial, 1992).

Ora, então, se a boa governança está relacionada com os “aspectos decisórios” e com o “desenvolvimento sustentado” que orienta um “crescimento econômico com equidade social”, como foi apontado pelos autores citados, então, a boa governança é fundamental para a execução das políticas públicas idealizadas governamentalmente.

²⁹ *Governance and Development*.

³⁰ Trabalho apresentado no XIV Congresso Nacional do Conpedi (Fortaleza/2005).

O termo “governança” ainda pode ser empregado na teoria da administração e também nas relações econômicas, mas o sentido que se busca analisar é o que mais se aproxima da boa gestão administrativa ligada ao direito público.

Poder-se-ia dizer que o sentido de governança está conectado ao princípio da eficiência insculpido no caput do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual o agente público deve optar sempre pela solução ótima, tanto no que se refere ao direcionamento do investimento público como na maneira de empregá-lo.

É antiga, por exemplo, a lição de Hely Lopes Meirelles sobre o tema eficiência:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 1997, p. 90).

Evidentemente, a lição do mestre administrativista deve ser atualizada para os novos dias, em que a ordenação de despesa talvez seja considerada a pedra de toque da Administração Pública, sobretudo, quando se espera que o gestor atue com responsabilidade diante de tal circunstância.

Nesse sentido, Massa-Arzabe lembra que:

[...] toda política pública está diretamente amarrada aos princípios estruturantes da Administração Pública, assim como as partes do conjunto que engendra, isto é, os programas, os projetos, as ações, merecendo ênfase particular o princípio da eficiência. Como as políticas públicas existem em função de objetivos que devem ser concretizados, a avaliação de seu procedimento e dos resultados que vai alcançando devem ser pautados pelo exame da eficiência (MASSA-ARZABE, 2006, p. 69).

Segue daí que a abertura de canais de comunicação com a sociedade, estabelecendo o que hoje se entende por “administração pública dialógica”, é uma das boas iniciativas, mas não a única a ser perseguida. Dentre estas iniciativas pode-se lembrar, por exemplo, de uma organização e estruturação prévias das políticas que serão atendidas dentro de uma relação espaço-tempo delimitada, isto é, tanto o fluxograma como a coordenação dos atores envolvidos na concretização

de uma ação social devem estar previamente definidos e os agentes públicos conscientes do papel que irão desempenhar para atingir esse fim.

Partindo dessa linha de pensamento, Carlos Milani sustenta que “a participação social no processo decisório de algumas políticas públicas foi erigida em princípio político-administrativo.” (MILANI, 2008, p. 554). Para o autor:

Fomentar a participação dos diferentes atores sociais em sentido abrangente e criar uma rede que informe, elabore, implemente e avalie as decisões políticas tornou-se o paradigma de inúmeros projetos de desenvolvimento local (auto) qualificados de inovadores e de políticas públicas (auto) consideradas progressistas (MILANI, 2008, p. 554).

Um segundo critério liga-se à contenção do desperdício do dinheiro público, por meio do aumento da fiscalização da receita e da diminuição ou, pelo menos, da adequação do corpo administrativo à realidade funcional, porque, ao contrário da noção de boa governança, “a gestão do dinheiro público que justamente contrarie as metas colimadas pelos preceitos constitucionais”, dará azo à má-governança (CALDEIRA, 2010, p. 2046).

Em terceiro plano, encontra-se a ideia do “estabelecimento de prioridades das políticas públicas para a concretização da Constituição”, segundo informa Caldeira (2010). Para a autora:

As escolhas feitas pelo administrador que impliquem em aplicação de recursos orçamentários públicos devem estar estritamente pautadas na Constituição e nas prioridades elegidas pela própria comunidade. Razão pela qual se o agir do gestor público se desvirtuar deste norte interpretativo, é possível que o mérito administrativo seja controlado pelos órgãos do contencioso administrativo, pela Jurisdição ou mesmo pelos cidadãos, por meio de instrumentos de participação direta na coisa pública (CALDEIRA, 2010, p. 2047).

A governança, então, está intensamente relacionada com as políticas públicas, com o “processo de governar”, distinguindo-se de governabilidade que é a “capacidade de governo”.

Massa-Arzabe traz a lição de Alan Hunt para esclarecer a mudança paradigmática que o conceito de governança representa:

O foco em 'governança' abre um espaço que nos permite pensar em governo mais como processo do que como instituição e romper com os hábitos de há muito instilados pela dominância da nação-Estado de que apenas governos governam. O termo 'governança' ajuda-nos a focalizar as muitas dimensões da experiência e das consequências de ser governado... Colocando em termos diferentes, esta concepção de governança trespassa a distinção entre Estado e sociedade civil; é de ser achada em ambos os lados, e não em apenas um deles, minando a equação do senso comum de governo com a imposição externa ou vertical (2006 apud HUNT, 1993, p. 306).

A complexidade das relações com o Estado e a globalização foram os processos que desencadearam a noção e o conteúdo de governança, revelados nas denominadas "redes de ação pública" que configuram sua maior evidência, segundo informa a professora Massa-Arzabe (2006).

Vê-se, portanto, que a participação de outros atores no processo de governar é uma realidade cada vez mais presente nos Estados democráticos, que têm na ideia da (boa) governança uma forma de encaminhamento das questões ligadas às políticas públicas e ao seu necessário incremento.

A velha fórmula eleitoreira e demagógica ainda praticada na periferia do capitalismo tenderá, espera-se, a ceder espaço às novas concepções previstas para a Administração Pública na condução das políticas públicas como, por exemplo, pela correta identificação do interesse público a ser contemplado e a consequente observação da dotação orçamentária capaz de satisfazê-lo.

Essa perspectiva pode estar baseada num diálogo aberto com a sociedade e mediante uma escolha técnico-política das prioridades a serem abarcadas. Antes, porém, devem ser considerados os estudos orçamentários fundamentados em projeções de receitas públicas absolutamente rigorosas, para, só então, iniciar-se o processo de condução do programa de ações coordenadas tendentes à realização concreta da demanda social.

Tudo em apelo ao princípio da eficiência e para que não se tenha a intervenção de outras instituições e poderes que, em tese, não deveriam participar do processo de implementação desse tipo de política, mas que integram, auxiliam ou

contribuem para fiscalizar a estrutura do poder estatal, como o Judiciário, o Ministério Público, os meios de comunicação e a sociedade.

Mais uma vez o apoio de Massa-Arzabe se mostra relevante nesse particular:

Fica evidente, deste modo, que a perspectiva da governança surge como essencial para o desenvolvimento e implementação de toda espécie de políticas públicas, e particularmente das políticas de efetivação de direitos sociais, em especial porque também abrange as noções de *accountability* e de *responsiveness*³¹. Não despropositadamente e sob o ângulo que lhe é peculiar, identifica o Banco Mundial a necessidade de se centrar a ação pública nas prioridades sociais e aponta o Estado como o principal agente para enfrentar as desigualdades e promover uma expansão do patrimônio material e intelectual das pessoas em situação de pobreza, a partir de três princípios básicos: a redistribuição pelo Estado, a governança efetiva e o uso dos mercados, e a participação (MASSA-ARZABE, 2006, p. 59).

Verdadeiramente a noção de processo conduz a ideia de governança e, pois, de políticas públicas. Se o processo é “um conjunto de atos organizados em procedimento tendentes à produção de uma decisão (finalidade)”, então, esse pensamento deve sustentar a ação do gestor público no encaminhamento das questões sociais porque, como declara Massa-Arzabe, “[...] uma só ação ou programa governamental não pode caracterizar uma política pública”. (2006, p. 62).

O que se quer esclarecer é o fato de que política e ação são coisas distintas e como tal devem ser previamente organizadas e coordenadas desde o início, logo na tomada da decisão política. Isto é realmente fundamental para que se desenvolva um cenário adequado à implantação de programas tendentes a promover o comando constitucional de justiça social.

Portanto, deve-se ter em mente que uma política pública relacionada ao meio-ambiente, à segurança pública, à moradia popular, à educação e à saúde somente pode ser instituída como programa de ação se estiverem presentes e delimitados uma agenda, um processo que contemple a receita, as metas, os limites estruturais, um cronograma previamente definido (ou pelo menos previsto) e, de outra parte, os atores e instituições públicas e privadas envolvidos, sob uma gestão

³¹ Segundo a professora Patrícia Massa-Arzabe, “[...] estes termos estão relacionados à noção de responsabilidade, mas o primeiro expressa a ideia de se poder cobrar resultados das ações, ou de prestação de contas, enquanto o segundo mais se aproxima da ideia de respostas adequadas (responsáveis) às demandas postas ao Estado.” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 59).

antecipadamente definida, sob pena de não se caracterizar finalisticamente como política ou ação pública.

Nesse contexto, outro conceito de política pública, agora delineado por Duran, contempla, de forma simples, os aspectos estruturais que a integram, como destacou Massa-Arzabe, “uma política pública é a busca explícita e racional de um objetivo graças à alocação adequada de meios onde a utilização razoável deve produzir consequências positivas” (2006 apud MORAND, 1999; DURAN, 1996).

A partir dessas considerações, esta pesquisa direciona-se à demonstração por meio de dados elaborados a partir de pesquisas quantitativas e qualitativas, da desigualdade social e da percepção de pobreza da população brasileira. Também são verificadas informações sobre áreas importantes do desenvolvimento social tais como a educação, a saúde e o trabalho, tomadas a partir de publicações oficiais.

Em seguida, são mencionados alguns dispositivos legais que, de certa forma, contemplam em seu bojo “programas sociais” que visam a pôr em prática políticas públicas ligadas aos temas pesquisados.

2.5 Exclusão e desigualdade social no Brasil

Nos últimos três séculos, a igualdade tem tido dois significados que, embora complementares, estão em estado de tensão permanente. O primeiro é a abolição de privilégios e o firme estabelecimento de direitos iguais a todos os indivíduos, independentemente de suas origens e de seu gênero, nacionalidade, idade, território e etnia... A segunda dimensão é a distribuição de recursos na sociedade de tal forma que permita que todos os seus membros exerçam seus direitos efetivamente. (2011 apud Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL – Time for Equality: Closing gaps, opening trails, Santiago: CEPAL, 2010.)³²

A desigualdade social, que importa na pouca distribuição de renda e, conseqüentemente, na diminuição das oportunidades de ascensão social, é tema recorrente para as entidades que a pesquisam e observam seu reflexo no

³² Informativo OXFAM nº 157. “A Oxfam é uma confederação internacional de quinze organizações que estão trabalhando juntas em 98 países para encontrar soluções duradouras para a pobreza e injustiça.”

desenvolvimento dos países pobres e emergentes. Segundo a OXFAM, em seu informativo nº 157:

A desigualdade destrói a estrutura social e limita severamente as oportunidades dos indivíduos de escapar da pobreza. Quando a desigualdade de renda é alta ou crescente, a evidência é clara de que o crescimento econômico possui significativamente menos impacto na pobreza: uma abordagem de redistribuição não funciona. Além disto, uma pesquisa recente indica claramente que a desigualdade ocorre em detrimento do próprio crescimento econômico. A desigualdade leva à instabilidade, impede o investimento produtivo e prejudica as instituições do governo.

Equivoca-se, portanto, quem entende que a desigualdade é apenas um problema sócio-econômico que pode ser verificado na parcela mais pobre da sociedade. A desigualdade possui um poder corrosivo: desestabiliza as instituições.

Ademais disso, a desigualdade freia o crescimento econômico e posterga em décadas a retomada do desenvolvimento. Por isso, combatê-la significa pensar em crescimento econômico sustentado se não se quiser examiná-la sob outro prisma: o da injustiça social.

Neste ponto cumpre, então, analisar determinados aspectos da desigualdade baseados em pesquisas recentes de organismos nacionais e estrangeiros. A relevância dessas informações consiste em verificar como estão sendo implementadas as políticas públicas ligadas ao desenvolvimento social do país, após vinte e três anos da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, analisa-se a pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e publicada em 2010 sob a denominação *Presença do Estado no Brasil: Federação, suas Unidades e Municipalidades*. Esta pesquisa, como o próprio presidente do IPEA enfatizou:

[...] busca congrega parte essencial dos dados e indicadores utilizados de forma cotidiana pelos técnicos de planejamento e pesquisa do Ipea para pensar o desenvolvimento e formular políticas públicas, de forma a incentivar uma maior interação entre as diferentes esferas de governo e mostrar a presença do Estado ao longo de nosso vasto território (POCHMANN, 2010, p. 9).

Extensa e complexa como o Brasil, a pesquisa do IPEA se apresenta sob as mesmas características, razão pela qual foi coletada apenas parte dos dados da sua publicação, que será tomada como referencial para o exame das considerações produzidas nesta parte do trabalho.

Na referida publicação, o IPEA apresenta indicadores considerados básicos e outros referentes a áreas específicas. Dentre estas, destacam-se as áreas de segurança pública, saúde e emprego. Estas áreas específicas estão indicadas nesta parte do trabalho porque se referem aos principais problemas brasileiros apontados pela pesquisa SIPS, também elaborada pelo IPEA, no ano de 2011.

Em segundo plano, mas não menos importante, encontram-se os dados da pesquisa SIPS que, conforme declara o IPEA, trata-se:

[...] de uma pesquisa domiciliar e presencial que visa captar a percepção das famílias acerca das políticas públicas implementadas pelo Estado, independente (sic) destas serem (sic) usuárias ou não dos seus programas e ações. A partir desta 2ª edição, a pesquisa passa a ser realizada em 3.775 domicílios, em 212 municípios, abrangendo todas as unidades da federação. Passa também a ser utilizado o método de amostragem probabilística de modo a garantir uma margem de erro de 5% a um nível de significância de 95% para o Brasil e para as cinco grandes regiões. (IPEA, 2011, p. 2).

Em sua quarta rodada, a pesquisa apresentou dados relativos à área de assistência, “aferindo a percepção da população sobre o problema da pobreza” e valendo-se da mesma metodologia empregada pelo IBGE no último Censo Demográfico de 2010.

Para os brasileiros consultados, o maior dos problemas por eles enfrentados no país é “[...] a insegurança/violência (23%), acompanhado de muito perto pela saúde (22,3%). Corrupção (13,7%), desemprego (12,4%), educação (8,0%), pobreza/fome (6,1%), drogas (6,1%), desigualdade (5,8%) e outros (2,6%).” (SIPS - IPEA, 2011, p. 4).

Conforme apontado na pesquisa SIPS, o problema da violência/insegurança representa 23% (vinte e três por cento) da percepção dos brasileiros entrevistados sendo, portanto, o mais preocupante. Este aspecto, segundo o IPEA (conforme a pesquisa Presença do Estado), “[...] deve ser encarado de forma multidisciplinar, se

desejamos atenuar os efeitos negativos da insegurança no meio da sociedade” (IPEA, 2010, p. 99).

A partir dessa afirmação, sobre a qual parece não haver discordância, é necessário observar como a União pretende enfrentar o problema da insegurança/violência, a partir do que estabelece o projeto de lei orçamentária para o ano de 2012, já que um dos principais empecilhos que se alega para a baixa responsividade do Executivo é a escassez de recursos financeiros.

Cumprе ressaltar que a lei orçamentária, grosso modo, possui duas “partes”, uma relativa às obrigações da União como o pagamento dos benefícios previdenciários e de assistência social, o pagamento de juros, encargos e amortizações da dívida pública que totalizam 1,1 trilhões de reais. Esta parte representa 89,1% do Orçamento de 2012 contra 10,9% da outra parte que é relativa às “despesas discricionárias”, destinada ao investimento e ao custeio que totalizam 221 bilhões de reais, segundo informações da Secretaria de Imprensa da Presidência da República.

É de se notar que a menor parcela de todo o orçamento da União para o ano de 2012 refere-se ao montante consolidado das obrigações correntes, ou seja, quase 90% do orçamento é gasto com a administração da máquina burocrática. Apenas 10% (dez por cento) devem ser distribuídos às áreas de maior contingência social.

Pois bem. Os investimentos em segurança/ combate à violência devem atingir 8,4 bilhões, segundo informa o Ministério do Planejamento. A área de segurança pública nacional engloba as Polícias (Federal e Rodoviária Federal), a Senasp (Secretaria Nacional de Segurança Pública), a Enafron (Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras), a Defesa Civil e a recém-criada Secretaria Extraordinária para Grandes Eventos (Jogos Olímpicos e Copa do Mundo).

No que respeita especificamente à Senasp, que congrega a maior parte das políticas públicas multidisciplinares de combate à violência, o Ministério do Planejamento informa:

Prioriza-se a prevenção, buscando atingir as causas que levam à violência, sem deixar as estratégias de ordenamento social e segurança pública. Estão previstos R\$ 932,3 milhões com ações de apoio à implementação de

políticas sociais, de segurança cidadã, campanha de desarmamento, implantação de postos de polícia comunitária, concessão de bolsas de formação, entre outras. A Senasp é também o órgão responsável por administrar o Fundo Nacional de Segurança Pública que receberá R\$ 526 milhões. O Fundo tem por objetivo apoiar projetos na área de segurança pública destinados ao reequipamento, treinamento e qualificação das polícias civis e militares, corpos de bombeiros militares; aos sistemas de informação, de inteligência e investigação, bem como de estatísticas policiais; à estruturação e modernização da polícia técnica e científica; aos programas de polícia comunitária e de prevenção ao delito e à violência; Além disso, mantém o pronto emprego da Força Nacional de Segurança Pública, que contará com R\$ 92,4 milhões em 2012. (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2012, p. 59).

Veja-se que para o maior problema apontado pelos brasileiros entrevistados na pesquisa SIPS, serão direcionados apenas 8,4 bilhões de reais para o ano de 2012.

Avançando rumo ao segundo aspecto mais problemático da pesquisa do IPEA, os brasileiros consultados estão preocupados com a saúde. Neste ponto, ressalte-se que o projeto orçamento de 2012 aumentou os investimentos em saúde em 11,33%, “[...] passando para 31,6% do total das despesas discricionárias, o que representa 71,7 bilhões, acréscimo de 9,3 bilhões em relação a 2011.” (SECRETARIA DE IMPRENSA, 2011).

Esse aumento, é bom lembrar, ocorre em razão do que determina a emenda constitucional nº 29, de 2000, que alterou a redação do artigo 198 da Constituição Federal, acrescentando-lhe os parágrafos 2º e 3º. Especificamente, o parágrafo segundo determina:

§ 2º. A União, os Estados, o Distrito federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I- no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º. (CF, art. 198, § 2º).

A lei complementar a que se refere o dispositivo constitucional é a de nº 141, de 13 de janeiro de 2012 que estabelece em seu artigo 5º o seguinte:

Art. 5º. A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto

Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (LC nº 141, art. 5º).

Note-se que a lei que deveria ter regulamentado o artigo 198 da Constituição Federal, somente foi editada em 2012, portanto, doze anos após a promulgação da emenda constitucional de nº 29.

Desse modo, o incremento necessário à área da saúde pública somente deverá ocorrer a partir de 2012, o que reforça o sentimento de preocupação veiculado na pesquisa SIPS. Nesse sentido, apenas agora o Sistema Único de Saúde (SUS), ao que parece, poderá ser reconhecido como sendo “um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, segundo informa o Ministério da Saúde.” (IPEA, 2010).

Finalmente, surge o problema da corrupção, apontado na pesquisa como sendo a terceira maior preocupação do brasileiro atualmente, significando 13,7% dos entrevistados. Nesse ponto, é bom lembrar que a pesquisa SIPS desdobra o trabalho pelos critérios de região, renda, faixa etária e sexo. Assim, levando-se em conta o critério da renda, para a faixa que recebe de 1 a 4 salários mínimos, o maior problema é a saúde, seguido da violência/insegurança e, por último, o desemprego. A corrupção aparece depois dos problemas relacionados às drogas e à pobreza/fome. (SIPS – IPEA, 2011).

Como não existem dados suficientemente corretos e atualizados sobre a corrupção no Brasil, muito menos se conhecem programas de políticas públicas especificamente direcionados ao seu combate, sua análise pôde ser feita a partir dos balanços das ações da CGU³³ e de alguns dados externos como os apresentados pela Transparência Brasil e da Transparência Internacional. Segundo informações desta organização divulgadas pelo jornal O Globo:

O Brasil ficou com a 73ª colocação no ranking divulgado nesta quinta-feira pela ONG Transparência Internacional que mediu a percepção da corrupção em 2011 entre 183 nações avaliadas. O país melhorou ligeiramente sua nota em relação a 2010, quando ficou em 69º lugar, passando de 3,7 para

³³ A última publicação de que se tem notícia, refere-se ao balanço referente às ações da CGU, por meio do projeto “Combatendo a Corrupção no Brasil” em convênio com a UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime), é de 2008 e se refere ao Controle Interno, Prevenção e Combate à Corrupção. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/>

3,8. Quanto mais próximo do topo da lista e da nota dez, menor é a sensação de que o país é corrupto. (O GLOBO, 2011).

Como a questão do emprego está diretamente ligada à desigualdade, embora o combate à corrupção também seja uma vertente dos direitos humanos, segundo avalia a Anistia Internacional, o assunto (desemprego) também passa a ser analisado segundo as pesquisas mencionadas, como um dado a mais para este trabalho.

Nesse sentido, o número de inscritos/vagas, encaminhados e colocados no SINE/Intermediação de Mão de Obra (IMO), em 2008 era de 5.987.808 (inscritos) para 2.526.628 vagas. Do total de inscritos, 5.781.528 foram encaminhados e apenas 1.068.140 obtiveram colocação formal de emprego. (IPEA, 2010, Tabela 39, p. 70).

Veja-se que em 2008 do total de quase seis milhões de inscritos, somente cerca de um milhão conseguiu vagas no mercado. É por isso que na pesquisa SIPS, a percepção social sobre o problema do desemprego está diretamente relacionada com o estado de pobreza da população, o que faz com que a população perceba que as políticas públicas de geração de emprego e renda ainda se encontram em patamar bastante reduzido em relação às suas necessidades:

A população brasileira percebe o desemprego como a principal causa da pobreza, pois de forma bastante expressiva 29,4% da população entende que esse problema é fundamental na geração da pobreza. No leque de causas possíveis, duas outras também foram bastante citadas: educação (18,4%) e corrupção (16,8%). Em seguida foi lembrada a importância da má distribuição da renda (12%), as demais foram mencionadas, mas de forma pouco expressiva. (SIPS – Ipea, 2011, p. 8).

A par dessa aferição, o Ministério do Planejamento divulga que para o ano de 2012, serão gastos R\$ 115 milhões nos programas de qualificação PlanSeQs (setoriais) e PlanTeQs (territoriais). É bem verdade que o orçamento da União prevê gastos muito mais vultosos para o pagamento das redes de proteção ao trabalhador (benefícios e abonos salariais), no montante de R\$ 39,6 bilhões. Porém, ao que parece, a qualificação não encontra tanto respaldo financeiro como deveria, uma vez

que a partir dela aumentam-se as oportunidades de trabalho com melhores salários e se evita a demissão em favor de outro trabalhador mais bem qualificado.

É justamente na qualificação profissional que o trabalhador, principalmente o mais jovem, espera progredir na carreira percebendo maior remuneração. Nesse particular, a pesquisa SIPS destaca:

Por fim, mais dois aspectos chamam a atenção na percepção dos brasileiros sobre a pobreza. O primeiro diz respeito à relativização da possibilidade de evitar a pobreza pelo emprego. Não obstante a maioria da população perceba o desemprego como a maior causa da pobreza, eles (70,8%) reconhecem que o maior esforço e o exercício de um trabalho remunerado podem não ser suficientes para evitar a pobreza, caso a remuneração seja muito baixa, como pode ser constatado no gráfico 12. (SIPS – Ipea, 2011, p. 10).

Enfim, o que se pode constatar a partir das informações coletadas é o fato de que algumas áreas estão desprestigiadas no tocante aos investimentos da União, quando se toma como parâmetro o que se gasta em favor de outras áreas, como os serviços das dívidas externa e interna, seu refinanciamento, juros e amortizações, embora seja evidente que os avanços sociais se fazem também com investimentos externos, pautados em dados concretos de estabilidade financeira e econômica.

Impactam também a peça orçamentária programas de transferência de renda que se perenizam ao longo do tempo, sem que haja uma contrapartida efetiva dos benefícios concedidos, bem como do incremento, por parte do Estado brasileiro, de ações realmente concretas e determinadas de resgate da condição social dos que vivem na linha da pobreza e abaixo dela.

Tais programas devem ser aferidos continuamente pela Administração e cotejados com a realidade fática haja vista o distanciamento, cada vez maior, do cumprimento das condicionalidades ao pagamento dos benefícios, embora se tenha notícia que o Programa Bolsa Família, por exemplo, vem obtendo êxito no quesito distribuição de renda/melhoria da condição financeira da população beneficiada.

Por outro lado, as políticas públicas de saúde, educação e assistência devem ser contínuas buscando o aumento gradativo da qualidade, de modo a comporem um programa governamental amplo e protraído no tempo e não apenas emergencial.

Por certo, ações políticas consubstanciadas em programas que objetivem a busca constante pela qualidade de vida da população demandam recursos superiores aos que estão disponíveis para o Estado. É que a percepção da pobreza ou da exclusão social “enuncia uma transformação paradigmática, principiadora de uma mudança cultural”, segundo assevera a professora Patrícia Massa-Arzabe (2006, p. 70), nitidamente maior que os programas governamentais de atuação pontual.

O enfrentamento dos problemas sociais não pode continuar sendo tratado apenas sob o prisma do que é “financeiramente possível”, porque as políticas públicas, como diretrizes normativas que são, vinculam os poderes públicos e a sociedade e, portanto, a sua execução e os processos que orientam seus objetivos devem ser fiscalizados por esta e controlados judicialmente quando desbordarem da finalidade administrativa.

Nesse sentido, “não há margem para juízo de discricionariedade ao Poder Público”, reforça a professora paulista.

Contudo, o entendimento de que o controle judicial das políticas públicas pode ser uma forma de fiscalizar o programa constitucional referente aos direitos sociais encontra resistência para uma parte da doutrina.

A transferência do controle da execução das políticas públicas para o Judiciário, segundo sustenta Alcindo Gonçalves com o escólio de Antoine Garapon, “[...] estaria relacionada com o enfraquecimento do Estado pelo mercado e pelo desmoronamento simbólico do homem e da sociedade democrática.” (2006 apud GARAPON, 1999).

Em que pese à relevância desse posicionamento, o que se deve ter em mente é que a utilização, por parte do Estado, dos argumentos existentes na doutrina da “reserva do possível”, acaba por justificar, de certa forma, a incompetência na gestão dos recursos públicos, os gastos excessivos e as perdas oriundas desses desvios pela corrupção e pelo desperdício, situações que se mostram inaceitáveis em momentos de contingência econômica.

O ponto sobre o qual se pretende discorrer agora é extremamente sensível e complexo. Trata-se de apontar alguns problemas que, sob a ótica deste trabalho, contribuem para a baixa inclusão social no Brasil.

Evidentemente não há como desobrigar-se integralmente da tarefa proposta até porque, pela dinâmica progressiva desses problemas e diante do volume crescente das demandas por políticas públicas, da escassez orçamentária, do desperdício das verbas públicas, da falta de fiscalização adequada dos orçamentos, dos excessivos gastos públicos e, finalmente, dos desvios e malversações do erário, pontuar os problemas fundamentais e suas consequências para o desenvolvimento da sociedade brasileira requer espaço e competência que a presente pesquisa não comporta.

Optou-se, então, por dividi-los em categorias distintas, embora possa haver pontos de contato entre alguns deles dispostos em categorias diferentes.

Neste capítulo, apenas os problemas relativos aos poderes Executivo e Legislativo serão abordados, pois aqueles referentes ao Judiciário serão considerados no capítulo três deste trabalho, como já foi anunciado.

2.5.1 Problemas referentes ao Poder Executivo. Baixa *responsividade*.

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma consequente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder Executivo, que incumbe o papel hegemônico. (Fábio Konder Comparato - Rumo à justiça, São Paulo, Saraiva, 2010).

No trecho encimado Fábio Comparato reforça a importância assumida pelo Poder Executivo no que concerne à realização dos programas de desenvolvimento social. Para o autor, “a política como programa de ação, é de ordem negativa. Ela não é uma norma nem um ato [...]” (COMPARATO, 2010, p. 293).

Ela surge, portanto e ainda segundo o referido autor, como uma “atividade” desenvolvida prioritariamente pelo Poder Executivo. Essa “atividade” é, pois, “um conjunto de normas e atos, tendente à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 2010, p. 293).

Desse modo, quando o Executivo arroga para si a tarefa de executar, sob a forma de políticas públicas o programa constitucional cabe a ele, por excelência, desincumbir-se de maneira apropriada e socialmente válida dessa missão, sob pena de ver corrigidas as distorções ou omissões advindas de uma conduta ineficiente.

Nesse sentido ressaí indubitável que um dos princípios reconhecidos por todos e que sustentam a atuação da Administração Pública brasileira é o da legalidade administrativa e, como tal, deve ser rigorosamente obedecido pelo administrador público, sobretudo, por aquele que ocupa o vértice da estrutura hierárquica, o chefe do Poder Executivo.

Lembre-se, também, que a grande maioria das ações governamentais que veiculam políticas públicas se origina da relação concertada entre o corpo técnico-burocrático da Administração e o detentor do poder político-administrativo.

Portanto, em regra, o responsável pela criação, implementação ou aprimoramento de uma ação governamental é aquele que decide na última instância administrativa. Por isso é razoável supor que esse agente político, conhecendo o princípio da legalidade administrativa, dele não pode, conseqüentemente, se esquivar. É como declara Bandeira de Mello:

Assim, deve-se, desde logo, começar por frisar que o próprio do Estado de Direito, como se sabe, é encontrar-se, em quaisquer de suas feições, totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente, submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público. Deste esquema, obviamente, não poderá fugir agente estatal algum, esteja ou não no exercício do “poder” discricionário. (MELLO, 2003, p. 10-11).

Eis que surge um dos problemas acerca da inefetividade da norma tendente a realizar determinada política pública no Brasil: a discricionariedade como justificativa da omissão administrativa, que aqui se denomina *discricionariedade patológica*.

Noutro sentido, pode-se destacar a contingência dos recursos financeiros como sendo o segundo problema para que a ação pública não se realize. Evidentemente, conforme se anunciou ambos estão destacados no contexto da análise relacionada ao Poder Executivo e serão pormenorizadamente tratados. Por enquanto, são importantes algumas notas sobre a legalidade.

Para que determinada norma jurídica exteriorize sua efetividade, ou seja, evidencie no plano real a finalidade para a qual foi elaborada, produzindo, portanto, a sua eficácia social, o princípio da legalidade há de ser rigorosamente observado. Como ressalta a professora Maria Paula Bucci, “há duas faces desse problema no Brasil”:

[...] uma é a das leis que não se cumprem por impossibilidades de execução ou por falta de empenho político das autoridades; a outra é a das leis como manifestação retórica da iniciativa governamental, cuja vocação é não se traduzir em ação. (BUCCI, 2006, p. 175).

A impossibilidade de execução da lei revela, na maior parte dos casos, a falta de planejamento adequado em relação à política pública. Quanto à falta de empenho, tal omissão poderia ensejar ato de improbidade se dela resultasse prejuízo material.

Porém, o problema ligado à retórica governamental se mostra mais grave. Esta situação revela um discurso desprovido de legitimidade, notabilizando-se por ser um vácuo argumentativo, porque cria justas expectativas na audiência. Ao não se traduzir em ação o discurso sobre a política pública deslegitima o administrador como ator principal do seu processo concretizador.

A legalidade administrativa, como princípio informador da atuação estatal, não possui a mesma conformação proposta para o Estado de Direito Formal ou, como ressalta Cadermatori:

É justamente por essa razão que autores como Maria Sylvia Di Pietro, ao comentar o princípio da legalidade ao qual se vincula a Administração Pública brasileira, por força do art. 37, caput, da Constituição, afirmam que este não pode ser visto em moldes idênticos ao formalismo exarcebado do positivismo do século XIX. Isto porque, da mesma Constituição que consagrou os valores supremos inspirados no pensamento iluminista do século XVIII (e que no caso da Constituição brasileira, encontram-se plasmados no seu preâmbulo), decorrem outros princípios que afirmam a emergência de um Estado de Direito em substituição ao Estado Liberal. Em

termos garantistas, trata-se do Estado Constitucional suplantando o já comentado Estado Legislativo, onde o princípio da legalidade é, antes de mais nada, princípio da sujeição ao Direito. (2007 apud Di PIETRO, 1991, p. 33).

Dessa maneira, a legalidade administrativa advém de todo o ordenamento jurídico estatal e não mais apenas da lei em sentido estrito. Daí, quando se fala em observância ao princípio da legalidade, está-se falando, na verdade, na observância obrigatória de todo o sistema jurídico positivo e não positivado (como, por exemplo, os princípios implícitos), bem como das diretrizes valorativas em torno da pessoa humana “que dá sentido a toda dinâmica do Estado Constitucional, ou seja, a máxima expressão da centralidade do social frente ao poder estatal e sob o império do Direito.” (2007 apud SMEND, 1985, p. 61).

Poder-se-ia dizer, então, que o antigo princípio da legalidade transmudou. A noção seria mais consentânea ao que se poderia chamar, segundo informa Alexandre Mazza, de “princípio da juridicidade”, que já se encontra contemplado na doutrina estrangeira (MAZZA, 2011, p. 77). Em suas palavras:

A juridicidade é uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade. Além de cumprir leis ordinárias e leis complementares (lei em sentido estrito), a Administração está obrigada a respeitar o denominado bloco de legalidade. Significa dizer que as regras vinculantes da atividade administrativa emanam de outros veículos normativos, dentre eles a Constituição e os princípios gerais do direito. (MAZZA, 2011, p. 77).

Em seu tempo, Kant formulou a premissa de que a “equidade (objetivamente considerada) não é um título em virtude do qual se possa compelir outro ao cumprimento de um dever puramente moral (ser benévolo ou benéfico)”, mas, em contrapartida, concluiu o filósofo alemão, “o direito muito estrito é uma injustiça muito grande.” (KANT, 1993, p. 51).

O que Kant pronunciou acabou por tornar-se um dos imperativos relacionados à necessidade (ao direito de necessidade), consubstanciado na máxima: “a necessidade carece de lei; e, todavia, não pode haver necessidade que torne a injustiça legal.” (KANT, 1993, p. 53).

A par dessas considerações sobre o novo sentido da legalidade administrativa, cumpre analisar qual o significado do termo responsividade, aludido nas primeiras linhas deste tópico.

Trata-se de uma derivação neológica do termo *responsiviness*, mencionado de passagem quando do desenvolvimento do tema governança, significando a “ideia de respostas adequadas (responsáveis) à demandas postas ao Estado.” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 56).

Em sentido técnico, a responsividade é um termo oriundo da engenharia de produção e pode ser compreendida como “uma determinante da qualidade de serviços, sendo entendida como a prontidão no trato com solicitações dos clientes ou com o tempo que estes devem esperar por ajuda, resposta ou atenção.” (SORATTO, 2004).

Adaptada à ciência jurídica, especificamente ao direito administrativo, responsividade consistiria no tratamento dado pelo Estado (Administração Pública em sentido amplo) às demandas sociais levadas ao seu conhecimento para execução, conferindo respostas adequadas às necessidades envolvidas.

Nesse sentido, a falta de responsividade administrativa também pode macular a legalidade, pressupondo uma sanção ao administrador e à correspondente estrutura pública quando, no exercício da função administrativa, as demandas sociais não obtenham respostas adequadas por parte do primeiro.

Uma variante da responsividade pública pode ser conferida em alguns estados dos Estados Unidos da América onde, por meio do *recall*, existe a possibilidade de revogação do mandato de juízes e servidores públicos quando estes não correspondam às expectativas do seu eleitorado.

No Brasil, a Lei de Improbidade Administrativa³⁴ não comina sanção ao ato tido como ineficiente ou àquele que não foi praticado no sentido do pronto atendimento de uma demanda social.

É possível perceber que à falta de responsividade administrativa, grande parte do que se deixa de cumprir, em termos de implementação de políticas

³⁴ Lei nº 8.249, de 2 de junho de 1992.

públicas, é considerada como conteúdo do poder discricionário da atuação do agente político. Outra versão da baixa responsividade administrativa pode ser atribuída ao argumento das limitações orçamentárias, quase sempre vinculadas à reserva do possível.

Destacados os dois pontos que parecem ser condizentes com a baixa responsividade do Poder Executivo frente às demandas sociais, cumpre examiná-los separadamente.

2.5.1.1 Baixa *responsividade* relativa à utilização incorreta do critério da discricionariedade.

A discricionariedade surge como um dos problemas relacionados à baixa responsividade do Poder Executivo, como foi dito. Contudo, é preciso esclarecer que a discricionariedade aqui não é tratada como algo a ser combatido pura e simplesmente. Não é isso. O que se pretende demonstrar é que a discricionariedade pode surgir como objeção ao cumprimento regular da norma jurídica, como forma anômala de se preferir a observância do interesse público.

Sendo assim, mesmo que se levem em conta certas condicionantes não previstas pelo legislador ao elaborar a norma sobre políticas públicas, muito do que não se realiza descansa no argumento falacioso da discricionariedade administrativa. É essa conduta omissiva, pautada no instituto jurídico da discricionariedade, que deve ser repelida pelo sistema jurídico-constitucional.

Também é certo que, ao tratar de políticas públicas, o governante tem diante de si um quadro social complexo e, no caso brasileiro, quase sempre emergencial no que concerne à estruturação básica dos direitos sociais, mas no que tange ao cumprimento da lei, esta sempre impõe ao administrador “o comportamento ótimo”, portanto, o que parece faltar à Administração Pública, na maioria das vezes, é uma organização prévia para as escolhas políticas que irão fundamentar as decisões administrativas.

Diante de tais circunstâncias deve o agente político considerar todas as opções que se colocam à sua disposição, mas não pode renunciar à melhor delas

amparado apenas na discricionariedade que lhe assiste ou deixar para momento posterior, quando eventuais dividendos políticos possam lhe garantir maior visibilidade e prestígio, o que seria pior.

Considerando, entretanto, que a última escolha mencionada reside apenas na cabeça de alguns poucos agentes políticos brasileiros, veja-se agora como o assunto pode ser visto em outra perspectiva.

Primeiramente, é preciso levar em conta a premissa de uma erronia. O que muitos tratam como “poder” discricionário, na verdade, como sustentam Bandeira de Mello e outros administrativistas de escol, revela-se um “dever” oriundo de uma função. Daí por que o autor, com fundamento na lição de Guido Falzone, declara (2003, apud FALZONE, 1953):

Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um *dever*. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever*. (MELLO, 2003, p. 14).

Diante desse aspecto tem-se que o “dever” é imanente a toda seara administrativa, justamente em face da impossibilidade de outra conduta que não advenha do sentido de função. Assim, para o agente público não há “poder”, mas sempre “dever” (de atingir uma finalidade), mesmo que ele esteja diante de situação que revele, inadvertidamente, uma eventual margem de escolha.

Aparentemente o que há é uma interpretação equivocada da realidade jurídica, ou seja, o agente público nunca pode deixar a atuação administrativa “para depois” ou “para quando o momento for oportuno ou conveniente”, ao contrário, por estar demarcado pela lei o terreno de sua atuação, não haveria margem para tal ou qual possibilidade, até porque a lei veda o retardamento indevido de ato que se deva praticar de ofício.³⁵

Acontece que o advérbio de modo “indevidamente” contido no referido dispositivo legal, apresenta-se como válvula de escape para que algumas decisões

³⁵ Lei nº 8.249/92. Artigo 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...] II- retardar ou deixar de praticar, indevidamente ato de ofício.

não sejam tomadas. Ao argumento de conveniência e/ou oportunidade, várias decisões são postergadas em razão de aspectos contingenciais (políticos, econômicos ou sociais) não previstos em lei.

Assim, grande parte das demandas sociais, configuradas sob a alcunha de políticas públicas, é veiculada em fatias o que não se pode conceber num Estado de ambiência constitucional ou, como entende Vidal Serrano Júnior:

De conseguinte, instituído um direito por norma constitucional ou por disposição infraconstitucional, não cabe ao Executivo decidir quanto ao seu cumprimento ou não, pena de grave violação das noções e princípios que escudam o Estado de Direito, além de completa subversão da tripartição de funções, apanágio do regime democrático. (NUNES JR, 2009, p. 200).

Nesse sentido, o administrador público não pode preterir ou postergar ações veiculadoras de demandas sociais ao talante exclusivo da discricionariedade, pena de sua omissão ser corrigida pelo Judiciário porque “[...] o juízo discricionário não envolve a identificação dos fins a serem atingidos, mas só a eleição dos meios que, a juízo do administrador, sejam os mais adequados à consecução daqueles.” (NUNES JR, 2009, p. 201).

Assim, Regina Ferrari, por outro lado, ao discorrer sobre os destinatários da norma constitucional programática, pontua:

Outra característica da norma constitucional programática que deve ser analisada, é a que diz respeito a quem são elas endereçadas, o que não autoriza desconsiderar que, ao deixar liberdade de agir aos órgãos do poder Público, pode propiciar, pela eleição da oportunidade de agir de acordo com a conveniência ou oportunidade, a caracterização de uma omissão inconstitucional, em virtude de uma dilação de tempo que ultrapasse o campo do razoável. Portanto, não é razoável argumentar para o seu não cumprimento a falta de desenvolvimento socioeconômico. A obrigatoriedade de sua observância é imperativa, ainda quando o seu destinatário, originário e direto, seja o Poder Público e, com certeza, pelo menos os órgãos legislativos. (FERRARI, 2001, p. 187-188).

Salvo quando a lei facultar ao agente público deixar de praticar o ato administrativo, “[...] a discricção vai se traduzir nesta omissão.” (MELLO, 2003, p. 22).

Cadermatori lembra que a doutrina administrativista espanhola de há muito vem se debruçando sobre o tema, tendo produzido intensos debates acadêmicos. Uma parte dessa doutrina entende que os conceitos indeterminados ou imprecisos

como “razoabilidade, interesse público, moralidade, conveniência, oportunidade e outros”, somente apresentariam um caráter subjetivo em abstrato, ou seja, quando o administrador se depara com situações concretas, “aqueles conceitos se tornam unívocos e objetivos, dando margem a apenas uma conduta razoável.” (2007 apud FERNANDES E ENTERRÍA, 1991).

Outra parte entende que a discricionariedade do ato administrativo ainda deve se circunscrever ao plano subjetivo do administrador, preservando a análise subjetiva dos conceitos indeterminados (2007 apud PAREJO E MORÓN, 1991).

No Brasil, a primeira tese não obteve a guarida da doutrina, como informa Cadermatori, principalmente, partindo de Bandeira de Mello para quem “o controle da discricionariedade por parte do Judiciário somente será possível até um determinado ponto.” (2007 apud MELLO, 1996).

Contudo, os administrativistas pátrios vêm-se apercebendo que a interferência do Judiciário nas questões discricionárias será válida quando o ato administrativo exceder ao limite da razoabilidade, como entendem, por exemplo, o mesmo Bandeira de Mello e Di Pietro. (CADERMATORI, 2007).

Nessa toada o ato discricionário irrazoável poderá perfeitamente ser controlado pelo Judiciário, conforme aduz Cadermatori amparado na lição de Di Pietro:

Esse princípio (razoabilidade), segundo o seu entendimento, opera numa relação de adequação jurídica entre o *motivo* (situação de fato ou de direito que enseja a produção do ato) e o *conteúdo* (aquilo sobre o qual ele dispõe) do ato administrativo, levando em consideração uma *finalidade* de interesse público. A única maneira de comprovar, efetivamente, o atendimento a este princípio será examinando a categoria *motivação* (justificativa formal do motivo) que determinou a expedição do ato. (2007 apud DI PIETRO, 1991).

Noutro aspecto, é em Bandeira de Mello que Cadermatori se apóia para sustentar que o exame da discricionariedade se baseia no conceito de *causa*:

[...] graças a esse conceito de causa, o Judiciário pode controlar a validade do comportamento da Administração, mesmo quando a lei não enuncia os motivos que justifiquem a expedição de tais atos. Quer com isso dizer que, mesmo quando houver discricionariedade na escolha de motivos para produzir um ato administrativo – já que a lei não os explicitou –, deverão eles guardar relação de pertinência com o ato praticado. (2007 apud MELLO, 1996).

Dessa forma, ao analisar a causa do ato administrativo que, conforme Bandeira de Mello é o seu “pressuposto lógico”, o Judiciário poderia controlar a discricionariedade do ato administrativo pronunciando-se sobre a sua validade.

Para o autor, é através da causa que se vai examinar:

[...] se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender. (MELLO, 2003, p. 375).

Bandeira de Mello, segundo informa Cadermatori, discorda da posição adotada por Enterría e Fernandes que pretende distinguir conceitos indeterminados da discricionariedade. Para o autor paulista ambos possuem a mesma consequência prática porque “o fenômeno jurídico é o mesmo”, isto é, pertencem ao campo da discricionariedade.

Com isso pode-se dizer que, ao postergar a execução da lei que veicula uma determinada política pública para quando o momento for apropriado ou oportuno, o administrador acaba por desviar-se da finalidade nela prevista, porque os fundamentos extrajurídicos (de oportunidade, de conveniência, econômicos, políticos ou sociais) não configuram motivo suficiente para a omissão administrativa.

Não haveria razoabilidade suficiente que motivasse tal conduta discricionária, pois é dever da Administração Pública planejar antecipadamente suas ações, exceto quando em decorrência de situações imprevisíveis ou urgentes.

Decorre daí ser mais contundente o desvio funcional quando em face de uma norma constitucional, já que é preciso ter em mente que “quem ‘governa’ – pelo menos num Estado Democrático (e Constitucional) de Direito – é a Constituição”, de tal sorte que existe um “dever de fidelidade” às opções do Constituinte,

[...] pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais. (SARLET, 2009, p. 278).

A partir dessa visão da discricionariedade, pode-se concluir que, no atual estágio de evolução da doutrina, a falta de decisão administrativa sobre eventual política inclusiva deve se amparar em outro argumento que não aquela.

2.5.1.2 Baixa *responsividade* relativa à justificativa recorrente da contingência financeira

Noutro passo, é de se considerar que nem mesmo a denominada “reserva do possível” tem o condão de subtrair a execução das leis que regulamentam os direitos sociais.

A ideia sobre a possibilidade financeira de realização dos direitos sociais surgiu e foi desenvolvida no âmbito da Corte Constitucional Alemã, de maneira que não pode ser transposta à realidade brasileira como algo que se importa para utilização automática e imediata. Para tanto, há que se guardarem as proporções necessárias decorrentes das circunstâncias de cada situação.

Evidentemente não resta dúvida de que a “implementação dos direitos sociais está condicionada às dotações de receitas públicas, sob pena de transfiguração da legalidade orçamentária”, como bem pontuou Guilherme Peña de Moraes (MORAES, 2009, p. 334).

Contudo, o argumento em prol da existência de condições econômico-financeiras ideais como garantidor da realização dos direitos sociais, esbarra em constatações que devem ser colocadas igualmente em discussão.

Primeiro, observa-se com apoio na afirmação de Lousianne Maia que “a economia trabalha com escassez e não com abundância.” (MAIA, 2009, p. 419). Este é um dado que, embora pareça singelo, reflete uma situação real, isto é, não existiria condição economicamente ideal para que os direitos sociais se concretizassem.

De outro lado, da mesma forma com que o Estado realiza outros direitos fundamentais dos indivíduos compreendidos coletivamente como, por exemplo, a garantia de defesa externa, consubstanciada na atividade das forças armadas, na garantia dos direitos políticos pela realização de eleições bienais, na diplomacia, na

prestação jurisdicional, enfim, pode-se dizer com Fabiana Kelbert que: “[...] com amparo em majoritária doutrina, todos os direitos têm custos.” (2011 apud NABAIS, 2007).

Nessa linha de pensamento, a advertência de Fernando Scaff e Antonio Maués, trazida por Maia, é importante:

[...] como o Estado não cria recursos, mas apenas gerencia os que recebem da sociedade, é imperioso que haja uma correlação entre as metas sociais e os recursos que administra, seja através de arrecadação própria, seja de empréstimos obtidos junto ao mercado. Quem estabelece para o Estado essas metas e o volume de recursos a serem utilizados para seu alcance é a sociedade, através do ordenamento jurídico. (2009 apud SCAFF E MAUÉS, 2005).

Daí por que não se pode “transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível, ou não, em termos de efetivação dos direitos sociais.” (MORAES, 2009, p. 334).

Também é verdade que não se pode impor somente ao Estado a responsabilidade pela distribuição da renda ou da melhoria das condições de vida dos cidadãos, uma vez que é a sociedade quem escolhe seus representantes e, em tese, também os programas governamentais que deverão ser incrementados em prol do desenvolvimento do país. Portanto, como bem lembra Louisianne Maia:

Falar em distribuição de responsabilidades é “repartir a conta” da promoção da efetividade dos Direitos Fundamentais para além do Estado. Quando um cidadão sonega impostos, compra um produto falsificado, usa de seu poder de influência para tirar privilégios, sejam eles de qualquer grau ou age com má-fé, tem-se aí a efetiva participação da sociedade, somada à ineficiência da máquina pública, atuando juntos na promoção da não realização dos Direitos Fundamentais. (MAIA, 2009, p. 421).

Acerca da “reserva do possível”, é imperioso destacar que as escolhas das políticas prioritárias estão na base do problema da contingência financeira uma vez que, como foi dito, é a sociedade quem deve “escolher quais os direitos serão protegidos num dado momento e contexto histórico” (KELBERT, 2011, p. 67). Nesse sentido, Kelbert conclui, com apoio em José Reinaldo Lopes, que os “[...] estados de escassez resultam várias vezes de escolhas feitas [...]. São as escolhas de

prioridade que podem levar a escassez a uma área e não a outra.” (2011 apud LOPES, 2008, p. 182).

Sobre o contingenciamento financeiro e a realização das demandas sociais frente à omissão inconstitucional dos poderes públicos, faz-se remissão ao Informativo nº 582 do Supremo Tribunal Federal, constante do Anexo deste trabalho. Neste informativo, verifica-se que o STF vem adotando posição firme no sentido do reconhecimento da denominada teoria das “escolhas trágicas”, originária do direito norte-americano e que está ligada ao controle judicial das políticas públicas.

Existem outros fatores que também contribuem para a baixa responsividade do Poder Executivo no enfrentamento da questão referente aos direitos sociais. Sob o enfoque deste estudo, esses fatores ligam-se fundamentalmente à corrupção existente nos poderes públicos (não somente no Executivo) e à descoordenação administrativa das ações governamentais.

2.5.1.3 Baixa *responsividade* relativa à descoordenação administrativa

Assim como existe a ideia de boa governança que acabou por se converter numa teoria, existe a má governança que se traduz na ineficiência causada, sobretudo, pela descoordenação administrativa geradora do desperdício e da ineficiência. Esta descoordenação pode ser reflexo da falta de planejamento técnico da ação social proposta pelos agentes públicos.

É que o senso comum está dissociado do senso crítico, segundo informam Mezzaroba e Monteiro:

Enquanto o senso comum reflete aqueles (pre) conceitos tão tranquilamente aceitos que uma ideia contrária se apresenta como um grande disparate, o senso crítico permite ao sujeito cognoscente o exame das problemáticas que são seu objeto de atenção de forma profunda e rigorosa. O indivíduo dotado da habilidade crítica desconfia das opiniões geralmente aceitas. Vê com reserva, portanto, a hegemonia do senso comum (MEZZAROBA E MONTEIRO, 2005, p. 38).

Daí por que estudos atuais comprovam que a pouca informação técnica está presente na maioria das decisões administrativas e é uma constante na tomada de

decisões em relação às políticas públicas, ou seja, baseados em sua particular observação da sociedade, muitos administradores e gestores públicos adotam como razão de decidir a falsa noção de que os anseios sociais saltam aos olhos em face da sua obviedade.

Nem sempre é assim, e a ciência moderna comprova que escolhas feitas com base no senso comum, podem realmente comprometer o sucesso dos resultados.

No caso das decisões sobre ações públicas não é diferente. Segundo informa o estudo realizado pelo psicólogo especialista em economia experimental, Daniel Kahneman³⁶, o processo do pensamento se classifica em dois tipos: 1- o sistema da intuição e 2- o sistema do raciocínio, sendo que o primeiro, na visão do autor, é falho justamente por ser mais rápido e menos elaborado.

Para a justificativa da láurea conferida pela Academia Real Sueca (Prêmio Nobel), o estudo do autor:

[...] demonstrou que, em situações com incertezas, o *juízo* humano normalmente explora princípios genéricos que sistematicamente contradizem com propostas da teoria da probabilidade. Sua contribuição mais influente, entretanto, diz respeito à *tomada de decisões* sob incertezas. Uma descoberta de impacto é de que indivíduos são muito mais sensíveis à maneira como um resultado se desvia de um *nível de referência* (normalmente o *status quo*) do que ao resultado absoluto. (Folha de São Paulo, 2002).

Como uma das formas de comprovação dessa pesquisa, Kahneman propõe o seguinte teste³⁷:

Uma cidade brasileira tem uma maternidade grande e outra pequena. Considerando que todo ano nasce o mesmo número de meninos e meninas no país, qual das duas maternidades tem maior probabilidade de ter perto de 50% de meninas e 50% de meninos entre os recém-nascidos em um determinado dia? a- A maternidade grande; b- A maternidade pequena; c- Ambas.

Segundo informa a revista *Veja*, na qual o teste foi veiculado:

³⁶ Daniel Kahnemann, doutor em psicologia, é professor da Universidade Princeton (EUA) e ganhador do prêmio Nobel de economia de 2002.

³⁷ Veiculado pela Revista *Veja*, edição 2245, nº 48, de 30.11.2011.

A maioria das pessoas responde “c”, seguindo a lógica simples, intuitiva, de que os fenômenos obedecem a certo padrão, independentemente do número de pessoas envolvidas. Mas a resposta “a” é a correta, porque, quanto maior a amostragem, maior a probabilidade de ela refletir a realidade mais abrangente. Eis um exemplo de como a lógica do senso comum pode ser enganosa. (Revista Veja, 2011, p. 99-100).

Corroborando a linha de raciocínio de Kahnemann, Duncan Watts³⁸, em entrevista concedida na mesma edição do periódico citado, verbera que o senso comum pode ser um “desastre” se aplicado às massas. Em resposta dada à questão “o que ocorre quando os políticos usam o senso comum para desenvolver políticas públicas?”, Watts respondeu:

- O senso comum funciona bem no dia a dia dos indivíduos, para definir como eles devem proceder no transporte público ou no ambiente de trabalho, por exemplo. Aplicado às massas, no entanto, é um desastre. [...] Toda vez que a intuição é usada para encontrar soluções mágicas para grupos de pessoas, erros são cometidos. Os políticos vivem inventando teorias a partir do próprio comportamento e assumindo que elas funcionariam bem em larga escala. O que eles deveriam fazer é testar suas ideias cientificamente antes de aplicá-las. (WATTS, 2011, p. 100).

É de se notar que a falta de rigor técnico na decisão administrativa sobre determinada política pública pode resultar em desperdício do aporte financeiro empenhado, prejudicando a comunidade que aguardava pela solução do problema.

Decorre daí que a ação governamental mal sucedida acaba por potencializar o problema original. É o que ocorre, por exemplo, quando o governo de um estado da federação resolve construir um hospital de referência no interior, com vistas a desafogar o nosocômio da capital, sem o levantamento preciso dos dados estatísticos referentes à demografia da região e aos recursos humanos disponíveis para a atuação na saúde pública.

Ao decidir-se pela construção do referido hospital, não se preocupa em promover o necessário concurso público para prover as vagas dos profissionais de saúde, tampouco se verificam as reais condições para a futura demanda que certamente ocorrerá.

³⁸ Duncan J. Watts é sociólogo e professor de sociologia na Universidade Columbia, Estados Unidos.

Diante da percepção de que o problema realmente não foi solucionado, ou pior, que foi potencializado, os habitantes daquela região voltarão a buscar atendimento no antigo hospital de referência, o que certamente aumentará a demanda original.

A situação hipoteticamente citada exemplifica a ausência de planejamento racional e organizado para a política pública de saúde que se queria realizar. Naquela hipótese a doutrina publicista dirá ter faltado “ação coordenada ao resultado”.

Essa falta de coordenação resulta numa ineficiência temerária o que, segundo evidencia a análise de Fábio Comparato sobre a inépcia do Estado moderno no desempenho de suas tarefas, decorre também da:

[...] ausência de um órgão especialmente incumbido de desempenhar as funções capitais de previsão, prevenção e planejamento. Tudo acabou por se concentrar no Executivo; e este, por força do jogo eleitoral, revelou-se incapaz de cumprir minimamente essas funções, por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque o mandato do chefe do Executivo ou do gabinete ministerial no sistema parlamentar, é necessariamente curto; o que incita o governo a nunca lançar-se em políticas públicas de duração superior à do seu próprio mandato. Em segundo lugar, porque o planejamento desenvolvido no âmbito do executivo tende a ser necessariamente burocrático e sujeito à influência decisiva de toda a sorte de lobbies. (COMPARATO, 2010, p. 309).

Decorre daí a conclusão de que uma política de ação social exitosa não pode ser limitada pelo tempo de duração de um mandato, tampouco cingir-se a pressões contrárias de determinados grupos econômicos.

2.5.2 Problemas referentes ao Poder Legislativo. Baixa operatividade em razão da existência do “Presidencialismo de Coalizão”

A anomalia de um executivo presidencial atuando como se fora senhor absoluto do poder, ignorando as leis e a Constituição, governando ao livre alvedrio das medidas provisórias, desrespeitando a vontade nacional, esmagando as classes sociais, resultou, já, numa desfiguração do sistema jurídico sem símille nos anais

republicanos e imperiais (Paulo Bonavides – Do País Constitucional ao País Neocolonial, São Paulo, Malheiros, 1999).

A conclusão a que chegou o mestre Paulo Bonavides no excerto acima recortado permanece atual e representa a realidade parlamentar brasileira. Veja-se a seguir como a anomalia apontada foi considerada no estudo coordenado por José Álvaro Moisés sobre o papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão³⁹ (1995-2006):

Mesmo autores como Figueiredo e Limongi (2003) admitem que o sistema é tão eficiente em impor restrições à atuação especificamente legislativa dos parlamentares que limita a sua eficácia institucional: “o Congresso Nacional atou as próprias mãos”, segundo eles, ao aceitar uma configuração institucional que delega iniciativa e o poder de agenda ao executivo. Eles sustentam, no entanto, que não se trata de abdicação, pois os parlamentares podem aprovar ou não as iniciativas dos governos, mas o fato é que isso tem sido raro ao longo das duas últimas décadas, quase sempre o Congresso tem desempenhado um papel mais reativo do que proativo, sem falar que as proposições de iniciativa dos próprios parlamentares limitam-se a algumas poucas políticas distributivistas, localistas e simbólicas, em grande parte incapazes de alterar o *status quo* ou de introduzir políticas públicas relevantes. Por isso, nas palavras de outro analista, o diagnóstico é de um processo de “encarceramento ou travamento” do parlamento, em vista da contradição observada entre os parâmetros constitucionais – baseados na doutrina da divisão de poderes –, e o procedimentais adotados pelo parlamento, o que comprometeria parte de sua autonomia e capacidade de ação (Santos, 2003; Cintra, 2007). A supremacia do executivo sobre o parlamento tem sido tão grande, após a democratização, que acabou por transformá-lo – e não o Congresso Nacional – no grande legislador do Brasil. (MOISÉS, 2011, p. 9).

Embora o termo “presidencialismo de coalizão” tenha sido criado em 1988 pelo professor Sérgio Abranches, como resultado dos estudos que realizou nas décadas de 1970 e 1980, consagrando um dilema inescapável à realidade da época, que era a crise das instituições brasileiras, profundamente marcadas pela burocracia imposta pelos governos militares, o termo ainda parece adequado para explicar a forma como o Executivo brasileiro se organiza em torno do poder governamental.

Sua análise sobre o “dilema institucional brasileiro” ainda hoje repercute na arena acadêmica das ciências sociais e, em tese, poderia explicar como as

³⁹ Sérgio Abranches cunhou o termo presidencialismo de coalizão, conceituando-o assim: “O Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o ‘presidencialismo imperial’, organiza o executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, ‘presidencialismo de coalizão’.” (ABRANCHES, 1988, p. 20-21).

instituições políticas brasileiras e a sociedade teriam sido moldadas em cima de determinado modelo de produção.

O próprio Abranches, anos mais tarde, sobre o presidencialismo de coalizão diria: “[...] talvez tenha chegado a hora de pensarmos em mecanismos de gestão política que garantam melhor governabilidade, em vez de ficarmos imaginando como produzir maiorias impossíveis.” (ABRANCHES, 2000).

O termo “presidencialismo de coalizão” foi trazido, contudo, como forma de referenciar a baixa *operatividade* do Legislativo brasileiro e, de fato, como aponta o estudo realizado pelos pesquisadores do Núcleo de Pesquisas sobre Políticas Públicas da USP (NUPP’s), o parlamento está sufocado pela escolha político-institucional feita em 1988 que, segundo mostra o referido estudo, “[...] a modalidade de relações institucionais entre o executivo e o legislativo envolve certa continuidade de uma tendência de inspiração liberal que remonta às origens do Estado brasileiro no século XIX.” (MOISÉS, 2011, p. 4).

O problema não se restringe apenas à órbita federal. Ele permeia toda a estrutura parlamentar brasileira. Prova disso é a baixa operatividade da Câmara Municipal de Goiânia, por exemplo, que, segundo informação veiculada em jornal diário da capital⁴⁰, teve o governo municipal (Executivo) com o maior índice de matérias aprovadas. O Executivo aprovou 82% (oitenta e dois por cento) das matérias enviadas à Câmara contra 15% (quinze por cento) dos projetos de iniciativa dos vereadores no ano de 2011.

A matéria jornalística aponta como causas desse desequilíbrio de forças entre os poderes, que redundam na baixa produtividade legislativa,

[...] as deficiências técnicas como projetos inconstitucionais, erros de redação e repetição de leis, além da falta de prerrogativas dos vereadores, de criatividade e o excesso de trâmites burocráticos também são agravantes. (AQUINO, 2012, p. 14).

Ao que parece, o legislador brasileiro ainda não aprendeu a realizar a tarefa preponderante da sua atividade ou, então, não possui autonomia para cumprir o seu desiderato, conforme aponta a matéria jornalística:

⁴⁰ Matéria veiculada no jornal O Popular, de 15 de janeiro de 2012.

Mas o principal motivo é o controle do orçamento, concentrado nas mãos do Executivo. Isso dá ao prefeito excesso de poderes não só administrativos, mas também políticos. Para sobreviver, parlamentares estabelecem uma relação de dependência e pouca autonomia. (AQUINO, 2012, p. 14).

Trata-se, portanto, do problema identificado na seara federal (presidencialismo de coalizão), repetido nos âmbitos municipal e estadual.

Ao apresentar sua introdução à obra de John Rawls, Catherine Audard destaca a posição crítica do autor a atuação dos legisladores e magistrados norte-americanos ante os dilemas daquela sociedade. Segundo a autora, para Rawls os legisladores assim como os magistrados:

[...] já não desempenham plenamente o seu papel. São por demais escravos da opinião pública, das pesquisas de opinião, de sua reeleição, dos *lobbies* variados que os apoiam, e por isso não se pode confiar em seu julgamento para decidir em favor do interesse comum. (2000 apud RAWLS, 1971).

Não se podem comparar, entretanto, sistemas políticos distintos (como o brasileiro e o norte-americano), mas é preciso refletir sobre qual é o modelo legislativo que deve prevalecer numa democracia. Não se pode pretender, por outro lado, mudança de paradigma alguma se o *corpus legislatoris* não estiver comprometido com ela, e para que isso ocorra é necessário manter bem delineadas a independência e a autonomia do Poder Legislativo.

Ao final deste capítulo, constata-se o completo desvirtuamento do sistema político-institucional brasileiro, gerador de uma crise política instalada há décadas. Esta crise revela, principalmente, um Executivo que desconhece os limites democráticos de separação dos poderes e realiza uma ingerência que só se pôde verificar nos anos de repressão quando, pela força, impunha sua vontade ao parlamento.

Hoje a “força” que o Executivo exerce sobre o Legislativo decorre da ideia de formação de uma base de apoio parlamentar fundada em alianças “heterodoxas” por assim dizer. É óbvio, entretanto, que essa prática é passivamente aceita pelo Legislativo que, em contrapartida, se beneficia dos dividendos que dela resultam mantendo-se o estado atual das coisas.

Por outro lado, é bom lembrar, que o Legislativo sempre ocupou lugar importantíssimo nas transições políticas e sociais mais importantes da cultura moderna, sobretudo, na passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito. Cumpre a ele e não ao Executivo ou ao Judiciário pavimentar o caminho para se alcançar efetivamente o Estado Constitucional de Direito, integrando o discurso normativo ao discurso jurídico contemporâneo, necessário a que se possa assegurar a realização da vontade constitucional. Uma reforma conceitual e conteudística da política institucional brasileira apresenta-se premente, como se nota.

2.6 A corrupção avaliada de forma autônoma e como problema crônico institucional brasileiro.

Corrupção escondida vale tanto como pública; a diferença é que não fede. (2010 apud Machado de Assis, 1892).

Assim declarou Machado de Assis em crônica escrita em dezembro de 1892, cujo trecho o professor Celso Lafer reproduziu para enfatizar que “a confiança, em síntese, requer transparência.” (LAFER, 2010, p. 71).

A corrupção certamente é um dos mais nefastos problemas enfrentados pela democracia brasileira. Ela é a responsável pelos piores índices verificados nas mais diversificadas áreas de atuação do Estado.

Tanto assim que Castilho, ao tratar das condições que impedem a justiça no Brasil, elenca a corrupção como um dos problemas principais, trazendo a lume o estudo realizado por Pedro Lehmann, da ONG Transparência Brasil, divulgado em 2006, no qual foi analisada “a conformidade do ambiente institucional brasileiro com a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA.” (2010 apud LEHMANN, 2006).

Para a Transparência Brasil, a ampla descentralização da federação brasileira é um ponto dificultador do efetivo controle da corrupção. Segundo o estudo referido:

A descentralização e divisão de competências tornam árdua a tarefa de estabelecer políticas uniformes de combate à corrupção, pois as competências são partilhadas em grande medida pelos entes políticos dos três níveis de governo. As alternativas para se estabelecer (sic) regras uniformes estão na legislação penal ou civil, por exemplo, que são da

competência exclusiva da União e a todos obriga, ou mediante alterações na própria Constituição Federal. Este último caminho, porém, demanda enormes esforços políticos para debelar resistências, o que é difícil quando se trata de matérias impopulares no meio político como é o combate à corrupção – operação em que o beneficiado é sempre alguém que controla a estrutura do Estado. (2010 apud LEHMANN, 2006).

Algum controle estatal é conferido por meio da estrutura administrativa criada pelo governo federal, como a da Secretaria Nacional de Prevenção à Corrupção e de Informações Estratégicas, que integra a estrutura da CGU, bem como pelo Tribunal de Contas dos Estados e da União, além, é claro, do Ministério Público, ressalta Castilho (2010).

Existem também, no âmbito do Executivo federal, normas e programas regulamentadores da atuação dos servidores públicos, tais como o Código de Conduta da Alta Administração, o Código de Ética do Servidor Público Civil Federal (decreto nº 1.171/94) e o Código de Conduta Ética dos Agentes Públicos em exercício na Presidência e Vice-Presidência da República (decreto nº 4.081/2002), além das normas penais, de improbidade administrativa e a lei de responsabilidade fiscal, mas nem mesmo estes instrumentos são capazes de debelar o problema.

Interessante estudo sobre o custo econômico da corrupção no Brasil foi elaborado pela FIESP e divulgado em relatório intitulado *Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*, de março/2010.

Segundo esse relatório, o custo da corrupção pode ser representado pelo “montante de recursos que é desviado das atividades produtivas para as práticas corruptas. É um custo porque reduz a eficácia do investimento.” (FIESP, 2010, p. 22).

Há um índice de percepção da corrupção (CPI, em inglês) que atua da seguinte forma: quanto maior é o CPI de determinado país, menor é o seu nível de corrupção. Assim, quanto mais próximo de 10 for o CPI, menor será a corrupção.

Em 2009, a ONG Transparência Brasil, responsável pelo cálculo do CPI, pesquisou 180 países, segundo informa o relatório da FIESP. “Nesta amostra, o Brasil ocupa a 75ª colocação com um CPI de 3,70, atrás de Porto Rico, Malásia e

Kuwait, todos com menor índice de corrupção percebida.” (2010 apud TRANSPARÊNCIA BRASIL, 2009).

O CPI é utilizado no relatório da FIESP em relação a vários outros índices publicados por instituições tecnicamente responsáveis, como o Banco Mundial, FMI, PNUD e a Transparência Internacional. Dessa forma, o CPI é utilizado para o cálculo da Governança (Banco Mundial e OCDE), que é integrado pelos critérios da efetividade do governo e da eficácia da lei, do Risco Composto do País (*Composite Risk Rating*)⁴¹, do PIB per capita (*World Economic Outlook* e Transparência Internacional), de Competitividade das Nações (FIESP e Transparência Internacional) e do índice de Desenvolvimento Humano (PNUD e Transparência Internacional).

O relatório da FIESP destaca que “na medida em que a corrupção reduz a capacidade dos países de executar suas funções eficientemente, os dois conceitos, corrupção e governança, estão relacionados.” (2010, p. 11). Como foi dito, no estudo foram utilizados dois fatores integrantes da governança, a efetividade do governo e a eficácia da lei.

Para o cálculo da efetividade do governo, o Banco Mundial avalia vários componentes, desde o excesso de burocracia até a eficiência governamental. Nesse ponto, o relatório indica que “tanto o gráfico quanto o cálculo da correlação de 0,936, mostram que o nível de corrupção do país está relacionado com a eficácia do seu governo” (FIESP, 2010, p. 12), ou seja, quanto menos eficiente for um governo, maior será o CIP do país. “Considerando a relação linear entre os valores, vemos que o Brasil tem uma corrupção compatível com o seu indicador de governança Efetividade do Governo.” (FIESP, 2010, p. 12).

O outro componente do indicador “governança” é a eficácia da lei. O relatório da FIESP cita o trabalho de Abramo para quem o índice de eficácia da lei:

[...] busca medir a percepção sobre a validade efetiva dos contratos, custos derivados de atividades criminosas, fraudes bancárias, possibilidade de cidadãos acionarem o governo, independência do Poder Judiciário, obediência dos cidadãos a sentenças judiciais, tradição de lei e ordem, prevalência de atividades informais, evasão fiscal, confiança no Judiciário

⁴¹ Segundo o relatório da FIESP, esse indicador compõe uma série de índices calculados pela International Country Risk Guide – PRS Group. A instituição calcula um índice de risco composto baseado em três componentes: risco político, econômico e financeiro. (FIESP, 2010, p. 16).

na proteção à propriedade, previsibilidade do Judiciário, etc. (2010 apud ABRAMO, 2000).

O relatório aponta a correlação entre o CPI e o indicador acima referido, na ordem de 0,939, “indicando forte associação entre níveis mais eficazes das questões legais e a menor corrupção percebida.” Neste particular, “considerando a relação linear entre os valores, vemos novamente que o Brasil tem uma corrupção compatível com o seu indicador de governança Eficácia da Lei.” (FIESP, 2010, p. 12-13).

Seguindo o desenvolvimento do estudo, surge a correlação entre o CPI e o índice de risco composto do país (quanto maior o índice, menor o risco). “Como visto pelo Gráfico 3, países menos corruptos tendem a apresentar maiores índices no quesito efetividade do governo.” (FIESP, 2010, p. 17). Esse talvez seja o dado mais significativo que o impacto da corrupção causa para o Brasil, uma vez que reduz os investimentos externos, responsáveis pelo aumento da produção interna. Assim:

Níveis maiores de corrupção percebida tendem, entre outros fatores, a aumentar o risco do país (como discutido no Gráfico 7 acima), o que desestimula os investimentos produtivos. Os investimentos (FBCF) no Brasil atingem uma média de 16, 7% do PIB, seis e meio pontos percentuais abaixo da média dos países selecionados. (FIESP, 2010, p. 18).

Em seguida, o estudo compara o CIP com os indicadores do PIB per capita⁴² dos países selecionados. Neste quesito, a corrupção impacta diretamente a economia familiar brasileira, pois níveis superiores de PIB per capita observados nos países selecionados em relação ao Brasil “[...] são reflexos dos esforços de acumulação de capital físico e investimento eficiente em educação e saúde, fatores determinantes para o crescimento da economia.” (FIESP, 2010, p. 18).

Na sequência encontra-se a relação entre o CIP e o índice de competitividade das nações, calculado pela própria FIESP e divulgado anualmente pela instituição.

⁴² Segundo informação do relatório, “o PIB per capita dos países é medido em preços correntes corrigidos pela Paridade do Poder de Compra (PPC), que é a taxa de câmbio calculada a partir dos valores de uma mesma cesta de bens e serviços. A correlação entre as duas séries, considerando os 47 países, é de 0,86.” (FIESP, 2010, p. 20).

Neste quesito, “quanto menor a corrupção percebida, maior tende a ser a competitividade do país.” (FIESP, 2010, p. 21).

A correlação entre as duas séries calculada pela FIESP indica 0,82 para o Brasil.

Finalmente, o mais importante quesito avaliado diz respeito à correlação existente entre o CPI e o IDH que, como seria de se esperar, quanto menor a corrupção percebida, maior será o IDH do país, uma vez que “os países mais corruptos, por terem maior probabilidade de desvios de recursos, acabam por obter menor efetividade na educação e saúde, implicando menores níveis de IDH.” A nota do Brasil para esta situação é de 0,79, segundo indica o estudo. (FIESP, 2010, p. 21).

Portanto, pode-se concluir, sem sombra de dúvidas, que a corrupção atinge severamente a economia do Brasil, seja no aspecto familiar e individual do brasileiro, seja no sistema macroeconômico. Neste contexto, o relatório informa que, em termos econométricos, “o custo médio anual da corrupção é estimado em R\$ 41,5 bilhões, correspondendo a 1,38% do PIB (valores de 2008).” (FIESP, 2010, p. 26).

O relatório indica, ainda, que “o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões (em reais de 2008).” Para as áreas da educação, saúde e infraestrutura o estudo aponta, com base nas estatísticas do Inep, o seguinte:

Se o dinheiro que é desviado para a corrupção fosse aplicado na educação, estima-se que a rede pública seria capaz de atender mais 16,4 milhões de alunos do ensino fundamental (um aumento de 48%), chegando a um total de 51 milhões de alunos. [...]. Se o montante médio anual gasto com a corrupção no Brasil fosse aplicado à saúde, seria possível manter mais 327 mil leitos, chegando a um total de quase 700 mil leitos de internação [...]. O PAC prevê que, para atender 3,96 milhões de famílias no quesito habitação, seriam gastos R\$ 55,9 bilhões. Utilizando o custo médio anual da corrupção de R\$ 41,5 bilhões para construção das habitações, temos que 2,94 milhões de famílias poderiam ser atendidas, ou seja, 74% das famílias previstas pelo PAC. (FIESP, 2010, p. 29-30).

Fica evidenciado, portanto, que o custo da corrupção é um dos fatores que atrasam o desenvolvimento econômico do país e, em consequência, determina diretamente a baixa inclusão social dos segmentos mais pobres da população. É

injusta e cruel, porque atinge a parcela que mais necessita das prestações materiais do Estado.

Dessa forma, antes de se falar em reserva do possível para que se deixem de concretizar os direitos fundamentais sociais, deve-se falar no aprimoramento da fiscalização e combate à corrupção, nas reformas política, administrativa e tributária, de maneira que se amolde a máquina burocrática do Estado na mesma proporção das necessidades materiais da população brasileira.

CAPÍTULO 3

A JUSTIÇA E A ATIVIDADE JURISDICIONAL

3.1 Sentidos histórico e filosófico da justiça

O jurista que não identifica a justiça com o que é simplesmente dado avaliará o direito desigual como direito injusto. Se ele procurar atingir com seu trabalho a justiça, deverá procurar dar o que é de direito aos que não carecem de ajuda e, aos que dela carecem, o que lhes falta. (Friedrich Müller, O novo paradigma do direito – introdução à teoria e à metódica estruturantes, 2011, p. 176).

Inaugurando o epílogo deste trabalho, o presente capítulo arremata as considerações sobre o discurso jurídico e as políticas públicas rumo ao que se concebe como sendo o escopo maior da atividade estatal: proporcionar a maior realização de justiça possível à população.

Nesse desiderato, percorre-se uma linha de raciocínio guiada pelo propósito de verificar se o pós-positivismo pode se apresentar como uma nova vertente do direito na busca dessa “justiça possível”.

O Judiciário realiza justiça? Há uma racionalidade jurídica nas decisões judiciais?

Existe uma distinção (ou várias) entre as acepções da justiça. Uma dessas distinções é a que divide a justiça em convencional ou substancial, segundo informa Cézar Fiúza. Para este autor, portanto, a realização da justiça por parte do Judiciário e em termos racionais estaria jungida aos aspectos distintivos antes indicados. Assim:

Convencional é aquela (justiça) que decorre da simples aplicação da Lei. Ocorre quando a Lei é subministrada de acordo com sua finalidade. Se a Lei é boa ou ruim, não interessa, em princípio. É nesse conteúdo que se fala em Tribunal de Justiça, Justiça Estadual ou Federal etc. Em outras palavras, são órgãos que aplicam a Lei ao caso concreto. A justiça substancial, ao revés, preocupa-se em dar a cada um que é seu, tornando a Lei essencialmente boa, para que a justiça convencional seja feita com “justiça”. (FIÚZA, 2010, p. 12).

Desse modo, se a Justiça puder ser entendida como sendo uma virtude moral de cada um dos indivíduos, representada pela obediência ao que prescreve a lei, então, aquele que a desobedece estaria praticando um ato contrário às regras estabelecidas e, conseqüentemente, à justiça. No sentido da racionalidade da justiça, Serge-Christophe Kolm sustenta que “justiça é justificação”, ou seja, do ponto de vista da razão válida a decisão de justiça deve ser justificada. Para o autor:

A racionalidade, contudo, exclui totalmente o intuicionismo moral, o emotivismo e o esteticismo, isto é, as opiniões baseadas em pontos de vista apriorísticos da solução, em emoções como a indignação, e na satisfação propiciada pela beleza, ainda que todas possam sinalizar a existência de um problema. O progresso ético na justiça consiste na substituição de pontos de vista irracionais por pontos de vista racionais, na substituição das racionalidades fracas pelas fortes e, em especial, do preconceito pelo julgamento, da justeza pela justificação, e da emoção e intuição pela razão. (KOLM, 2000, p. 9-10).

Assim, ao proferir sua sentença condenando aquele que descumpriu a lei, o Estado-jurisdição estaria realizando formalmente a justiça impondo ao réu a pena prescrita para a situação fática ou determinando a recomposição dos danos sofridos por alguém, baseado nos dados processuais e em consonância com a necessidade de fundamentação prevista constitucionalmente.

Porém não é disso que trata a racionalidade da justiça ou da sua aplicação, mas da decisão em conformidade com um sentido apriorístico dela, consentâneo a uma ordem de valores eleita constitucionalmente e que talvez possa aproximar-se ao conteúdo de justiça do qual se falará nas próximas linhas.

Para melhor entender como as ideias sobre a justiça nasceram e se desenvolveram no mundo, é necessário compreendê-las historicamente. Com essa finalidade e sem exaurir todo o pensamento existente sobre o tema, optou-se por referenciar alguns pensadores que se destacaram em cada período analisado a partir do ponto que os liga: a ideia de justiça.

Daí por que os períodos históricos referenciados são mencionados apenas para o desenvolvimento do tema e não sob o aspecto de sua relevância histórica, embora possa haver alguma coincidência de sentido na abordagem proposta.

Ao percorrer esse caminho, busca-se estabelecer a base do pensamento sobre a justiça para confrontá-lo, mais adiante, com o que é produzido em termos de decisões judiciais no Brasil sobre direitos fundamentais prestacionais.

3.2 Idade Antiga. Período áureo do pensamento clássico grego

As primeiras informações históricas sobre a análise do conteúdo de justiça remontam ao pensamento de Sócrates, na peça conhecida como *Antígona*, de Sófocles, ainda no período clássico grego da Idade Antiga.⁴³ Segundo Batalha e Rodrigues Netto, “[...] Sócrates foi o pensador do *ethos* do cidadão, superando a contradição entre o direito natural e o direito positivo, entre *physis* e *nomos* como fonte permanente de renovação social.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 27).

“Na evolução do pensamento jusfilosófico grego, no caminho até Aristóteles, é imprescindível tecer considerações sobre o papel de Sócrates.” (CASTILHO, 2009, p. 09).

Para Sócrates, o autoconhecimento deve ser a busca contínua do ser humano, porque quanto mais o homem se conhece menos injustiças é capaz de cometer. A ética e a observância às leis de convivência permeiam todo o pensamento socrático, o que fez com que se tenha insurgido contra as ideias de justiça e das leis que prevaleciam em seu tempo, conforme aduz Castilho:

Sua doutrina, em total discordância com tudo o que predominava à época, combateu o relativismo e o individualismo típicos da concepção sofista, afirmando a existência de conhecimentos verdadeiros e objetivos e a inadequação da educação instrumental e mercantilizada então ministrada em Atenas. (CASTILHO, 2009).

A originalidade do seu pensamento destacou-se ante as suas preocupações sobre as relações ético-sociais, tanto que o tema recorrente em suas lições é sempre o bem comum da *polis*, “objetivo último da vida social.”

⁴³ Sócrates não publicou nenhuma obra, mas a sua concepção sobre a justiça foi amplamente divulgada por Xenofonte e Platão que o conheceu já com sessenta anos. A ética e a observância às leis de convivência permeiam todo o pensamento socrático.

Para Sócrates, em conformidade com o que aponta Castilho, a única forma “pela qual o indivíduo deveria contribuir para a realização do Bem Comum seria a incondicional observância das leis políticas.” (2009, p. 10).

Embora pudesse conceber normas jurídicas antiéticas, mesmo assim, Sócrates entendia como inconcebível o seu descumprimento pelo cidadão integrante da *polis*, conduta que poderia significar a completa desagregação da sociedade. Assim esclarece Castilho:

Embora o Bem Comum fosse alcançado por intermédio do contínuo bem agir, isto é, pela conduta conforme com a virtude (como consagrado na lei), não seria passível conceber nenhum tipo de desrespeito ao arcabouço legislativo da cidade-Estado. Do contrário, o desobediente estaria colaborando para o esfacelamento da coesão social e da ordem pública. A observância do direito injusto impunha-se como corolário do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual, na medida em que a lei, mesmo que eventualmente eivada de conteúdo inadequado, ainda assim representava a vontade maior da comunidade política. (CASTILHO, 2009, p. 10).

Na mesma linha de pensamento de Sócrates, Platão, seu discípulo, também pugnava pela estrita obediência às leis da *polis* e como Sócrates, também combatia firmemente o individualismo sofista.

Segundo Batalha e Rodrigues Netto, “as ideias platônicas são arquétipos, formas, prefigurações de tudo o que existe, modelos do que é e do que será” (2000, p. 28), tanto assim que em Platão surge o problema dos universais. A ética platônica resume-se na aplicação da doutrina das ideias, notadamente da ideia do bem, à vida humana. “Distingue a ética individual, salientando que a moralidade consiste na participação na ideia do bem, que se consegue através da virtude.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 28).

Em *A República*, Platão imaginou seu estado ideal. O estado real viria com *As Leis*. Batalha e Netto destacam uma conclusão inevitável do pensamento platônico, que é a “onipotência do Estado e sua intervenção absorvente mesmo no que diz respeito à vida privada das pessoas”, já que para o filósofo, cada uma das classes sociais idealizadas por ele deveria se destacar segundo suas próprias virtudes (2000, p. 29), situação que, segundo os autores, “acentuava a divergência das

classes”, já que a vida pública somente poderia ser conduzida pelos filósofos e militares.

Especialmente no primeiro livro de *A República*, Platão descreve um interessante debate entre Sócrates, o sofista Trasímaco e os irmãos de Platão, Gláucon e Adimanto. Trasímaco inicia a contenda provocando Sócrates segundo a sua visão do que seria o justo.

Para ele, em todos os estados, a definição do justo seria “a vantagem do poder constituído”, lembram Maffetone e Veca (2005) amparados no pensamento do sofista, para em seguida destacarem: “[...] esse poder, detém a força: assim, para quem sabe raciocinar, tem-se como resultado que, em todos os casos, o justo é sempre a mesma coisa, a vantagem do mais forte.” (2005, apud PLATÃO, 1988).

Sócrates, em réplica, contrapõe os argumentos de Trasímaco sobre as vantagens de ser injusto e de se preferir a injustiça à justiça, mas, segundo Platão, Sócrates teria ressaltado apenas as virtudes de ser justo, mas não explorado o conteúdo de justo e de justiça. As lições mais profundas sobre o tema, entretanto, partem de Gláucon e Adimanto.

Para o primeiro, “[...] o ápice da injustiça consiste em dar a impressão de ser justo, porém, sem sê-lo” e, para o segundo, em provocação pelo que esperava ouvir de Sócrates, a ele se dirige nessas palavras:

Portanto, não te limites a demonstrar com teu discurso que a justiça é superior à injustiça, mas demonstra também qual o efeito de uma e outra, por si próprias, sobre quem as possui, quer permaneçam, quer não, ocultas aos deuses e aos homens; e depois que uma é um bem, e a outra, um mal. (2005 apud PLATÃO, 1988).

Essa é a ideia de Platão sobre a justiça, ou seja, a de que ela é um bem e que todos os homens virtuosos devem buscá-la, pois “trata-se de uma ideia eterna, de origem divina.” Exige apenas que “cada qual execute o que lhe diz respeito, em relação ao fim comum, o *suum agere*, Cada um deve desempenhar na *polis*, a tarefa para a qual a natureza o dotou.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 29).

Platão acreditava que em uma cidade utópica (*A República*), o governo deveria ser exercido pelos sábios (filósofos) que, para ele, seriam os únicos mais

próximos da verdade, do bem e da justiça. Segundo o filósofo ateniense, num estado justo, cada um deve receber aquilo que lhe é devido segundo suas aptidões, o que tornaria os cidadãos pessoas felizes, na medida em que a felicidade é o que cada um justamente espera receber.

Para Platão, quando a sabedoria dos filósofos, a coragem dos militares e a temperança dos trabalhadores se encontram no espírito de um homem formando uma justa medida, pode-se dizer que ele é virtuoso e, portanto, justo.

Aristóteles, discípulo de Platão, discorreu mais intensamente sobre o tema em *Ética a Nicômaco* e posteriormente em *Política*. É no pensamento aristotélico que se vê a proeminência dos argumentos sobre a justiça, porque se pode entender a justiça como uma virtude fundamental (Platão), mas que passa a ser percebida e a ser desejada por todos. Segundo esclarecem Batalha e Netto, Aristóteles irá criticar a doutrina das ideias estáticas de Platão:

Aristóteles transformou as estáticas ideias platônicas (*universalia ante rem*) em princípios dinâmicos e formas vivas atuando na realidade (*universalia in re*). No lugar da contemplação platônica das ideias, surgiu a abstração aristotélica dos conceitos essenciais extraídos dos dados da experiência. Os conceitos universais são formados à custa da experiência. (BATALHA E NETTO, 2000, p. 30).

Em Aristóteles encontra-se a noção do valor justiça a partir de uma visão jurídica que envolve a ideia de equidade. Para o filósofo, o conteúdo das leis e do direito deve contemplar a justiça como seu fundamento.

Pode-se admitir que Aristóteles, para o qual a igualdade deveria permear toda discussão sobre a justiça, teria sido o precursor da filosofia do direito.

Nessa perspectiva, a justiça baseada na igualdade tem dois desdobramentos, a “justiça geral”, que é dada pela lei e a “justiça particular”, que é conferida nas relações entre os cidadãos.

A justiça geral, também chamada “distributiva”, pode ser entendida como a distribuição de “bens e honras” aos componentes da sociedade, segundo seu merecimento. Nas palavras de Aristóteles:

As leis se pronunciam sobre todas as coisas, visando ou à utilidade comum a todos, ou àquela de quem tem primazia, ou por virtude, ou de algum outro

modo semelhante; por isso, com uma única expressão, definimos coisas justas aquelas que proporcionam ou salvaguardam a felicidade ou partes dela à comunidade civilizada. (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro V).

A justiça particular, por sua vez, se subdivide em “justiça corretiva” e “justiça comutativa”. Como visto, a justiça particular aplica-se às situações oriundas dos relacionamentos entre os homens. Quando tais relações são “voluntárias”, Aristóteles as entende num sentido negocial, baseado numa relação contratual.

Quando, por outro lado, as relações são “involuntárias”, os atos dela decorrentes podem ser medidos à vista da sua ilicitude, ou seja, esses atos corresponderiam aos delitos no nosso ordenamento penal e civil e, portanto, deveriam ser reprimidos, punindo a sua injustiça.

Batalha e Rodrigues Netto entendem que a justiça em Aristóteles:

[...] afigurava-se-lhe como igualdade e proporcionalidade. O justo tem um primeiro aspecto, distributivo, que consiste na distribuição das honras, riquezas e vantagens de acordo com o mérito de cada um; em segundo aspecto, a Justiça é corretiva ou sinalagmática, que se apresenta como comutativa, quando resulta das relações contratuais, e judicial, quando se torna necessária a interferência do juiz. A justiça distributiva representa uma proporção geométrica, ao passo que a justiça corretiva representa uma proporção aritmética. A equidade é um complemento da Justiça, que permite adaptá-la aos casos particulares. (BATALHA E NETTO, 2000, p. 30-31).

Em Aristóteles o injusto tanto pode ser o iníquo quanto o ilícito, segundo o tipo de relação subjacente.

É de se ver a exata correspondência existente entre as ideias e conceitos refletidos por Aristóteles e o conteúdo dos diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos que contemplam a Justiça Penal e a Justiça Civil em conformidade com a espécie de relação a ser regulada.

Nesse sentido, pode-se verificar que a justiça corretiva aristotélica estaria de acordo com o princípio de justiça segundo a função judiciária, porque Aristóteles também vislumbra a figura do juiz como representação da justiça.

São suas essas palavras:

Sendo assim, a justiça corretiva seria o meio entre o dano e a vantagem. Por isso, quando se está em lide, recorre-se ao juiz, e ir ao juiz é como ir à justiça: com efeito, o juiz quer ser como a justiça encarnada. E busca-se um juiz imparcial, e alguns chamam os juizes de mediadores, uma vez que, se alcançam o meio, obtêm o justo. Portanto, a justiça, como também o juiz é algo intermediário. O juiz iguala-se a ela e, como se trata de uma linha cortada em partes desiguais, tira aquilo que faz com que a maior parte supere a metade e o acrescenta à parte menor. Depois da divisão do todo em duas partes, tem-se a própria parte quando se toma uma parte igual. Por isso, o equitativo é o meio entre o mais e o menos segundo a proporção aritmética. (ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro V).

Note-se, entretanto, que a visão aristotélica do juiz e da justiça corretiva segue um padrão de divisão proporcionalmente aritmético, segundo dados objetivamente considerados, ou seja, estabelece-se um sentido de igualdade absoluta que nem sempre é possível diante do caso concreto.

Decorre daí que a justiça também pode ser concebida sob dois aspectos: o formal e o material, conforme orienta Walter Nascimento (NASCIMENTO, 2000, p. 7).

Nascimento se apoia em Perelman para uma definição de justiça formal, segundo a qual “[...] pode-se definir a justiça formal ou absoluta como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.” (2000 apud PERELMAN, 1996, p. 19).

Percebe-se, então, uma correspondência entre a justiça formal e a igualdade formal em Perelman, da mesma forma como a justiça absoluta se aproximaria em identidade à noção de igualdade material.

Para Nascimento, o juiz, estando diante de um caso concreto:

[...] deve estar atento ao texto legal, aplicando-o com convicção. Mas, por certo, ele haverá de se conduzir sem se prender ao puro formalismo da lei, valendo-se dela mesma, quando se fizer necessário, imbuído do seu espírito de equidade. (NASCIMENTO, 2000, p. 8).

Desse modo, verifica-se a diferença entre a justiça formal e a justiça material (absoluta) e a igualdade formal e a igualdade material. A igualdade formal sintetiza a ideia de “igualdade perante a lei”, e a segunda, “igualdade na lei”, a busca pelo

tratamento isonômico das situações jurídicas desiguais como sendo o objetivo declarado da justiça.

Ainda segundo o prefalado autor, em conclusão sobre o tema da justiça material no caso concreto, colha-se:

Em outros termos, se a justiça, sob o aspecto formal, distingue no texto da lei as diretrizes que orientam o julgador no sentido da sua decisão, ela própria, sob o aspecto material, lhe indicará como alcançar o mesmo objetivo se ela não encontrar no dispositivo formal a hipótese aplicável ao caso sobre o qual terá de prolatar a sua sentença. (NASCIMENTO, 2000, p. 8).

Com base na noção de justiça absoluta e, portanto, à de felicidade em Aristóteles, segundo informa Ricardo Castilho (CASTILHO, 2009, p. 13), esta:

[...] não é mais que a atribuição a cada um dos cidadãos de um conjunto de bens materiais e imateriais necessários para que pudesse existir sem qualquer espécie de restrição, física ou moral. (2009, apud ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*, Livro V).

Castilho sustenta que “[...] o sumo Bem da cidade, portanto, seria realizado quando todos os cidadãos pudessem desenvolver sua vida independentemente de condicionantes alheias, que pudessem caracterizar carências.” (CASTILHO, 2009, p. 13).

Das ideias sobre justiça baseadas na virtude e na busca do bem comum da coletividade, sob a observância das leis do Estado, nota-se uma correspondência inelutável com os fundamentos do contratualismo moderno, de Locke e Rousseau.

Como visto, a base sobre a qual a ideia de justiça se sustenta até os dias atuais foi estabelecida por Aristóteles e, a partir dela, outras ideias fundamentais para o conceito se agregaram, desdobrando-se em conteúdos que serviriam como referencial para o positivismo de Kelsen e para os princípios de justiça elaborados por Rawls.

3.3 Alta Idade Média. Período das Escolas Filosóficas

Talvez o maior dos pensadores do período, por sua considerável importância, tenha sido Santo Tomás de Aquino, que tentou aproximar as concepções filosóficas aristotélicas ao cristianismo católico.

Tomás de Aquino foi o maior representante da Escolástica⁴⁴. Batalha e Netto, desenvolvendo as noções sobre esta corrente filosófica, declaram:

Na doutrina de Santo Tomás de Aquino, portanto, o Direito natural, ao contrário do que pensaram posteriormente os jusnaturalistas, não constitui um código de princípios racionais ou uma legislação modelo: contém apenas certos preceitos universais, permanentes, deixando amplo campo à lei humana com seus preceitos particulares, variáveis, mutáveis. Os preceitos da lei natural, observa André Stang (*op. cit.*, p. 41), são para a razão prática o que os primeiros princípios da razão representam para a razão especulativa.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 45-46).

Foi com a *Summa Theologica* que Tomás de Aquino iniciou a investigação sobre a razão, tendo Deus como fim de toda a ação humana.

Para Tomás de Aquino a lei pode ser definida “[...] como uma ordenação da razão dirigida ao bem comum e promulgada por quem tem a seu cargo zelar pela comunidade.” (2000, apud Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, I-II, *quaestio*, XC, art. 4).

O filósofo escolástico percebeu que, ao lado da justiça comutativa e da justiça distributiva, está a justiça legal, segundo a ética cristã, para a qual a observância dos homens à lei é antes de tudo um dever moral e, portanto, oriundo do poder divino que impõe a prática do bem e das virtudes.

Para Tomás de Aquino a ética aristotélica permeia todo o sentido de justiça, principalmente no que se refere à igualdade proporcional. Do mesmo modo a noção de “justiça geral” é retomada, porém, sob nova denominação: “justiça legal”, mas a ideia subjacente permanece a mesma, ou seja, a destinatária tanto da justiça geral como da justiça legal é a comunidade.

⁴⁴ Informam Batalha e Netto que a Escolástica pode ser entendida como o pensamento filosófico da Idade Média em que se fundamentam e se elaboram os dogmas fixados na fase anterior, a Patrística. Estes dogmas escolásticos tiveram inspirações na filosofia grega, sobretudo na aristotélica. Na Patrística (fase anterior à Escolástica), os dogmas foram concebidos pelos Padres da Igreja, com nítidas influências do pensamento estóico. (BATALHA E NETTO, 2000, p. 42).

Batalha e Netto vislumbram o ponto em que a doutrina tomista perscruta a injustiça do direito positivo. Para os autores, existem duas concepções sobre a lei que deve ser obedecida pelos homens. A primeira delas diz respeito às leis contrárias ao bem humano, e a segunda, às leis contrárias ao bem divino.

Os autores sustentam com apoio em Tomás de Aquino que (2000, apud Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, quaestio XCVI, art. 4º):

[...] As primeiras, embora antes se possam denominar violências do que leis (*magis sunt violentiae quam leges*), devem ser obedecidas em virtude do escândalo e da desordem que resultariam de seu descumprimento (*propter vitandum scandalum vel turbationem*). Entretanto, as leis injustas *per contrarietatem ad bonum divinum*, como as leis tirânicas que impõem a idolatria, de nenhum modo é lícito observar, porque é preciso obedecer antes a Deus que aos homens; *et tales leges nullo modo licet observare: quia sicut dicitur. Act V (vers. 29), obedire oportet Deo magis quam hominibus* (I-II, quaestio XCVI, art. 4º).

A observância das virtudes morais volta a permear a ideia de justiça não mais como objetivo a ser perseguido para uma estabilidade das relações sociais, mas como fim último a ser alcançado pelos homens para a obtenção da graça divina.

Castilho pondera que a igualdade é a premissa fundamental para o entendimento da justiça legal:

[...] na medida em que as pessoas estão em situação de débito para com todas as demais, por força das normas jurídicas insitamente justas, é possível reconhecer entre elas uma igualdade de tratamento primordial, consubstanciada na idêntica caracterização de todas como sujeitos jurídicos de direito e obrigações. (CASTILHO, 2009, p. 25).

Veja-se aí que a comunidade de homens não é mais tomada como sendo um único corpo jurídico, mas abordada no aspecto individual de cada um dos que a compõem, sob a condição de cidadãos iguais.

Nesse contexto, Sérgio Cunha destaca os doze pontos que, para Santo Tomás de Aquino, devem ser considerados sobre a justiça:

A respeito da justiça, doze pontos podem ser tratados: o que é a justiça; se ela se refere sempre ao outro; se é uma virtude; se radica na vontade; se é uma virtude geral; se, enquanto geral, se identifica em essência com toda a virtude; se existe alguma justiça particular; se a justiça particular tem matéria própria; se tem por objeto as paixões ou apenas as operações; se o seu meio é um meio real; se o ato da justiça é dar a cada um o que é seu;

se a justiça é a principal entre todas as virtudes morais (2009 apud Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, 2-2, q. 58).

Vê-se, pois, que o pensamento filosófico tomista iria influenciar bastante o conceito de justiça social, principalmente como resposta ao liberalismo clássico do século XIX.

Os neotomistas retomaram o conceito de justiça distributiva de Tomás de Aquino, mas revigoraram-no com a força do conceito de equidade formal em contraposição ao igualitarismo formal da democracia liberal (CASTILHO, 2009), de modo a substituir a justiça legal pela justiça social, embora não haja consenso sobre este fato.

3.4 Renascença

A Renascença marca o final da Idade Média e, juntamente com ela, são abandonadas as ideias teocêntricas. A razão humana se revela, então, como o novo paradigma filosófico de orientação do conhecimento.

Segundo noticiam Batalha e Netto:

A partir dessa época desenvolve-se o jusnaturalismo individualista, que se distingue do Direito natural tradicional porque se baseia sobretudo em uma concepção nominalista e apregoa a autonomia da razão humana. Nas palavras de Rommen (op. cit., p. 117), esta teoria, aliada ao racionalismo da nova escola, desencadeou verdadeiro fanatismo de racionalização, de emprego do método dedutivo da elaboração de sistemas destinados a disciplinar até o mínimo detalhe todas as instituições jurídicas (cf. também: Battaglia, Corso, I, p. 179 e ss.). O jusnaturalismo foi representado, sobretudo, por Thomas Hobbes (1588-1679), nominalista da Escola de Ockam, que pretendia justificar racionalmente o absolutismo dos Stuarts como um perfeito representante dos *tories*; por Benedito (Baruch) de Spinoza (1632-1677), Samuel Pufendorf (1632-1694), John Locke (1632-1704) que era partidário dos *whigs*, Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716), Christian Thomasius (1655-1728) e Christian Wolf (1679-1754). (BATALHA E NETTO, 2000, p. 50).

Pela listagem verificada acima, nota-se que a plethora de pensadores do período revela a sua importância, o que torna ainda mais difícil a escolha de apenas um ou alguns dos seus representantes.

Exatamente pela razão do objetivo anunciado nas linhas que abriram o presente capítulo, destacam-se os filósofos cujo pensamento sobre a justiça complementa a do seu antecessor ou se manifesta de forma original para com o tema. Essa preocupação se mostra relevante para que se possa perceber a justaposição das várias teorias contratualistas, em cuja essência parece ter-se firmado o constitucionalismo contemporâneo.

3.4.1 A justiça em John Locke

Locke, segundo informam Batalha e Netto, “adotou a teoria empirista⁴⁵ do conhecimento com a fórmula notória: *nihil est in intellectu, quod prius non fueri in sensu*⁴⁶” (2000, p. 62).

Sua principal obra foi *Dois Tratados Sobre o Governo* (1689) dividida, por óbvio, em duas partes, na qual Locke lança as bases da teoria contratualista moderna, além de “propugnar sobre o liberalismo e o constitucionalismo, opondo-se a Hobbes e sustentando que o poder público deriva de contrato.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 62). Sobre tais bases, Rousseau e Kant ergueram o edifício do contratualismo.

Como foi ressaltado pelos autores encimados, Locke se opôs radicalmente às ideias de Thomas Hobbes, segundo as quais a superação do estado de natureza somente seria possível por meio da segurança estatal. Esta, por sua vez, seria dada quando os súditos reconhecessem a necessidade de obediência ao soberano, abdicando dos seus direitos em favor dele.

Dessa forma, para Hobbes, “a noção de justiça é desprovida de sentido, caso não seja considerada à luz da soberania”, como sustentam Maffetone e Veca (2005, p. 87), de forma que:

A justiça é querer constantemente dar a cada um o que é seu; e por isso, não existe uma coisa própria, ou seja, uma propriedade, [...] onde não haja poder coercitivo e, portanto, onde não há um Estado não há propriedade, e os homens têm direito a todas as coisas. (2005 apud HOBBS, 2003).

⁴⁵ A fonte do conhecimento é a experiência. Adotado pelos positivistas, o empirismo “atém-se exclusivamente aos fatos, aos fenômenos, às aparências.” (BATALHA E NETTO, p. 4).

⁴⁶ “Nada há no intelecto que não tenha primeiramente estado nos sentidos.” Tradução livre.

Desse modo, quando todos passam a se sujeitar ao soberano, surge o Estado como produtor e aplicador do direito. Para Hobbes, segundo informa Dimoulis, no estado anterior, “[...] o grande problema é que os direitos naturais de cada um não correspondem a obrigações dos demais. São direitos incompletos que não oferecem nenhuma segurança aos seus titulares.” (DIMOULIS, 2003, p. 25).

Assim, ainda conforme Dimoulis:

Hobbes considera necessário o poder absoluto do Estado, porque só assim é possível organizar a sociedade. Um monarca ou um grupo de pessoas deve estabelecer as leis da convivência pacífica, propiciando segurança e impondo suas decisões por meio da força. A razão humana e o interesse de todos levam a essa escolha. (DIMOULIS, 2003, p. 26).

Para Locke, ao contrário, “[...] a função do Estado não é absorver os direitos do homem, os direitos naturais à liberdade e à propriedade, mas respeitá-los e salvaguardá-los.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 62).

Em Locke os fundamentos do contrato social são a liberdade e a propriedade, mas o trabalho desenvolvido pelo homem em sua propriedade é o que assegura a sua liberdade. Em suma:

Sendo assim, parece-me bastante fácil compreender como o trabalho pôde, originariamente, fundar o direito à propriedade dos bens comuns da natureza e como o limite dessa propriedade foi fixado pelo consumo que podemos fazer dela para os nossos usos. Portanto, não havia razão para discutir esse direito nem dúvidas quanto à extensão da propriedade que ele conferia. Direito e utilidade caminhavam juntos, pois, tendo direito a tudo aquilo sobre o qual podia exercer seu trabalho, um homem nunca sentia-se tentado a trabalhar mais do que serviria para seu uso. Isso excluía toda contenda sobre a legitimidade e toda usurpação dos direitos alheios: a porção que um homem tomava para si era facilmente visível, e era inútil, além de desonesto, tomar uma porção muito grande ou tomar mais do que podia se servir. (2005 apud LOCKE, Dois tratados sobre o governo – Uma teoria do título válido).

É nesse contexto que se pode considerar que para Locke o contrato social não deve privar os indivíduos de todos os seus direitos no estado natural, mas, por outro lado “[...] sua força está justamente em reconhecer alguns direitos fundamentais, como o direito à vida e à propriedade, dos quais pode depender uma ordem igualitária e eficiente da sociedade civil.” (MAFFETONE E VECA, 2005, p. 88).

3.4.2 A justiça em Jean-Jacques Rousseau

Os historiadores da ciência do direito sustentam que o apogeu do contratualismo na Idade Moderna veio com a obra *Do Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, escrita em 1762.

A visão de Rousseau sobre o Estado, o direito e, conseqüentemente, sobre a justiça são diametralmente opostas às de Thomas Hobbes e John Locke. Para o filósofo suíço, no estado de natureza os homens não digladiavam entre si, pois o senso de justiça e de moral já estava pré-concebido e as relações entre eles eram pacíficas.

A verdade sobre a existência de um contrato social firmado entre os indivíduos reside não no fato da subserviência ao ente soberano, mas na circunstância de que toda forma de poder advém da vontade geral.

Em sua obra *Do Contrato Social*, Rousseau elaborou a teoria sobre a forma de sociedade que julgava ser adequada, lembrada aqui por José Fábio Maciel:

Uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, permanecendo assim tão livre como antes. (2004 apud ROUSSEAU, 1978).

Embora tal associação jamais tivesse sido elaborada formalmente, “[...] as cláusulas deste contrato são em toda a parte as mesmas, em toda a parte admitidas e reconhecidas tacitamente.” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 67).

Se porventura o pacto se romper, “cada indivíduo readquire seus primitivos direitos e recupera a liberdade natural” (BATALHA E NETTO, 2000, p. 67) porque, embora o Estado seja onipotente, o individualismo haveria de se impor como resposta à potestade estatal.

Rousseau anteviu a finalidade precípua da existência do Estado: organizar a sociedade, impondo as regras necessárias para o seu desenvolvimento como um todo e, particularmente, dos indivíduos que a compõem.

A teoria contratualista de Rousseau, nas palavras de Gustav Radbruch, concebe o contrato como a linha condutora para a atuação do Estado:

A teoria do contrato considera, portanto, o Estado como justificado, não porque tenha surgido do contrato, mas quando permita pensar-se como originado por meio dele, porque só então pode ser contemplado como apropriado ao interesse de cada um de seus membros. (RADBRUCH, 2004, p. 85).

O direito nasce do sentimento popular e se dirige à defesa da coletividade e de seus interesses, no que Dimoulis sustenta ser o “ideal da autolegislação”. Em suas palavras:

Encontramos aqui o ideal da “autolegislação” fundamentado em um pacto social democrático. O direito deve expressar a soberania do próprio povo e garantir a ordem e a segurança sem abolir a liberdade dos membros da sociedade. (DIMOULIS, 2003, p. 28).

A soberania estatal, portanto, origina-se da vontade geral e pressupõe, segundo a compreensão de Soares, “[...] a inadmissão de limites à mesma e a inexistência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado.” (SOARES, 2001, p. 115).

Para Rousseau, contudo, “a falsa necessidade da justiça gera a exigência de um comportamento, intelectual e moral, crítico em relação a essas instituições.” (MAFFETONE E VECA, 2005, p. 89). Na verdade, como salientam esses autores, Rousseau entende que a passagem do estado de natureza para o estado civil, “tem em si os germes da decadência”, porque “a constituição da sociedade política, ligada à perda da independência originária, gera, de fato, as maiores desigualdades dos bens primários, como a riqueza, o status, o poder e o reconhecimento.” (2005).

Uma teoria da justiça para Rousseau não está estritamente ligada ao pacto social, ao contrário, deve ser crítica e normativa, desde o ponto em que se “[...] vincule a aceitabilidade das instituições políticas e sociais ao fato de que princípios de igualdade e liberdade sejam observados na formulação e na vida efetiva do próprio contrato.” (MAFFETONE E VECA, 2005, p. 90).

3.4.3 A justiça em Immanuel Kant

O ideal do direito em Kant é uma homenagem à liberdade. Essa particular concepção sobre o direito revela um ideal de justiça que deve ser perseguido pelos homens de bem, sobretudo por aqueles que são os responsáveis pela condução das coisas do Estado.

Nesta rápida passagem pela concepção kantiana do direito, particularmente, sobre o sentido da justiça, analisa-se sua *Doutrina do Direito* – como ponto de partida para o tema. Evidentemente essa análise há de se ater apenas à obra indicada, em razão da vasta produção filosófica de Kant, na qual a noção de justiça está sempre presente.

Kant destaca sobretudo o trabalho de elaboração das leis. Segundo o autor, os legisladores são os principais atores na produção do direito porque deles “parte a vontade coletiva do povo.” Em razão disso, ou seja, da procedência de todo o direito, “[...] não deve absolutamente poder causar injustiça a ninguém por suas leis.” Por conseguinte, conclui o filósofo, “a vontade concordante e conjunta de todos, enquanto cada um decide para todos e todos para cada um, isto é, a vontade coletiva do povo, pode ser unicamente legisladora.” (KANT, 1993, p. 152-153).

Norberto Bobbio ressalta que em Kant não se acha um conceito de direito, ou o que ele é, “mas o que ele deve ser”. Segundo Bobbio, “o problema de Kant é, numa só palavra, o problema da justiça, ou seja, do critério com base no qual seja possível distinguir o que é justo do que é injusto.” (BOBBIO, 2000, p. 115).

Embora entenda a liberdade como fundamento da ideia de justiça, Kant admite que a liberdade individualmente considerada deva ser limitada, de modo a permitir a coexistência da liberdade de outros indivíduos, estabelecendo um princípio universal do direito: “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais.” (KANT, 1993, p. 46).

Na verdade, ao estabelecer os postulados relacionados ao direito, Kant “visa o ideal do direito, ao qual a legislação deve adequar-se para ser considerada como justa”, segundo afirma Bobbio. Para este autor,

Ainda que nenhuma legislação existente correspondesse plenamente àquele ideal, a definição de Kant não seria menos verdadeira, uma vez que indica somente o ideal-limite ao qual o legislador deveria adequar-se, e não uma generalização derivada da experiência. (BOBBIO, 2000, p. 115).

Para Norberto Bobbio, “as teorias da justiça conformam um só questionamento que é o de saber qual é o fim último do direito.” (BOBBIO, 2000, p. 116). Na avaliação do autor, Kant realmente propôs uma redução de todos os princípios da justiça ao da liberdade e, segundo Bobbio, a partir dessa constatação, “devemos concluir que a teoria do direito de Kant deve ser considerada como um dos fundamentos teóricos do Estado liberal...” (BOBBIO, 2000, p. 118).

Porém, isso não significa que Kant tivesse posto de lado outros princípios fundamentais perceptíveis *a priori* como a igualdade e a ordem. Na leitura de Bobbio sobre o pensamento kantiano acerca do direito, “o conceito de liberdade apresenta-se como não-impedimento”, isto é, se o postulado universal da justiça em Kant considera uma ação justa aquela que não causa obstáculo à conformidade de cada um e de todos, então, qualquer oposição a essa liberdade não poderá subsistir, como conclui Norberto Bobbio:

Se a injustiça consiste em colocar obstáculos contra a liberdade, ou seja, fazer com que cada um possa usufruir da liberdade que lhe pode ser consentida pela liberdade igual dos outros, entendendo por liberdade aquela esfera na qual não se é obstaculizado, em suma, a esfera do não-impedimento. (BOBBIO, 2000, p. 119).

Ora, se a liberdade em Kant é uma liberdade igual (de todos e de cada um) segundo um princípio universal, poder-se-ia concluir, então, que a igualdade surge como um “direito inato” e este, segundo afirma Bobbio, “é o direito à liberdade externa”. É que, conforme explica Bobbio, para Kant, esses direitos inatos como a igualdade, “estão compreendidos no princípio da liberdade inata e não diferem realmente dela.” (2000 apud KANT, p. 416).

3.5 A crise da justiça.

O conceito de crise tem mais valor emocional do que lógico. Geralmente, dizemos que há crise quando nos encontramos diante de situação que não desejávamos. Uma situação se encontra em crise quando se nos apresenta outra situação, passada ou pensada, que acreditamos melhor, vale dizer que preferiríamos. Por outro lado, quando se fala em crise, pretende-se pôr em destaque um período de dificuldades, porém passageiro; no conceito de crise, além de um elemento de desaprovação, há um elemento de esperança. (Giuseppe Capograssi, A ambigüidade do direito contemporâneo, In: A crise da justiça, 2003, Belo Horizonte, Líder).

A *Crise da Justiça* foi uma conferência realizada na cidade italiana de Pádua, em 1951, cujo anfitrião foi Piero Calamandrei. A Itália tentava se recompor dos horrores da guerra e do fascismo que corrompera, em grande parte, o arcabouço legislativo daquele país como em geral, acontece nas tiranias e ditaduras.

Contudo, o momento era de reconstrução social e a Itália acabara de promulgar sua Constituição havia três anos e a comunidade jurídica começava a experimentar o seu influxo normativo. Neste contexto, várias conferências e seminários eram realizados com o intuito de difundir as ideias nascidas sob a égide de um novo ordenamento jurídico-constitucional.

Tal como na Itália daquele período, o Brasil ainda procura compreender o significado das normas constitucionais hauridas do diálogo democrático entre as instituições e a sociedade. A compreensão do novo constitucionalismo irrompido após a 2ª Guerra Mundial, se fez há mais de cinco décadas nas democracias europeias, sobretudo desde uma concepção sobre a liberdade e a igualdade, fundadas na justiça.

Depois da análise das concepções filosóficas sobre o tema da justiça, que foram elencadas com o objetivo de observar sua evolução histórica no ocidente, cabe agora explorar o conteúdo desse princípio, como um dos vetores fundamentais da promoção da igualdade nos ordenamentos jurídicos atuais, embora seja de conhecimento geral que tanto o conceito como o seu conteúdo encontram-se sob o influxo de uma crise muito antiga.

Com a derrocada do legalismo positivista, o ideal de justiça passa a apresentar-se como uma orientação dogmática de notável importância para a condução dos rumos da contemporaneidade, principalmente nos dias que se passam turbados por crises econômicas e pela descrença geral quanto ao valor da solidariedade.

Sabe-se que a produção do direito deve pautar-se pela busca da justiça aliada a uma metodologia que a possa sustentar. Uma nova proposta metodológica pode se dar fulcrada no que atualmente se convencionou chamar de neoconstitucionalismo. É intuitivo, pois, que a revisão do método de produção do direito se mostre necessária, uma vez que uma consecução estritamente formal e legalista de base kelseniana parece não mais atender aos desígnios da democracia contemporânea.

Nessa perspectiva o Estado-legislador ainda permanece como um dos principais produtores do direito porque é dele a competência constitucionalmente atribuída para a elaboração da norma jurídica, embora não seja o único. A norma jurídica – bem o sabemos – não surge apenas com a sua positivação no texto legal. Ela decorre também de uma ordem de princípios e valores que pode não estar prevista formalmente, assim como não estão muitos dos valores relativos à pessoa humana, cuja ambiência é metajurídica.

A par dessa premissa surge outra que orienta o operador do direito e o hermenêuta⁴⁷ a conciliarem esforços no sentido de uma produção que se sustente cientificamente, mas que não descure do fim a que ela se propõe que é a realização da justiça ou, nas palavras de Walter Nascimento “[...] sob um novo conceito, passa a prevalecer o entendimento segundo o qual é a através da justiça que o direito deve ser dimensionado.” (NASCIMENTO, 2000, p. 3).

Quando se afirma existir uma “crise da justiça”, na verdade, está-se referindo não só à falta de aplicação do seu conceito, mas à ausência de revelação do seu conteúdo por parte da atividade jurisdicional.

⁴⁷ Nascimento aduz a lição de Carlos Maximiliano para quem “[...] o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, - Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.” (2000 apud MAXIMILIANO, p. 14).

Embora se tenha a convicção de que a realização da justiça, sobretudo, da justiça social e da justiça distributiva, não está afeta apenas ao Poder Judiciário, é ele que revelará para a sociedade, ao final de uma demanda, como a distribuição do mérito se efetivará em cada caso, o que não significa adotar uma “posição jurídica meritocrática”, que para John Rawls significa:

[...] uma forma de ordem social que segue o princípio de carreiras abertas aos talentos e usa a igualdade de oportunidades como um modo de desencadear as energias humanas na busca da prosperidade econômica e da dominação política. (RAWLS, 1981, p. 100).

A meritocracia pode e deve, portanto, ser defendida no âmbito das corporações e do serviço público, mas não como finalidade da justiça. O mérito, por outro lado, se distingue da meritocracia, mas “não tem a urgência da necessidade, e não envolve a posse (ter e consumir) da mesma maneira”, como sustenta Michael Walzer. A necessidade, por sua vez, “gera uma esfera distributiva especial, dentro da qual é ela mesma, o princípio distributivo adequado.” (WALZER, 2003).

Na mesma linha de raciocínio, Serge-Christophe Kolm aduz:

As liberdades existenciais básicas e a satisfação das necessidades não são apenas meios, mas também condições da dignidade (aquele que preza a liberdade por qualquer razão que não ela própria, não a merece e logo a perderá, afirmou Tocqueville). (KOLM, 2000, p. 13-14).

Voltando à ideia inicial sobre a crise da justiça, como nem todos os juízes estão preparados para dar uma resposta adequada ao caso concreto que envolva direitos sociais, por vezes o que se tem é uma decisão judicial desprovida de justiça ou da realização de uma “justiça possível”, do ponto de vista processual. É claro que os juízes “não têm a chave para resolver os problemas do mundo”, como dissera José Renato Nalini, mas por integrarem o Estado, “[...] não podem considerar-se descomprometidos da tarefa de contribuir para a consecução dos seus objetivos.” (NALINI, 1997).

Daí por que no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais essa revelação ainda se verifica tímida. Em primeiro lugar, porque a decisão judicial sobre tais situações jurídicas ocorre no bojo de processos limitados a determinados

direitos individuais homogêneos ou coletivos o que, por si só, não tem o poder de promover a distribuição da justiça social de forma ampla, já que a decisão opera efeitos *inter partes*.

Essa distribuição, ao que tudo indica, não virá por força das decisões judiciais como propõem alguns - como se a magistratura pudesse avocar para si a tarefa constitucional que pertence, não exclusivamente, mas em grande parte ao Poder Executivo, mas, sim, em decorrência de uma visão clara e necessária de que o compromisso constitucional com os direitos fundamentais de igualdade passa pela certeza de que o regime jurídico que os orienta é o mesmo dos direitos fundamentais de liberdade, como preconiza Ingo Sarlet (2009).

É possível, então, concordar com Bruno Belém quando, com apoio na lição de Silva, esclarece:

No domínio judicial, a proposta é que o juiz realize tão-somente a fiscalização da execução das políticas públicas e não queira defini-las no lugar do legislador e do administrador. Desse modo, não se exclui definitivamente o juiz constitucional do debate, mas, apenas se restringe a sua competência quanto ao controle das metas estabelecidas pelo legislador no âmbito das políticas públicas. Embora a judicialização da política seja uma opção feita pelo legislador constituinte brasileiro, e, por isso, dela não se pode correr, a sua realização deve ser vista como resultado de um processo gradual e que depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e nos procedimentos judiciais, designadamente no domínio do processo civil coletivo. (2011 apud SILVA, 2009, p. 596).

O que se propõe como premissa, portanto, é um controle mais efetivo, por parte do Judiciário, das distorções competenciais dos outros poderes instituídos, melhor dizendo, espera-se que a atuação judicante realmente se comprometa com o propósito do desenvolvimento social a ponto de corrigir as omissões e falhas perceptíveis na condução das políticas públicas.

Nesse sentido, como pondera Limberger:

Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o STF realizasse uma audiência pública⁴⁸. É a judicialização da política, que por um lado

⁴⁸ Trata-se da audiência pública nº 4 “[...] conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes.” (LIMBERGER, 2010, p. 222).

prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas e acaba por se tornar moroso devido à excessiva litigiosidade. A sociedade brasileira, por um lado e os poderes públicos por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam e das que se queixam a solução por vezes tarda. Diante desse panorama, a ideia básica de constitucionalismo de submissão dos cidadãos e autoridades públicas à Constituição, ainda é um desiderato. A Constituição como norma superior que coordena a conduta dos poderes públicos e da sociedade, carece de cumprimento substancial. (LIMBERGER, 2010, p. 217).

Em segundo plano, porque a visão jurisdicional dos direitos sociais ainda é pautada pela ideia de que a sua concretização haverá de ser feita no plano político e não no plano jurídico, premissa que se mostra consentânea com a teoria da tripartição dos poderes (ou das funções estatais), diga-se de passagem, porém dissonante da realidade atual, como bem avaliou a autora acima citada, o que é bem diferente da premissa de realização da justiça social pelo Judiciário.

Desses pontos, surge o contrassenso ao qual a maior parte dos juízes adere quando da avaliação dos dados que lhes são oferecidos no processo. Como explicação desse fenômeno Piero Calamandrei, utilizando-se das vicissitudes das Cortes Italianas pontificou:

A própria jurisprudência da Corte de Cassação resultou oscilante; em várias oportunidades, depois de haver mudado uma vez, voltou à antiga opinião; e cada um desses arrependimentos da Suprema Corte deixou na prática dos juízes inferiores traços de incerteza e ocasiões para aumentar em excesso os litígios. Tudo isso não se origina, como se poderia pensar à primeira vista, de uma decadência intelectual dos magistrados: surge dessa dissensão entre legalidade e equidade, que penetra toda a vida jurídica, dessa separação cada vez mais profunda, diante da qual os juízes não podem permanecer insensíveis, entre a lei escrita que foi superada pela política e pela consciência social, que ainda não se conseguiu firmar em novas leis coerentes com ela. (CALAMANDREI, 2003, p. 28).

Para exemplificar o dissenso, considere-se ser justo determinar o fornecimento de remédios de alto custo a quem deles precisa, mas não é correto, segundo outro provável entendimento, avançar sobre o mérito da decisão administrativa que avaliou mal o direcionamento dos custos necessários à compra em quantidade insatisfatória de tais medicamentos, isto é, atende-se com justiça a primeira demanda, muitas vezes deixando de lado contingências técnicas e

financeiras, porém essas mesmas contingências, contraditoriamente, passam a ser o fundamento da decisão judicial no segundo caso, conforme a interpretação subjetiva que se faça da Constituição.

Sob um contexto fiscalizatório do Judiciário, a segunda avaliação estaria equivocada porque o controle judicial da discricionariedade ocorrera em face da desproporcionalidade da decisão administrativa que deixou de ser eficiente, transformando-se em ato administrativo passível de controle externo.

Um dos pontos que se destacam ante a comprovação de uma “crise da justiça” e, em consequência disso, uma crise do Judiciário, é o fato aludido por Arantes, citado por Álvaro Rocha, de que “não há trabalhos em número suficiente sobre o tema, pelo prisma de uma sociologia política do Judiciário brasileiro”, o que pode ser creditado, segundo o autor, “a um menosprezo do Judiciário como objeto de análise na dinâmica das decisões governamentais, inserido no sistema político como um todo.” (2010 apud ARANTES, 1997).

Ocorre que a noção de políticas públicas e de cidadania é perpassada pelo “elemento social” do qual decorre, para o Estado, “[...] a premissa do dever de efetivação de determinadas condições, de natureza material e cultural, para a realização da cidadania em sentido amplo”, o que equivale a dizer que “a existência de direitos fundamentais-sociais (...) mesmo na norma constitucional, não faz sentido sem a sua efetivação.” (ROCHA, 2010, p. 22).

Muitas vezes e mais ultimamente, o Judiciário surge como um ator social que, segundo a avaliação de Sousa lembrada por Álvaro Rocha, passa a ter “[...] enorme relevo, com poder de veto, poder de decisão e se apresenta como árbitro imparcial e frequentemente como representante da sociedade, nas disputas envolvendo políticas públicas.” (2010 apud SOUSA, 2005).

Em decorrência desse fato, os estudos de sociologia política deveriam passar a considerar o Judiciário como ator de peso na condução da dinâmica política e social do país, situação que se delineia como irreversível diante do quadro de baixa responsividade do Executivo e baixa operatividade do Legislativo.

Nesse rumo, segundo aponta Álvaro Rocha:

As políticas públicas federais podem ser, e muito provavelmente serão, contestadas judicialmente, especialmente pelos atores sociais que normalmente não são levados em conta na análise política, quer dizer: os derrotados ou ignorados nas negociações internas do Congresso, ou em sua dinâmica relacionada ao Executivo, serão os grupos que recorrerão ao Judiciário, e com chances muito altas de obter efeitos favoráveis, de alteração das referidas políticas. (ROCHA, 2010, p. 25).

Assim, se uma das causas da crise da justiça é a eventual possibilidade de se combater a desigualdade social, esta passa a ser o diferencial para o resgate da posição do Judiciário como integrante ativo da política social do país. De que forma?

Evidentemente, numa perspectiva constitucional de preservação dos papéis institucionais de cada um dos poderes do Estado, mas em sintonia com a realidade atual. Afinal, a função jurisdicional, em um ambiente constitucional, não se resume em apenas dizer o direito, mas, antes, por meio da interpretação adequada do texto, concretiza a norma e complementa a atividade legislativa ao aplicar a regra ao caso concreto.

Essa realidade complexa e multicultural já antecipada por muitos autores anuncia a necessidade da mudança que o Judiciário - se quiser assumir o papel de destaque que a história parece lhe atribuir - deve ter em relação aos dogmas legalistas que elegeu e que o colocam em cheque, assim como a pouca transparência das suas ações e o apego excessivo à formalidade processual em detrimento do direito substancial.

Portanto, a noção de crise da justiça é inevitavelmente perpassada pela noção de crise do Poder Judiciário e isto pode ser avaliado por uma situação que Dallari denominou “tradição paralisante”. Para o autor:

Embora se tenha criado a aparência de maior respeito pelo Judiciário, que não dialoga com os demais Poderes, mas também não se envolve em disputas com eles, o fato é que, aceitando passivamente tal situação, a magistratura, na prática, ficou imobilizada, voltada para si própria, incapaz de perceber que, em alguma medida, os outros procuravam adaptar-se ao dinamismo da sociedade enquanto ela estagnava. Isso ocorreu no Brasil e em grande parte do mundo. (DALLARI, 2007, p. 6).

Essa paralisia de que nos fala Dallari pode ser fruto de um afastamento involuntário da magistratura das questões sociais e políticas da sociedade.

Entretanto, como se sabe, quase todas as relações humanas e institucionais se fazem a partir da política. A imparcialidade é um imperativo da função judicante, mas não pode ser tomada como *neutralidade* jurídica, o que é muito diferente.

Outro sentido decorrente da inércia apontada pelo autor pode ser atribuído, em grande parte, à formação jurídica da maioria dos integrantes da magistratura. Dallari aponta que o primeiro aspecto a ser ressaltado nessa discussão é:

[...] o reconhecimento de que, na realidade, a formação dos juízes tem sido negligenciada através do tempo, por vários fatores. Antes de tudo, o próprio Poder Judiciário tem sido quase omitido nas propostas e discussões teóricas dos juristas. (DALLARI, 2007, p. 29).

Essa constatação revela uma contradição na origem da formação do pensamento dos juízes, isto é, se a dogmática jurídica tradicional não atende mais aos desígnios do pluralismo, então é necessário rever as bases metodológicas do ensino jurídico no país, pois não se pode exigir dos futuros aplicadores do direito algo que não se ensina nas faculdades. Nesse ponto, Dallari traz a lição de Zaffaroni, para quem:

O tremendo descuido da teoria política e constitucional do Poder Judiciário conduz a um cruel paradoxo: a ciência jurídica latino-americana aprofunda temas de direito básico e processual a níveis que, em certas ocasiões, igualam e superam os dos países centrais, mas se omitem de modo quase absoluto, quanto à estrutura institucional do poder que tem a função, precisamente, a aplicação desses conhecimentos. (2007 apud ZAFFARONI, 1993).

A crise da justiça é também uma crise política, conforme sustenta John Rawls (2000). Catherine Audard filósofa americana que prefacia *Justiça e Democracia* do referido autor, confirma o raciocínio de Rawls quando esclarece que para ele:

Os legisladores, assim como os magistrados, já não desempenham plenamente o seu papel. São por demais escravos da opinião pública, das pesquisas de opinião, de sua reeleição, dos lobbies variados que os apoiam, e por isso não se pode confiar em seu julgamento para decidir em favor do interesse comum. Essa crítica bem conhecida da democracia americana é igualmente a que Ronald Dworkin dirige ao poder judiciário e a seus abusos. (RAWLS, 2000, prefácio).

A primeira etapa da reforma do Judiciário se consumou no Brasil. Imagina-se que outras devam ser feitas para que a sociedade brasileira tenha a sensação de que os seus questionamentos e interesses venham a ser apreciados de forma mais racional. Isto não implica decisões apartadas da realidade social, ao contrário, coadunam com a necessidade de concreção, cada vez maior, dos direitos fundamentais considerados de forma individual ou coletiva.

Por outro lado, tais decisões não podem se desgarrar do ordenamento jurídico formal. Há de se calibrar o sentido de racionalidade das decisões judiciais com os princípios e preceitos constitucionais de modo a reforçar a segurança jurídica e a constitucionalidade do sistema jurídico. Trata-se de tarefa difícil, materialmente árdua e constante, mas que pode tornar-se natural e rotineira se a mudança do perfil do operador do direito se iniciar logo nos primeiros anos da graduação e se desenvolver ao longo da experiência judicante.

Ademais, não se pode olvidar que o Judiciário no Brasil possui receita originária do repasse constitucional que o Executivo deve realizar. Mesmo que se tenha concebido um fundo para o seu reaparelhamento, seu orçamento é contingenciado porque, assim como outras políticas públicas essenciais, o fortalecimento dessa e de outras instituições nem sempre é desejável, pois, no final das contas é ela que controlará eventuais condutas das esferas políticas.

3.6 A possível superação da crise da justiça pela proposta pós-positivista do direito

A virada teórica proposta pelo pós-positivismo tem, como um dos seus objetivos, reorientar a atividade jurisdicional para o rumo da consolidação do princípio de justiça que a cultura contemporânea propõe.

O redimensionamento teórico proposto pelas correntes pós-positivistas basicamente se alicerçam na reaproximação da teoria do direito e da filosofia jurídica, já anunciada pelas teorias argumentativas.

O raciocínio dialético-argumentativo que se espera de uma nova magistratura opera no sentido da mudança do paradigma da modernidade para a pós-

modernidade, que propõe a substituição “do pensamento sistemático para o pensamento problemático”, como sustentou recentemente o presidente da ABLJ⁴⁹, Francisco Amaral, em exposição realizada por ocasião do 8º Seminário Ítalo-Ibero-Brasileiro, promovido pelo STJ.

Essa acuidade no trato do problema referente à crise da justiça (e do direito como um todo) é produto de uma constatação: o positivismo jurídico não pode mais fornecer as respostas que o direito e a sociedade contemporânea exigem, embora persista a dúvida elaborada por Streck (2009) quando questiona com Alexy se “há respostas corretas em direito”.

Desse ponto em diante, o operador do direito, ao realizar uma leitura crítica da matéria, verá que o objeto da sua pesquisa se encontra destituído da neutralidade proposta por Kelsen. A norma jurídica possui conteúdo valorativo, porque é produto da realidade social e, desse modo, há de ser justa para com os valores eleitos pela sociedade.

Em consequência disso, o que se espera do discurso normativo é que se desenvolva rente ao espaço que o produziu, ou seja, que possa conformar as expectativas de realização social dos seus destinatários. Quando essa aproximação não se verifica, pode-se constatar que algo se perdeu na comunicação. Nesse momento a tarefa do intérprete é de suma importância para o resgate do conteúdo normativo. Porém, qual seria a interpretação correta do direito, visto que não se vislumbra um padrão objetivo na dicção da norma jurídica, senão uma construção individualizada do intérprete?

Ora, o que o pós-positivismo parece propor é uma ampliação da base normativa no sentido de abarcar, também, a vertente principiológica do direito. Os princípios constitucionais, portanto, “passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico, (...) servindo de guia ao intérprete.” (BARROSO, 2001, p. 20) sem significar, entretanto, uma “discricionariedade judicial que feriria o Estado Democrático de Direito.” (STRECK, 2009).

O deslocamento do centro de gravidade da produção normativa da lei para a Constituição “é algo mais que um movimento estratégico”, revela Alfonso

⁴⁹ Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Campuzano. (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 49). O eixo sobre o qual o positivismo oitocentista se fundamentou perdeu sentido ante a complexidade dos atuais sistemas democráticos. Nas palavras de Prieto Sanchís, citado por Campuzano:

A Constituição não veio simplesmente ocupar o papel de lei, mas sim desenhar um modelo de produção normativa notavelmente mais complexo, onde todos os sujeitos encontram não uma ordem hierárquica unívoca, mas sim ordenamento de sentido conflitivo que exige ponderação. (2009 apud, SANCHÍS, 1996, p. 35-36).

A proposta pós-positivista contempla uma “moderna hermenêutica constitucional” apta a desenvolver “um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.” (BARROSO, 2001, p. 23). Esta particular forma de interpretação cria condições para que os problemas não previstos na lei possam ter soluções adequadas sem confrontar o ordenamento jurídico, ao contrário, conferindo-lhe sentido. Na avaliação de Luís Roberto Barroso:

Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo. (BARROSO, 2001, p. 23-24).

Evidentemente esse processo de interpretação criativo é limitado pela própria Constituição, principalmente, pelo princípio da razoabilidade. Portanto, uma resposta adequada em direito deve estar conectada com o sistema jurídico-constitucional, como esclarece Lenio Luiz Streck:

[...] a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso. (STRECK, 2009, p. 328).

Nessa perspectiva, o Judiciário deixa de ser simplesmente a “boca da lei” para buscar uma interpretação conforme a Constituição. Amplia-se a discricionariedade judicial com vistas ao trabalho de conformação da realidade dos

fatos à norma constitucional, embora isso não signifique ampliação de poderes judiciais, aliás, como sustenta Julios-Campuzano:

A discricionariedade judicial incorpora-se ao sistema de interpretação e aplicação do direito a partir da ótica de um conjunto de valores cuja realização exige cessões e garantias. O trabalho do juiz não está isento de complexidade e requer, sem dúvida, uma dose importante de discricionariedade. Por isso, a Ciência do Direito cumpre uma função muito especial: elaborar uma teoria da interpretação constitucional de acordo com as demandas de um novo modelo normativo mais aberto e permeável. A discricionariedade, no entanto, não pode contentar-se *tout-court* em ser considerada como uma porta aberta à arbitrariedade, antes disso, o constitucionalismo moderno exige a razoabilidade das decisões judiciais como condição prévia de validade e legitimidade. (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 51-52).

O controle das decisões judiciais, portanto, também se apresenta como um mecanismo importante contra o arbítrio, uma vez que não se pode considerar a abertura constitucional como sendo uma válvula para a ingerência do Poder Judiciário nas outras esferas de poder diante da evidência de que, como lembra Belém, “o Judiciário não dispõe das condições operacionais para pensar em direitos sociais de forma coletiva e global.” (BELÉM, 2011, p. 13).

3.7 A justiça como equidade: uma concepção política da justiça, segundo a compreensão de John Rawls

Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista ou rejeitada; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (John Rawls, Uma teoria da justiça, 1981, p. 27).

Esclarece-se, de início, que sob hipótese alguma existe a pretensão de se exaurir a construção teórica de John Rawls sobre a justiça. Neste ponto do trabalho, persegue-se, isto sim, a ideia central da sua obra que é a de se entender a justiça como sendo o fundamento para toda atuação política, seja de ordem institucional ou constitucional.

A escolha de Rawls como representante do pensamento contemporâneo sobre a justiça justifica-se do ponto de vista do novo contratualismo ao qual o autor parece aderir. Nesse sentido, foram trazidas as concepções de justiça antes formuladas pelos primeiros contratualistas, como Locke, Rousseau e Kant, expressamente admitidas por Rawls, como se verá adiante.

É justamente a noção de repactuação social, pautada numa nova forma de se pensar e produzir o direito, que sustenta a parte final deste trabalho. Assim, Rawls parece ter uma das propostas mais racionais, juntamente com Habermas e Müller, para o que a sociedade busca em termos de compreensão da justiça, sobretudo, àquela formulada institucionalmente.

O termo liberal, do ponto de vista político, possui uma conotação própria no idioma inglês. Nos Estados Unidos, por exemplo, não tem a mesma acepção que lhe é atribuída entre os latino-americanos e os europeus, como informa Carlos Henrique Cardim⁵⁰. Segundo esta análise:

Os conservadores norte-americanos entendem-no como sinônimo de socialista, o que tampouco faz sentido no Brasil. (...) O liberal americano pode, pois, ser qualificado como social-democrata. Os liberais estadunidenses são chamados de *conservative* ou *new-conservative*, dispendo de grande influência no Partido Republicano. Tampouco poderiam ser identificados com os conservadores, que são também muito atuantes, mas cultivam faixa própria. (CARDIM, 2000).

Nesse sentido, John Rawls pode ser chamado de “liberal”. Um liberal de primeira ordem, ou seja, daqueles que prezam e apregoam a liberdade como princípio fundamental, embora, tal como Kant, entenda que a liberdade deve ser igual para os indivíduos que compõem uma mesma sociedade.

Tratar do conceito ou do sentido da justiça conforme as ideias de John Rawls é entender o problema como sendo “um conjunto de princípios necessário para que haja uma opção entre os vários ajustes sociais o que, por sua vez, determinará a divisão das vantagens e assegurará um acordo para uma partilha correta.” (RAWLS, 1981, p. 28).

⁵⁰ Em trecho da apresentação da obra *O Liberalismo Político*, de John Rawls.

Nesses termos, o conjunto de princípios da justiça se resume aos princípios de justiça social que para Rawls “[...] proverão a determinação de direitos e deveres das instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social.” (RAWLS, 1981, p. 28).

Uma das críticas lançadas à teoria da justiça de Rawls reside no fato de que as ideias nela sustentadas “teriam uma aplicação limitada em outras tradições culturais, uma vez que são características da sociedade estado-unidense.” (ABREU, 2006, p. 149).

Entretanto, há de se considerar que a leitura sobre o valor “justiça” feita pelo autor americano transcende as fronteiras do seu país de origem, em razão da sua força universal. Neste aspecto, conforme salienta Luiz Eduardo Abreu, “porque ele difere de maneira bastante acentuada de nossas concepções políticas em aspectos centrais (...) é que temos tanto a conversar.” (ABREU, 2006, p. 150).

Rawls pretende estabelecer um conceito de justiça “que generalize e leve a um nível mais alto de abstração a difundida teoria do contrato social, tal como se encontra em Locke, Rousseau e Kant.” (RAWLS, 1981, p. 33). Portanto, para o autor, a principal ideia da sua teoria da justiça é a de que “os princípios de justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do acordo original.” A este acordo prévio realizado pelos indivíduos sobre as escolhas que irão regular toda a sociedade mediante entendimentos e cooperação social, Rawls denomina de “justiça como equidade”.

Desse modo, a ação conjunta dos indivíduos direcionada para a “escolha dos princípios que determinam os direitos e deveres e estabelecem a divisão dos benefícios sociais” já estaria resolvida com uma escolha antecipadamente feita, numa aproximação formal das teorias dos contratualistas por ele nominados.

Rawls esteve atento às críticas que a sua “teoria da justiça” experimentou ao longo das décadas posteriores à sua publicação. Tanto assim que cuidou de minudenciar os pontos que sempre estiveram à frente das observações mais agudas dos seus críticos.

Nesse sentido publicou, no início da década de 1990, a obra *Justiça e Democracia* que aglutinou uma série de artigos e conferências proferidas

posteriormente à *Teoria da Justiça* (1971), exatamente com o intuito de aclarar suas concepções sobre o tema e tentar responder as críticas a ela endereçadas, principalmente sobre a ideia de que uma “sociedade bem ordenada” seria irreal.

Especialmente para essa observação crítica, Rawls inicialmente declara que uma sociedade bem ordenada, do ponto de vista da sua estabilidade, estaria assentada numa “doutrina filosófica abrangente”, sobre a qual os seus cidadãos pudessem aderir segundo o princípio da utilidade. (RAWLS, 2000).

Conforme Rawls, o pluralismo das sociedades contemporâneas forçaria a convivência de todos os cidadãos sob a unidade de um regime democrático constitucional. Em suas palavras:

Uma sociedade democrática moderna se caracteriza por uma pluralidade de doutrinas abrangentes, religiosas, filosóficas e morais. Nenhuma dessas doutrinas é adotada pelos cidadãos em seu conjunto. E não se deve esperar que isso aconteça num futuro previsível. O liberalismo político pressupõe que, por razões políticas, uma pluralidade de doutrinas abrangentes incompatíveis entre si é o resultado normal do exercício pelos cidadãos de sua razão no seio das instituições livres de um regime democrático constitucional. Ele pressupõe igualmente que existe pelo menos uma doutrina abrangente razoável que não rejeita os elementos essenciais de um regime democrático. (RAWLS, 2000).

Esse é o ponto, segundo Rawls, em que a sua *Teoria da Justiça* se apresenta “irrealista”, ou seja, que no pluralismo contemporâneo seria inconcebível “uma sociedade bem ordenada e governada pela teoria da justiça como equidade” no sentido proposto naquela obra, isto é, sob a forma de uma doutrina filosófica realmente abrangente. (RAWLS, 2000).

É por isso que, ao rever essa concepção duas décadas mais tarde, John Rawls conclui que aquela “estabilidade” social sobre a qual se falou antes somente seria possível a partir do pensamento de que a justiça como equidade não se mostra como sendo uma “doutrina filosófica abrangente”, mas como uma concepção política da justiça, distinta da preconizada pelo utilitarismo de Bentham e Stuart Mill (RAWLS, 2000).

A partir dessa conclusão é que a *Teoria da Justiça* parece ganhar força argumentativa, sob a ideia de que a escolha feita pela sociedade por uma concepção política de justiça seria a melhor maneira de se estruturar socialmente,

“como sua base e proveniente de uma superposição de doutrinas, em favor das instituições democráticas.” (RAWLS, 2000).

Examinada essa passagem específica da teoria da justiça de Rawls, vê-se que ele parte de uma estrutura básica em são que estabelecidas:

[...] certas liberdades básicas iguais para todos e garanta que as desigualdades sociais conduzam para a maior vantagem dos mais desfavorecidos, no âmbito de uma justa igualdade das oportunidades. (RAWLS, 2000, p. 8).

Fixada a estrutura básica, Rawls declina os dois princípios de justiça que norteiam a sua teoria: 1- o princípio da liberdade igual e 2- o princípio da igualdade equitativa de oportunidades.

O primeiro deles foi estabelecido assim: “Cada pessoa tem um direito igual ao sistema mais extenso de liberdades básicas iguais para todos que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos.” (RAWLS, 1981, p. 67).

O autor passa, então, a descrever em que consistem as liberdades constantes do primeiro princípio:

As liberdades básicas do cidadão são, de forma geral, a liberdade política (o direito de voto e a elegibilidade para cargos públicos) associada à liberdade de expressão e de reunião; a liberdade de consciência e de pensar; a liberdade pessoal associada ao direito à propriedade; e a liberdade de não ser preso arbitrariamente e de não ser retido fora das situações definidas pela lei. Estas liberdades são todas necessárias para que se possa atingir o princípio primeiro, pois todos os cidadãos de uma sociedade justa devem ter os mesmo direitos básicos. (RAWLS, 1981, p. 68).

O segundo princípio estabelecido pelo autor como fundamento de sua teoria é o seguinte:

As desigualdades sociais e econômicas são autorizadas, com a condição (a) de que estejam dando a maior vantagem ao mais desfavorecido e (b) de que estejam ligadas a posições e funções abertas para todos, nas condições de justa igualdade de oportunidades. (RAWLS, 1981, p. 67).

Como é intuitivo, o segundo princípio é mais complexo justamente por ser o mais aberto. Rawls explica, a seguir, em que consiste o segundo princípio da sua teoria:

O segundo princípio, numa primeira aproximação, se aplica à distribuição de renda e de bens, aplicando-se também aos propósitos de organizações que se utilizam de diferenças na autoridade e na responsabilidade ou na corrente de comando. Quanto à distribuição de bens e rendas, ela não deve ser necessariamente igualitária, deverá sempre ser de forma a dar a maior vantagem possível para todos, sendo que, ao mesmo tempo, as posições das autoridades e dos órgãos de comando devem ser acessíveis a todos. Pode-se aplicar o segundo princípio, mantendo-se as posições abertas e, então sujeitas a esse tipo de pressão, organizando-se as desigualdades sócio-econômicas para que sejam obtidas vantagens para todos. (RAWLS, 1981, p. 68).

O autor pondera que os princípios elaborados para a sua teoria da justiça encontram-se, necessariamente, numa ordem serial, ou seja, o primeiro deverá anteceder o segundo. Isto significa que:

[...] partindo-se das instituições de liberdade igualitária para a exigida pelo primeiro princípio, não poderão ser justificadas ou compensadas, através de maiores vantagens econômicas ou sociais. A distribuição de bens e renda, e as hierarquias de autoridade, devem ser consistentes tanto com as liberdades de cidadania igual quanto à igualdade de oportunidade. (RAWLS, 1981, p. 68).

Essas premissas principiológicas de Rawls foram concebidas de forma a estruturar a sociedade e, nesse contexto, “presidem a atribuição de direitos e deveres e regem vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social.” (NUNES JÚNIOR, 2006, p. 13).

Essa estrutura básica da sociedade é que desponta como objeto da teoria rawlsiana, como percebe Nunes Júnior, baseado na lição do autor, isto é, “a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.” (2006 apud RAWLS, 1981).

Rawls sustenta que a eficiência de tais princípios, principalmente a do segundo, está na configuração segundo a qual é eficiente o princípio na medida em

que “não se pode melhorar uma pessoa sem que, por outro lado, se prejudique outra.” (RAWLS, 1981, p. 72).

Em conclusão, Maffetone e Veca trazem a definição de Rawls para a ideia de justiça social a partir de uma correção da posição inicial dos homens em sociedade, partindo da constatação de que “as instituições da sociedade privilegiam certas situações de partida em relação a outras [...] Essas desigualdades são particularmente profundas.” (2005 apud RAWLS, 1981).

Além de profundas, sustenta Rawls, “influenciam as oportunidades iniciais que os homens têm na vida; por isso não podem ser justificadas por uma referência hipotética às noções de mérito ou de valor moral.” (2005 apud RAWLS, 1981).
Desse modo:

É a essas desigualdades, que provavelmente pertencem de modo inevitável à estrutura fundamental de toda a sociedade, que devem ser aplicados antes de tudo, os princípios de justiça social. Esses princípios regulam a escolha de uma constituição política e dos principais elementos dos sistemas econômico e social. A justiça de um esquema social depende essencialmente do modo como são repartidos os direitos e os deveres fundamentais, das oportunidades econômicas e das condições sociais nos vários setores da sociedade. (2005 apud RAWLS, 1981).

Daí por que Rawls abre um item específico em sua obra para tratar da justiça política e da constituição que, segundo o autor são uma só e integrada ideia:

Quero agora considerar a justiça política, isto é, a justiça da Constituição e esboçar o significado da liberdade igual para essa parte da estrutura básica⁵¹. A justiça política tem dois aspectos surgindo do fato que uma Constituição justa é um caso de imperfeita justiça processual. Primeiro, a Constituição tem de ser um justo procedimento satisfazendo os requisitos de liberdade igual; e, segundo, tem de ser formalizada de tal maneira que todos os ajustes viáveis, seja o único, mais provável que qualquer outro, a resultar num justo e efetivo sistema de legislação. (RAWLS, 1981, p. 177).

Parece que Rawls deixa claro, portanto, o fato de que somente uma justiça constitucional é capaz de reconduzir, ou melhor, recombina os fatores circunstanciais que se fizeram incidir sobre a posição original daqueles que se encontram em situações de desigualdade, corrigindo-os não de forma gratuita, mas de maneira que a justiça da Constituição se afirme sob os preâmbulos acima

⁵¹ Relembre-se que para Rawls a “estrutura básica” é o objeto da justiça social.

intuídos pelo autor e “à luz do que as circunstâncias permitirem” (RAWLS, 1981, p. 177). Igualmente se posiciona Müller quando sustenta que “[...] o direito constitucional deve normatizar o processo político.” (MÜLLER, 2011, p. 136).

3.8 A norma constitucional programática como uma das fontes orientadoras das políticas públicas e da atividade jurisdicional

Finalmente, para que se possa atingir uma fração do que se espera em termos de justiça social, é preciso fincar a premissa de que as políticas públicas podem e devem ser controladas judicialmente, acaso se verifiquem distorções ou omissões na tarefa de promover, por parte do Executivo ou do Legislativo, os direitos sociais ou de prestação.

Lembra Comparato, com fundamento na advertência de Ruy Barbosa, “[...] de que toda questão, considerada meramente política fora dos tribunais, assume necessariamente um caráter judiciário quando proposta como objeto de uma demanda” (2010 apud BARBOSA, 1933).

Em abono dessa tese, colham-se ainda as seguintes palavras de Comparato:

Esclarecida, assim, essa clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais, estabeleçamos, desde logo, que o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade do governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. (COMPARATO, 2010, p. 297).

Por outro lado, segundo declarou Hans Kelsen, o sentido de validade do ordenamento jurídico será sempre a norma hipotética fundamental na qual, em conformidade com a sua lição, “[...] acha-se, em última análise, o significado normativo de todas as situações de fato constituídas pelo ordenamento jurídico.” (KELSEN, 2003, p. 98).

Quando se tomam as políticas públicas como sendo as diretrizes normativas que, segundo Massa-Arzabe: “[...] se valem precipuamente de normas jurídicas para moldar e impulsionar a consecução dos objetivos estabelecidos” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67), então, pode-se entender que a Constituição é a sua primeira fonte

normativa, embora, como sustenta a autora, “[...] a pirâmide kelseniana não seja adequada para explicar a normatividade da política pública em seu conjunto.” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67).

É que as políticas públicas formam um todo complexo, justamente em razão dos vários elementos que as compõem. Esses elementos são de origem sociológica, econômica, financeira, política e jurídica. É natural, portanto, que a sua estrutura normativa seja distinta daquela estudada no primeiro capítulo deste trabalho.

É possível, por exemplo, que uma política pública surja de uma resolução ou mesmo de uma portaria administrativa, sem que isso possa causar a sua invalidade. Explica a professora Massa-Arzabe:

Enquanto as políticas anteriormente citadas são, por assim dizer, encabeçadas por leis, outras políticas são estruturadas a partir de atos normativos, portarias ou resoluções e, posteriormente, decretos e mesmo leis são editados como parte da estrutura política. Em outros termos, decretos ou leis podem estar subordinados à racionalidade de uma portaria ou de uma resolução, e esta peculiaridade da política pública, desde que respeitados os objetivos e limites constitucionais, deve ser acatada por ocasião de eventual controle jurisdicional da política. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 67-68).

Embora a hipótese possa realmente ocorrer, não significa dizer que os atos normativos mencionados sejam superiores às leis ou aos decretos. Não é isso.

Como o parâmetro de comparação é a Constituição e conhecendo a sua força normativa, todos os destinatários da norma constitucional podem se valer das prerrogativas que ela oferece para que a vontade constitucional seja concretizada.

Assim, mesmo quando o administrador público não tenha à sua disposição lei que institua ou regulamente determinada política de inclusão social, ele mesmo, se possuir competência funcional para tanto, poderá orientar ou mesmo disciplinar a forma como o atendimento da demanda social deva ser encaminhado, sem que isso fira o ordenamento jurídico, pois estará valendo-se de uma prerrogativa constitucional consoante ao sistema por ela proposto.

Lembra-nos Regina Ferrari, apoiada em Kelsen:

É o mesmo Kelsen que considera o Direito como uma ordem da conduta humana e, quando fala em ordem normativa, refere-se ao sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas as normas terem o

mesmo fundamento de validade, uma norma fundamental, na qual se deve estribar a validade de todas as demais pertencentes a esta mesma ordem. O mais importante a salientar é que a norma 'é a formulação imperativa do que deve acontecer, isto é, a norma possui sentido prático e diretivo, ainda quando expressando o que deve acontecer, tal fato talvez não se produza. (2001 apud KELSEN, 1974, P. 21).

Logo se depreende que, mesmo não havendo lei instituidora ou regulamentadora de determinada política pública, o gestor público com poder e sensibilidade para fazer valer a norma constitucional, pode editar o ato administrativo que falta para a sua concretização, isto é, a lógica do surgimento da política ou mesmo da ação pública é no sentido de que, para se atender um direito social, nem sempre o administrador precisa aguardar a edição de lei específica, podendo agir, inclusive, de ofício.

Caso isso não ocorra o Poder Judiciário está legitimado pela Constituição Federal a dar a interpretação consentânea à necessidade social. A jurisprudência está repleta de decisões em que, o ato de interpretar os comandos da Constituição viola diretamente o texto legal criando direito novo ou adaptando a lei à norma constitucional, conforme demonstram as seguintes ementas.

Sobre a utilização do FGTS para tratamento de saúde de familiar:

EMENTA. FGTS. LEVANTAMENTO, TRATAMENTO DE FAMILIAR PORTADOR DO VÍRUS HIV. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus HIV, ainda que tal moléstia não se encontre elencada no artigo 20, XI, da lei nº 8.036/90, pois não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante o preceito maior insculpido na Constituição Federal garantidor do direito à saúde, à vida e à dignidade humana e, levando-se em conta o caráter social do Fundo que é, justamente, assegurar ao trabalhador o atendimento de suas necessidades básicas e de seus familiares. 2. Recurso Especial desprovido. (REsp nº 249026/PR, j. em 23.5.2000, relator Min. José Delgado).

Sobre o direito de greve dos servidores públicos e do reconhecimento da união homoafetiva (ver nota de rodapé).⁵²

Nesse sentido, colha-se o exemplo do Ministério Público do Trabalho⁵³ ao buscar a implementação, com fundamento nas suas atribuições constitucionais, da

⁵² As transcrições na íntegra das ementas dos acórdãos do STF constam no Anexo deste trabalho.

⁵³ O Ministério Público do Trabalho, por meio da CONALIS (Coordenadoria Nacional da Liberdade Sindical), instituiu o Programa Nacional de Promoção da Representação dos Trabalhadores nas empresas com mais de

norma prevista no artigo 11 da Constituição Federal que estabelece a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados, em clara concretização de uma garantia constitucionalmente assegurada, veiculadora dos direitos de participação nos rumos diretivos das empresas. O dispositivo está assim redigido:

Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. (Constituição Federal, art. 11).

A norma constitucional é uma norma jurídica e como tal possui um conteúdo normativo. Por ser superior a todas as outras normas componentes do ordenamento jurídico, dentre outras funções, cabe a ela estabelecer o modo como as demais devem ser produzidas.

Assim, ao dispor que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, a Constituição contempla as iniciativas de ação governamental sem que para isso a lei regulamentadora necessariamente tenha de existir.

3.8.1 Sobre a normatividade, a operatividade e a efetividade constitucionais programáticas. “Modos argumentativos” da tarefa de concretização constitucional das políticas públicas

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e

200 empregados. O programa visa “[...] incrementar o entendimento direto entre empregados e empregadores a partir da eleição de um representante dos trabalhadores em todas as empresas com mais de 200 empregados. Trata-se de importante mecanismo para a autocomposição e a pacificação dos conflitos trabalhistas, com contribuições essenciais para a melhoria das condições sociais dos trabalhadores. O marco jurídico, segundo o projeto, é a Constituição brasileira de 1988, notadamente o seu artigo 11, que determina a eleição de um representante dos trabalhadores nas empresas com mais de duzentos empregados. Para a CONALIS, “[...] O dispositivo constitucional não vem sendo aplicado na prática. Salvo raras cláusulas de convenções ou acordos coletivos tratando da questão, as empresas em geral não possuem representantes eleitos para desempenhar a atribuição de veicular os interesses e as pretensões dos empregados. O comando é autoaplicável, uma vez que se encontra no título II da Constituição que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.”

reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung). (Konrad Hesse, A Força Normativa da Constituição – Die Normative Kraft der Verfassung, 1991, p. 19).

O texto de Konrad Hesse, do qual foi recortado o trecho acima enuncia, segundo a apresentação de Gilmar Mendes da obra do professor alemão, “a base de sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959, e se apresenta como um dos textos mais significativos do Direito Constitucional moderno [...]”

Hesse fala de uma “força ativa” da Constituição. Para o autor esta força é a reunião da “essência e da eficácia da Constituição, segundo a natureza das coisas que a impulsiona e conduz” (HESSE, 1991).

A natureza das coisas das quais a força normativa da Constituição se reveste se relaciona com os “elementos sociais, políticos e econômicos dominantes”, mas, sobretudo, do “estado espiritual” ao tempo da existência do próprio documento, isto é, a Constituição deve se imbuir do espírito pelo qual ela foi elaborada. Isto lhe assegurará, segundo as palavras de Hesse, “enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral” (HESSE, 1991, p. 20).

É de se notar que quando o autor alemão consagra o discurso constitucional adequado e justo por meio do apoio da consciência geral ele está, na verdade, conferindo legitimidade àquele discurso, situação muito próxima à preconizada por Habermas, em sua ação comunicativa.

Decorre daí que para que se reconheça a força normativa da Constituição, seus preceitos devem ser revelados na prática, por meio de uma concretização constitucional já demonstrada por Müller. É de se notar, então, que tudo o que está nela consagrado é resultado de um discurso elaborado e aceito *a priori* e, portanto, os seus aplicadores, ao reconhecer a legitimidade deste discurso, devem lhe conferir estrita observância sob pena de atuarem contra o ordenamento.

A normatividade constitucional agrega os sentidos formal e material da Constituição. Isso quer dizer que tudo o que nela está inserido possui conteúdo normativo, ou seja, como norma jurídica pressuposta do Estado, tudo o que nela se contém é obrigatório ou, como aduz André Rufino do Vale, ao tratar do modelo axiológico de Constituição como norma, com respeito às normas constitucionais, estas “[...] são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada.” (VALE, 2009, p. 23-24).

De pronto cumpre ressaltar que as normas programáticas conformam a grande parte dos direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição Federal, mas não se apresenta como a única forma de positivação desses direitos. Com efeito, aduz Vidal Serrano Nunes Júnior:

Assim, só se conhece o conteúdo e o alcance de uma disposição constitucional depois de sua adequada interpretação. Portanto, é perfeitamente cogitável que uma Constituição não faça uso exclusivamente de normas programáticas para a veiculação de direitos sociais, mas lance mão também de outras formas de positivação, em que estabeleçam novas formas de vinculação tanto do Poder Público como dos particulares envolvidos. (NUNES JR, 2009, p. 75).

É o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tratou desses direitos positivando-os também de outras maneiras ao contrário, por exemplo, da Lei Fundamental da Alemanha “[...] que se limita a uma única previsão programática, constante do seu art. 20, alínea ‘I’, que prescreve: A República Federal da Alemanha é um Estado Federal, democrático e social.” (2009 apud KRELL, 2002).

Assim, conforme lição de Nunes Júnior, a Constituição Federal de 1988 consagrou estratégias de positivação de maneiras diversificadas em seu texto. Segundo o autor, estas formas ou técnicas estariam assim disponibilizadas:

- 1- Positivação por meio de normas PROGRAMÁTICAS que se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas pelo poder Público;
- 2- Positivação por meio de normas atributivas de direitos públicos subjetivos;
- 3- Positivação por meio de normas consagradoras de garantias institucionais;
- 4- Positivação por meio de cláusulas limitativas do poder econômico;

5- Positivação por meios das ora denominadas normas projectivas, vale dizer, normas de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundantes da ordem econômica capitalista. (NUNES JR, 2009).

Pois bem. O conteúdo normativo ao qual se fez alusão no início deste ponto é o responsável pela interpretação adequada que se deve buscar ao tratar da aplicação e, sobretudo, da concretização da norma constitucional.

Segundo orienta Friedrich Müller, a normatividade é obtida por meio de um processo:

A tradicional fissura do conceito de constituição deriva da situação precária (*schiefelage*) do paradigma superado, do seu conceito inteiramente insuficiente de lei. Há mais de três décadas as investigações sobre a teoria do direito pós-positivista mostraram que a normatividade não é nenhuma qualidade (estática, dada, “substancial”) de textos de normas. Ela é um processo baseado no trabalho comprometido com o Estado de Direito e a democracia. Esse processo parte dos textos das normas (e dos casos jurídicos) e encontra neles os seus limites de modo a ser discutido mais além. (MÜLLER, 2011, p. 124-125).

Maria Helena Diniz, citada por Regina Ferrari, entende que a norma constitucional e, portanto, a sua normatividade é o próprio direito objetivo, pois se conforma em:

[...] autêntica sobrenorma, por não tratar, diretamente, do comportamento normado, mas do conteúdo ou da forma que as normas devem conter, apresentando princípios que servem de guias supremos ao exercício das competências dos órgãos. As normas constitucionais são preceito de controle de poder, constituindo diretivas ao órgão competente para, ao aplicá-las, criar outras normas que sejam com ela compatíveis [...] As normas constitucionais não são, como se vê, produtoras do direito, mas consistem no próprio direito objetivo, que brota de circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, axiológicas e sociais (fontes materiais de produção, que se completam com um ato volitivo do poder constituinte – fonte formal). (2001 apud DINIZ, 1992, p. 2-4).

Normatividade e imperatividade são “termos equivalentes”, como salienta Goffredo Telles Júnior. A normatividade é característica da norma jurídica e, conseqüentemente, da norma constitucional como uma de suas espécies.

Por normatividade, então, entenda-se o atributo da norma que lhe confere observância geral, revelando-se em conformidade com o direito.

Canotilho, ao considerar que a compreensão da norma constitucional passa pela apreensão de seus dois componentes, o “programa da norma” e o “domínio da norma”, e que deles deriva o sentido de normatividade constitucional, declara:

[...] normatividade não é uma ‘qualidade’ estática do texto da norma ou das normas mas o efeito global da norma num processo estrutural dinâmico entre o programa normativo e o sector normativo. Este processo produz, portanto, um efeito que se chama normativo, ou, para dizermos melhor, a normatividade é o efeito global da norma (com as duas componentes atrás referidas) num determinado processo de concretização. (CANOTILHO, 2003, p. 1.216).

As normas constitucionais possuem mais que imperatividade, possuem supremacia e, por isso, vinculam as demais normas do sistema que elas deverão conformar.

Daí por que não se pode aceitar o argumento dos que ainda insistem em dizer que a norma constitucional, por ser desprovida de sanção, não teria imperatividade.

Em contraposição à falta de imperatividade da norma constitucional, Ferrari sustenta:

É incorreto pensar que as normas que integram uma Constituição possam estar desprovidas de sanção; estas como todas as demais normas de um ordenamento jurídico realizam a típica dualidade – preceito e sanção – e se assim não fosse seria preciso admitir normas constitucionais não jurídicas, o que fugiria de toda a argumentação e convicção até aqui defendidas. (FERRARI, 2001, p. 79).

Como esclarece Paulo Bonavides ao lembrar Rui Barbosa, a normatividade é um problema do constitucionalismo contemporâneo. Para o autor:

Reconstruir o conceito jurídico de Constituição, inculcar a compreensão da Constituição como lei ou conjunto de leis, de sorte que tudo no texto constitucional tenha valor normativo, é a difícil tarefa que se depara à boa doutrina constitucional de nosso tempo [...] Sem esse reconhecimento, jamais será possível proclamar a natureza jurídica da Constituição, ocorrendo em consequência a quebra de sua unidade normativa. Não há numa Constituição, como disse o nosso Rui Barbosa⁵⁴, proposições ociosas, sem força cogente. (1996 apud BARBOSA, 1933, p. 489).

⁵⁴ Dizia Rui Barbosa: “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselho, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.”

Em conclusão, tem-se que não só toda norma constitucional possui força normativa, como o seu descumprimento terá como resposta a nulidade do ato praticado, aliás, nisso reside uma particular observação: a de que imperatividade não significa, necessariamente, poder de coerção, conforme orientam as lições de García Maynez e Agustín Gordillo, lembradas por Regina Ferrari:

[...] coercibilidade não significa, em nossa terminologia, existência de uma sanção. (...) Por coercibilidade entendemos a possibilidade de que a norma seja cumprida de forma espontânea, e inclusive contra a vontade do obrigado. (...) Esta possibilidade é independente da existência de sanção. (2001 apud GARCÍA MAYNEZ, 1953, p. 214).

[...] depois de ponderar o fato de alguns filósofos do Direito sustentarem que as disposições constitucionais não são normas jurídicas por carecerem de sanção, afirma que tal postura é inexata, pois que as sanções nem sempre são penas – privação da liberdade, da vida ou da propriedade, a título de castigo -, mas que podem consistir no estabelecimento de uma nova relação jurídica, na extinção de uma preexistente, ou na execução coativa do dever violado. Reconhece que em todos esses casos existe um *aliquid* de castigo, embora o mais importante não seja o castigo, mas a aplicação forçada do objeto do Direito, ou seja, o 'cumprimento ou a execução coativa do dever não cumprido. (2001 apud GORDILLO, 1990, p. 95-96).

As linhas introdutórias desenvolvidas para o esclarecimento da normatividade têm o poder de sustentar, em síntese, que também as normas ditas programáticas possuem a mesma força normativa que as demais normas constitucionais.

Aquelas são normas que informam os princípios pelos quais determinada sociedade haverá de buscar o seu desenvolvimento. Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides:

O recurso às normas programáticas, tendo em vista reconciliar o Estado e a Sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista, conforme sói acontecer no constitucionalismo social do século XX, deslocou por inteiro o eixo de rotação das Constituições nascidas durante a segunda fase do liberalismo, as quais entraram em crise. Uma crise que culminou com as incertezas e paroxismos da Constituição de Weimar, onde se fez, por via programática, conforme vimos, a primeira grande abertura para os direitos sociais. (BONAVIDES, 1996, p. 210).

Em decorrência desse giro metodológico, o segundo momento mais importante da norma constitucional programática é torná-la concreta, de modo “a passar da enunciação de princípios à disciplina (...) de direitos acionáveis, ou seja,

passar da esfera abstrata dos princípios à ordem concreta das normas.” (BONAVIDES, 1996, 207).

É de uma “programaticidade” jurídica e não política que nos fala Bonavides, já que a carga principiológica consagrada pela Constituição de 1988 faz com que também as normas programáticas tenham eficácia jurídica e vinculante.

Se existe uma “fragilidade” jurídica sobre a eficácia de tais normas, certamente isso ocorre em face de uma opção ideológica que não aquela prevista na Constituição, ou seja, a de fundar um Estado democrático baseado na cidadania plena. No mesmo sentido, concorre o pensamento de José Afonso da Silva, trazido por Cadermatori:

Segundo José Afonso da Silva, a questão concernente a estas normas torna-se relevante hoje, em razão de que elas traduzem uma clara tentativa de superação da democracia formal, tendendo a concretizar um regime de democracia substancial. Isto ocorre, na medida em que determinam a realização dos fins sociais do Estado via programas de intervenção na ordem econômica, tendo por escopo o bem comum e a justiça social. (2007 apud SILVA, 1999, p. 156).

Por possuírem alto grau de generalidade as normas programáticas “[...] assumem um caráter jurídico de princípio geral de ordem constitucional que, além de obrigar possuem eficácia interpretativa” (BONAVIDES, 1996, p. 221), de modo que, em conclusão e nesse sentido, pode-se afirmar que tais normas possuem aplicabilidade direta, imediata e vinculante, ao contrário do que defende uma parte da doutrina constitucionalista⁵⁵ e em consonância com o que estabelece o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Contudo, quando Canotilho afirma que os direitos fundamentais sociais nem sempre teriam aplicabilidade direta e automática, ele o faz em relação às normas constitucionais portuguesas. Para José Afonso da Silva, em lição trazida por Cadermatori, parece não haver correspondência para o constitucionalismo brasileiro porque as normas programáticas se realizariam na medida em que:

⁵⁵ Por todos, veja-se Canotilho para quem: “[...] esta ideia de aplicabilidade directa significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdade e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjectivos, concretos e definitivos.” (CANOTILHO, 2003, p. 438).

- a- O constitucionalismo que estes princípios estabelecem para a legislação subsequente torna, por ação, inconstitucionais todas as normas que os contrariem.
- b- Define uma ideia ou modelo de Estado e de sociedade, salientando a sua finalidade de realização do bem comum e da justiça social.
- c- Como princípios que são, assumem um caráter interpretativo e integrativo com relação às outras normas, estabelecendo o seu sentido teleológico no momento da sua aplicação.
- d- Serve como parâmetro da atividade discricionária, tanto da Administração Pública quanto do Poder Judiciário. (2007 apud SILVA, 1999, p. 164).

É do conjunto de tais prescrições, repise-se, que se pode afirmar que as normas programáticas possuem a mesma normatividade das demais, inclusive, com a mesma correspondência das normas definidoras de direitos fundamentais individuais ou, como sustenta Streck em raciocínio colhido por Cadermatori, “[...] o texto constitucional é/será aquilo que o processo de produção de sentido a ser elaborado pelo julgador estabelecer como o arbitrário juridicamente prevalecente.” (2007 apud STRECK, 1999).

Parece não haver, então, recusa à aplicabilidade imediata dos direitos sociais fundamentais veiculados em normas programáticas, porque todas as normas constitucionais devem ser tomadas por imperativas, resguardando-se as técnicas de ponderação de valores surgidas da eventual colisão entre eles, embora quanto a este aspecto seja prudente ressaltar que diante do seu critério axiológico a aplicabilidade se oriente nesse sentido e no da máxima efetividade.

Robert Alexy parece reforçar esta conclusão quando, ao tratar do problema da colisão de direitos fundamentais, examina a sua força vinculativa:

A todas as alternativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade. (ALEXY, 2011, p. 63).

Vista a normatividade da norma constitucional e, em especial, da norma programática, impõe aduzir que algumas destas não possuem densidade normativa idêntica.

Esse grau de densidade normativa é que irá conferir maior ou menor eficácia às normas constitucionais programáticas, mas o que não se pode perder de vista é que todas possuem “um mínimo eficaz”. Contudo, seguindo a linha do pensamento de Ingo Sarlet, Regina Ferrari ressalta:

[...] o mais importante no pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (...) é que, mesmo aceitando o critério da densidade normativa como fator decisivo, assume que este não é exclusivo, para a graduação da eficácia das normas constitucionais. (2001 apud SARLET, 1998, p. 226).

Regina Ferrari, em cuja tese de doutoramento⁵⁶ este ponto do trabalho se desenvolve, colhe na lição de Jorge Reinaldo Vanossi, o sentido de operatividade da norma constitucional. Para o constitucionalista argentino:

[...] todas as normas constitucionais, assim, como as normas jurídicas em geral podem ser classificadas segundo sua operatividade: normas operativas ou auto-aplicativas, que são de aplicação imediata e incondicionada e normas não operativas, que são de aplicação “diferida” por parte dos órgãos estatais, dado que pode haver retardo ou omissão em seu cumprimento, pela necessidade de serem complementadas por normas inferiores. (2001 apud VANOSSO, 1976).

A não operatividade da norma, contudo, não tem o condão de retirar-lhe a validade, mas condiciona sua vigência, segundo aponta Regina Ferrari (FERRARI, 2001, p. 116). A autora traz a lume a classificação dada por Vanossi para as normas de organização dispostas em uma constituição. Para este autor tais normas podem ser:

a- orgânicas (constitutivas ou funcionais) e b- programáticas, que podem cumprir duas funções: 1- as que dirigem-se aos poderes políticos do Estado, que são as normas diretivas, porque estabelecem ou indicam os objetivos imediatos da ação desses poderes, e 2- as que são dirigidas a intérpretes em geral e ao Poder Judiciário em particular, que são regras de interpretação ou verdadeiras normas interpretativas, pois que prescrevem os fins imediatos a que o Estado deve perseguir por meio de seus órgãos. (2001 apud VANOSSO, 1976).

⁵⁶ Normas constitucionais programáticas – Normatividade, operatividade e efetividade. Tese de doutoramento defendida em 27.6.2001 no Programa de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Regina Ferrari explica que Vanossi, ao tratar da operatividade, com efeito está-se referindo à “capacidade de aplicação das normas constitucionais”, isto é, em verdade, a operatividade para o autor argentino liga-se à aplicabilidade. (FERRARI, 2001, p. 118).

Nesse particular, muitas classificações foram elaboradas sobre a aplicabilidade das normas constitucionais. Classificações que, na maioria das vezes, apresentam conteúdo incompleto, já que os critérios utilizados sempre serão questionados por outras classificações. Desse modo, não se fará alusão a nenhuma delas. Contudo, para efeito de desenvolvimento da ideia, é necessário estabelecer como premissa que as normas constitucionais desfrutam de aplicabilidade (direta ou indireta). Outra coisa é estipular em que medida tais normas se apresentam efetivas no sentido de conferir direitos subjetivos.

Embora possa parecer óbvio, nem todas as normas programáticas encontram-se previstas nos capítulos I e II da Constituição Federal e, desse modo, nem todas irão gozar da mesma densidade normativa ou aplicabilidade imediata, diga-se de passagem.

Com efeito, diante do aspecto de sua eficácia social, “no momento em que surge a norma constitucional, seu conteúdo tem densidade suficiente para ser aplicado pelos órgãos do Poder Público.” (FERRARI, 2001, p. 125).

Quanto à eficácia jurídica, outro elemento da eficácia normativa, Ferrari vai buscar a lição de Meirelles Teixeira segundo a qual “[...] cumpre ao intérprete aplicador da Constituição procurar sempre dar aos dispositivos desta o máximo de efeitos possível.” (2001 apud TEIXEIRA, 1991). Sobre o assunto, Meirelles Teixeira apresenta, segundo informa Ferrari:

[...] sua concepção sobre o mínimo eficaz como consequência jurídica imediata das normas constitucionais de eficácia ou aplicabilidade limitada: a- a ordem para que o legislador legisle para o fim determinado; b- o condicionamento da legislação futura, pois todas as normas constitucionais, mesmo as de eficácia limitada, são condicionantes da legislação infraconstitucional; c- a revogação das leis anteriores incompatíveis, por inconstitucionalidade superveniente; d- eficácia interpretativa integradora; e- o condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário, pois que a força vinculante das normas constitucionais e, dentre elas, as que necessitam de complementação ou regulamentação, não se restringem apenas à atividade do Poder Legislativo; f- a criação de situações jurídicas subjetivas de vínculo ou de vantagem. Sendo que esse representa o ponto mais relevante e árduo do tema, pois sendo pouco

versado, faz com que esteja longe de posicionamentos firmes e soluções definitivas. (2001 apud TEIXEIRA, 1991, p. 332 et seq.)

Por isso, quanto ao segundo elemento configurador da norma constitucional programática, pode-se dizer que sua operatividade (aplicabilidade) nem sempre está condicionada à complementação integrativa do legislador, devendo ser aplicadas (as normas programáticas) “até onde possam”. Este também parece ser o pensamento de José Afonso da Silva, aludido por Ferrari, segundo o qual muitas dessas normas constitucionais “são quase de eficácia plena, interferindo o legislador ordinário tão só para o aperfeiçoamento de sua aplicabilidade.” (2001 apud SILVA, 1998, p. 122).

O último e certamente mais intrincado aspecto a ser analisado refere-se à efetividade da norma constitucional programática. Foi dito que todas as normas constitucionais e as programáticas, especialmente, possuem força normativa porque tudo o que está contido numa Constituição assim deve ser considerado.

Em segundo lugar, foi afirmado que as normas programáticas, em razão da sua normatividade, possuem também aplicabilidade (operatividade). Essa aplicabilidade pode variar conforme o grau de densidade normativa, e é certo que, por se constituir em normas-princípio, sob esta perspectiva, terão aplicabilidade direta e imediata.

Sua efetividade, que é a capacidade de gerar efeitos no mundo dos fatos, sua aptidão para incidir, contudo, deve ser buscada nos processos de:

[...] concretização legislativa e concretização judicial, e isso mesmo quando se admite que a jurisprudência transita no campo da regulação geral, pois esta revela-se, sempre, por meio de uma concretização aplicativa, isto é, de uma efetivação concreta e casuística, destituída da generalidade e da abstratividade próprias das deliberações legislativas de caráter geral. (2001 apud CANOTILHO, 1994).

Como veiculam programas e tarefas do Estado, “em decorrência da sua imperatividade, exigem a sua observância, o seu cumprimento, o que significa colocá-las em ação, torná-las efetivas, e isso também em relação ao legislador.” (FERRARI, 2001, p. 221).

Daí por que ao descumpri-las, ou melhor, ao não efetivá-las, os agentes públicos incorrem em desobediência à regra impositiva e, conseqüentemente, haveriam de ser responsabilizados pela omissão verificada, embora como foi visto, não exista sanção administrativa cabível para tal desídia.

Essa omissão deita raízes numa discricionariedade patológica que não coaduna com o Estado de Direito Constitucional, visto que deve ser combatida pelo ordenamento jurídico em atenção à supremacia da Constituição Federal. Ferrari aponta que a finalidade da norma programática na Alemanha já foi resolvida pelo Tribunal Constitucional, que delineou juridicamente o espaço de discricionariedade da atuação do legislador:

Na Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* enfrentou o problema da discricionariedade do legislador e decidiu, em 1951, que “a questão sobre a liberdade discricionária outorgada ao legislador, bem como os limites dessa liberdade, é uma questão jurídica suscetível de aferição judicial”. Gilmar Ferreira Mendes, comentando a decisão aqui anotada, afirma que a “(...) discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o poder de conformação dentro de limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Veda-se, porém, o excesso de poder, em qualquer de suas formas (*Verbot der Ermessensmissbrauchs; Verbot der Ermessensüberschreitung*). Por outro lado, o poder discricionário de legislar contempla, igualmente, o dever de legislar.” (2001 apud MENDES, 1990, p. 41).

Fica claro, portanto, que a omissão legislativa é uma anomalia porque viola o programa da norma constitucional que impõe tarefas a serem cumpridas pelo Estado, dentre elas, a de produzir a legislação regulamentadora da norma. A discricionariedade do legislador é mais ampla que a do administrador, “porque para o primeiro, o limite é a Constituição e, para o segundo, os limites são dados por esta e pela lei que regulamenta a matéria” (FERRARI, 2001), mas nem por isso a ele lhe é dado negar sujeição às normas programáticas, conforme leciona Pontes de Miranda em passagem citada por Marcelo Neves:

“A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.” Portanto, embora normas de eficácia limitada, na medida em que “sua aplicação plena (...) depende da emissão de uma normatividade futura”, elas estabelecem, no que concerne à sua eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, um dever para o legislador ordinário, condicionando negativamente a legislação futura, com a consequência de ser inválida por inconstitucionalidade qualquer lei que venha a contrapor-se-lhes. (1988 apud PONTES DE MIRANDA, 1946).

Por isso, para além da tarefa legislativa existem “as providências administrativas e operações materiais vinculadas à atuação da instância política.” (FERRARI, 2001, p. 186). Nesse ponto Ferrari indica outra característica da norma programática que é a sua destinação, isto é, para quem ela se dirige, reforçando a ideia de que por ser direcionada precipuamente aos órgãos públicos, estes não podem postergar o seu cumprimento ao talante exclusivo da conveniência e da oportunidade, “em virtude de uma dilação de tempo que ultrapasse o campo do razoável.” (FERRARI, 2001, p. 188).

É oportuno observar que somente dois anos se passaram desde a promulgação da Lei Fundamental da Alemanha, para que o Tribunal Constitucional se pronunciasse acerca dos limites da discricionariedade legislativa relativa à consecução da norma programática daquele país.

No Brasil, já se vai quase um quarto de século desde a promulgação da Constituição Federal sem que importantes tarefas do Estado brasileiro pudessem ter sido regulamentadas, exigindo que, em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal tivesse que se pronunciar sobre esses assuntos. Como exemplo, é possível citar a regulamentação do direito de greve para os servidores públicos, a união civil entre pessoas do mesmo sexo e o estabelecimento das quotas sociais no ensino público federal.

Nesse sentido, sobre a exigência constitucional imposta aos destinatários da norma programática, Ferrari observa:

[...] não é aceitável argumentar para o seu não cumprimento a falta de desenvolvimento socioeconômico. A obrigatoriedade da sua observância é imperativa, ainda quando o seu destinatário, originário e direto, seja o Poder Público e, com certeza, pelo menos os órgãos legislativos. (FERRARI, 2001, p. 188).

Contudo, cabe salientar que nem todas as normas programáticas prevêm uma “atuação positiva futura”. Algumas já contêm carga normativa suficiente para a sua imediata concreção, por possuírem caráter imediatamente preceptivo, como é o caso da norma do artigo 11 da Constituição Federal, cuja política pública subjacente está sendo posta em prática pelo Ministério Público.

Nesse aspecto, é importante sublinhar a lição de Crisafulli trazida por Ferrari em que há uma delimitação da concepção genérica sobre a norma programática:

[...] toda norma que sirva de fundamento a uma ou demais normas é, também, programática em uma acepção lata, pois que a adoção de um princípio geral implica assumir uma determinada linha de desenvolvimento da ordenação jurídica e que, por ser veiculado por norma constitucional, prevalece sobre as normas ordinárias, tendo também eficácia interpretativa, posto que ninguém pode contradizê-la. (2001 apud CRISAFULLI, 1952, p. 75).

Retornando à ideia de processo de concretização das normas programáticas, cumpre salientar o papel preponderante que desempenha o Judiciário quando se volta a esse fim. Nesse sentido, é necessário considerar que para que ocorra a concretização de que se fala, o conceito de direito subjetivo deve ser reavaliado, aliás, como destaca Ferrari apoiada na lição de Barroso:

[...] conceito que deve ser operativo para que, a partir do conteúdo de tais normas, se possa extrair a posição jurídica dos jurisdicionados, frente a direitos decorrentes, direta e imediatamente, do Texto Constitucional, bem como a mecanismos de tutela e garantia de observância de tais preceitos. Em algumas disposições, é possível perceber que investem os indivíduos, desde logo, tanto na posição de desfrute imediato de certos benefícios quanto na possibilidade de exigí-los quando lhes forem negados; outras, por sua vez, não trazem essa possibilidade. (2001 apud BARROSO, 1998, p. 227).

Já foi dito que os direitos fundamentais sociais estão concebidos sob uma dúplici dimensão: objetiva e subjetiva. Sob a forma de direitos subjetivos, operam na criação “do poder de ação destinado à satisfação de um interesse.” (FERRARI, 2001). Amparada na lição de Recaséns Siches, Ferrari aponta três formas de caracterização dos direitos subjetivos: a- como reverso de um dever jurídico; b- como pretensão a uma prestação e c- como poder de formação jurídica. (2001 apud RECASÉNS SICHES, 1973).

A segunda forma, especialmente, orienta que “a norma dará ao titular o poder de exigir de outrem o cumprimento do dever jurídico.” Neste caso, estará à disposição do titular “impor ou não a coação do Estado.” Assim, conforme a autora:

É nesse ponto que se localiza o problema referente à efetividade das normas constitucionais programáticas, isto é, saber se os preceitos jurídicos que estabelecem para o Estado o dever de realizar certas atividades configuram ou não um direito subjetivo. (FERRARI, 2001, p. 228).

Ferrari conclui ser possível, em certos casos, que as normas programáticas podem produzir direitos subjetivos em sua versão negativa, isto é, “[...] podem propiciar a possibilidade de exigir uma abstenção, ou seja, um não agir, agir apenas de certo modo, ou não agir de certo modo”, conclusão também vislumbrada por Meirelles Teixeira.

A partir dessas considerações, Ferrari estabelece o seguinte raciocínio:

Portanto, quando for possível a identificação e individualização do titular do direito e o correspondente dever de prestá-lo, saber-se-á que o titular encontra-se investido no poder jurídico de exigir prontamente, via Poder Judiciário, uma prestação, e que o sujeito passivo, uma vez determinado judicialmente, não poderá deixar de satisfazê-la. Não obstante, é preciso acrescentar, ainda, que se a norma cuidar de um simples programa, de uma ação futura, só haverá possibilidade do exercício de um direito subjetivo público negativo, no sentido de exigir que os órgãos dos Poderes Públicos não atuem de forma discordante com o determinado. (FERRARI, 2001, p. 240).

Nesse momento surge para o Judiciário a tarefa de reconhecer como juridicamente exigível a posição do titular de um direito público em face de uma norma programática, desde que seja possível identificá-lo na medida razoável da possibilidade de sua concretização, sem que isso signifique o reconhecimento de uma situação privilegiada, mas, ao contrário, reveladora do caráter fundamental do dispositivo constitucional.

Por oportuno, colha-se recente posição do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso da constitucionalidade, sobre a possibilidade de se exigir prestação positiva do Estado na consecução de políticas públicas originárias da norma constitucional programática:

E M E N T A: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA

SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.⁵⁷

⁵⁷ Prossegue nesses termos a redação do texto da ementa: A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa

Portanto, parece inquestionável a possibilidade de se buscar a intervenção jurisdicional quando existe lesão ao direito público subjetivo oriundo da norma constitucional programática, conforme ficou assentado no aresto acima colacionado.

Nesse sentido, é preciso fincar a premissa de que ao Judiciário é lícito apreciar a omissão do Estado na consecução de políticas públicas e mais, pronunciar-se positivamente acerca da efetivação da norma constitucional no caso concreto.

Não se trata, contudo, de interferência de uma instância de poder em outra, mas do reconhecimento, segundo declara Ferrari:

[...] de que a efetividade das normas constitucionais programáticas depende não só da atuação rápida e eficiente do Legislativo e da Administração, mas, principalmente, do Poder Judiciário, que necessita assumir um papel mais ativo no que diz respeito à concretização das normas constitucionais, libertando-se de certas noções arraigadas para atuar dentro do limite do razoável. (FERRARI, 2001, p. 240).

humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência. (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

A essa intervenção profícua do Judiciário em questões afetas à discricionariedade anômala (ou patológica) do Legislativo e do Executivo, denomina-se hermenêutica constitucional, que para Friedrich Müller deve ser entendida como “concretização da norma ao invés de interpretação do texto da norma.” (MÜLLER, 2010, p. 61).

Por outro lado, o que se denomina “ativismo judicial”, na verdade, é uma espécie de anomalia institucional, que se verifica principalmente nos sistemas constitucionais da família romano-germânica. Seu conceito é dado pelo professor Elival da Silva Ramos, vazado nos seguintes termos:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010, p. 129).

Portanto, quando o magistrado, ao declarar no âmbito do processo comum a vontade da constituição, notadamente, pelo exercício do controle difuso da constitucionalidade, para além de decidir o conflito de interesses estará realizando um dever-poder de índole constitucional.

O trabalho de interpretação constitucional que difere em gênero do ativismo judicial, como se disse, é um dever que integra a atividade jurisdicional. Por outro lado, tão anômalo quanto o ativismo é o passivismo judicial, duramente criticado por Ramos:

O positivismo liberal e sua atrofiada teorização hermenêutica, ao propugnarem a primazia absoluta do texto normativo sobre a atividade do intérprete-aplicador, reduzida à mera constatação e aplicação mecânica dos enunciados normativos, eliminaram qualquer possibilidade de ativismo judicial. Todavia, deram ensejo a fenômeno de gravidade equiparável, qual seja, o *passivismo judiciário*. (RAMOS, 2010, p.129).

Também é um truísmo que a atividade jurisdicional não pode desbordar da sua competência originária. Contudo, o que se apresenta como razoável é que o trabalho interpretativo dos juízes esteja sempre conformado à moldura do

ordenamento jurídico como um todo e não somente àquela preconizada pela lei em sentido estrito.

As balizas interpretativas estariam jungidas ao sistema jurídico-positivo, na maneira dada pela Constituição de conferir validade ou não ao que foi posto não só como pedido, mas, também, como causa de pedir no processo, o que usualmente ocorre no controle incidental de constitucionalidade.

O professor Elival Ramos entende que a atividade jurisdicional proativa relacionada ao trabalho interpretativo deve estar ligada, quando da análise da discricionariedade, à antiga doutrina das questões políticas (*political question doctrine*), mas pondera juntamente com Marçal Justen Filho que, “assim como não há ato inteiramente discricionário, não existem matérias totalmente políticas e, por isso, excluídas da apreciação judicial.” (2010 apud JUSTEN FILHO, 2005, p. 168). Na linha desse raciocínio, o autor apresenta a lição de Pontes de Miranda para quem:

Onde quer que haja poder discricionário há atividade política; nem por isso, saltando o órgão agente das lindas da sua competência, se veda ao Poder Judiciário o conhecimento da questão eminentemente jurídica, como lhe caberia conhecer de qualquer questão de devolução de competência. Toda discricionariedade é *interior*, é “dentro”; nesse *branco*, que as raias das atribuições concedem, é que o aspecto ou a dimensão é só concernente à *política*. O que é difícil (...) é que a questão política não possa, em certas circunstâncias, fundamentar pleito legal, apresentar aspecto, lado, caráter ou dimensão política; de modo que o princípio de não cognição do caso político deve ser entendido como se estivesse escrito: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de ação em juízo, ou por não serem suscetíveis de proporem como tais, ou porque não as encunhou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu.” Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica. (2010 apud PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 205-206).

Ainda segundo Ramos, ao Judiciário somente não seria dado intervir nas questões de governo. Para o autor, estas integram uma das funções constitucionalmente atribuídas ao Poder Executivo, quais sejam a chefia de Estado, a participação na função legislativa, a função administrativa e a função de governo.

Apenas a função de governo estaria livre, portanto, do controle judicial, segundo a opinião do autor referido. No sentido da lição de Regina Ferrari, se a

norma constitucional programática for daquelas que representem “um simples programa, de ação futura”,

[...] só haverá a possibilidade do exercício de um direito subjetivo público negativo, no sentido de exigir que órgãos dos Poderes Públicos não autem de forma discordante com o determinado. (FERRARI, 2001, p. 240).

É lícito, portanto, concluir que a atividade judicante proativa integra a vontade da Constituição, o que não significa a criação do direito de forma livre, desarrazoada, apenas motivada por questões de ordem moral. Não se trata disso. Seria o caso, então, de se proceder a uma interpretação criativa, mas obediente ao direito, segundo a irretorquível lição de Reale lembrada por Elival Ramos:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas sim dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, “não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro”, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence. (2010 apud REALE, 1975, v. 2, p. 387).

Esse parece ser o sentido da atuação jurisdicional proposto pelo paradigma pós-positivista, que passa a privilegiar o trabalho de interpretação dos juízes em detrimento da aplicação automática e neutra da lei, porque não se apresenta possível “[...] realizar a ciência do direito baseando-se apenas em um dos seus elementos.” (1999 apud COSSIO, 1954).

O normativismo puro se difundiu fortemente nos países da América Latina, que teria “[...] eliminado a procura do justo e o que sobrou foi um apanhado de normas técnico-formais, que, sob a aparência de rigor científico, reduzem o direito a uma superficialidade mesquinha.” (DALLARI, 2007, p. 87).

Crítico severo da postura excessivamente legalista de alguns juízes, Dallari aborda de forma contundente essa atitude:

Essa concepção do direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades

e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes. (DALLARI, 2007, p. 87).

Importa referir, ao final, que a atividade interpretativa é mecanismo imprescindível para a consecução dos preceitos que devem ser hauridos da norma constitucional, sobretudo, da norma programática. Essa atividade, contudo, deve acontecer em um ambiente rigorosamente constitucional para que não se desborde.

Contudo, é com a metódica estruturante de Müller que se pode supor um novo horizonte para a concretização dos direitos econômicos, culturais e sociais no Brasil. Em suas palavras:

O Brasil, um País de dimensões continentais, deveria ser, enquanto “portentoso laboratório do futuro”, para uma tal teoria do direito (que de resto foi aceita tanto pela Corte Constitucional Federal quanto pela corte constitucional espanhola, com uma série de concepções parciais nas suas respectivas jurisprudências) um terreno fértil: um campo de atuação para o caminho rumo a um novo paradigma que finalmente mereça esse nome. (MÜLLER, 2011, p. 13).

Pior que a neutralidade interpretativa é a interpretação arbitrária das normas jurídicas, que pode culminar num subjetivismo criticável desde a noção do Estado Constitucional de Direito, tendo como resultado “uma subjetividade ‘criadora’ de sentidos (afinal quem pode controlar a ‘vontade do intérprete’? - perguntariam os juristas) que acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas.” (STRECK, 2009, p. 317).

Ao se encerrar o presente capítulo, quanto apenas a um dos objetivos que esta parte do trabalho se propôs, se tem como confirmada a premissa de que tudo o que está inserido no documento constitucional possui força normativa, seja em face da sua imperatividade, seja em face da sua eficácia jurídica que propugna o reconhecimento imediato e automático da sua necessária aplicação.

CONCLUSÕES

Ao final deste trabalho dissertativo, pode-se chegar a algumas conclusões que, se não são as corretas, ao menos buscam enfatizar pontos de contato com os problemas levantados. Para efeito de organização das ideias, tais conclusões estão dispostas em aspectos relativos a cada um dos capítulos elaborados, naquilo que se julgou ser a essência de cada um deles.

Exceção se faz quanto ao capítulo dois, no qual o problema da implementação de políticas públicas possui desdobramentos relativos a cada um dos poderes públicos constituídos e às suas funções precípua, de modo que o conjunto das conclusões a ele atribuídas também indicará desdobramentos, conforme o tema tratado.

Por outro lado, há de se evidenciar o fato de que este trabalho não teve a pretensão de apontar soluções para os problemas complexos da realidade brasileira (nem poderia), contudo, procurou manter-se próximo das hipóteses que puderam ser levantadas, principalmente, à luz da doutrina e da jurisprudência consultadas.

Assim, tendo em vista as justificativas oferecidas como forma de esclarecer a metodologia empregada no encaminhamento das conclusões possíveis, cumpre vê-las mais de perto.

O primeiro capítulo procurou demonstrar a distinção entre o discurso jurídico e o discurso normativo, sob o referencial da linguagem do direito. Como categoria de linguagem que é o direito não pode prescindir das dinâmicas argumentativas que a ação comunicacional propõe para as ciências jurídicas como um todo.

Essas dinâmicas argumentativas são produto da evolução da linguagem como uma das formas de emancipação da sociedade. A linguagem é algo vivo que possui uma dinâmica própria para o seu desenvolvimento. Assim, especialmente no que se refere à linguagem do direito, ela se apresenta como fator de aprimoramento do discurso jurídico e do discurso normativo, embora se saiba que a distinção entre o discurso jurídico e o normativo não é a tradicionalmente aceita na teoria do direito, ou seja, para esta concepção, o discurso jurídico é o discurso normativo.

Para essa corrente, baseada na tradição formal do direito, o discurso normativo é uma das vertentes do discurso jurídico, porque não se pode pretender cuidar do problema da norma jurídica como categoria específica do discurso jurídico, isto é, desse ponto de vista o direito é a norma jurídica, objeto do seu estudo.

Tal concepção, como foi dito, é a mais aceita e, talvez por isso, ainda se mantenha forte. Pode-se atribuir este fato a uma escolha por vezes deliberada, da forma de se ensinar o direito nas escolas que se revela como produto de um positivismo dogmático que ainda vigora nas instituições de docência jurídica.

Portanto, em face da análise do discurso jurídico-normativo, conclui-se que:

1. Para uma nova leitura do direito, o discurso jurídico deve observar rigorosamente uma racionalidade argumentativa, capaz de fundamentar as decisões políticas sobre o conteúdo da norma jurídica. Essa racionalidade deve ser compreendida a partir de uma reflexividade que o discurso jurídico deve conter, isto é, a sociedade, além de estar preparada para receber e cumprir o comando normativo, deve, antes, aceitá-lo porque tomou parte na sua elaboração e sobre ele consentiu. (Habermas).
2. A lógica do argumento que funda o discurso jurídico deve estar pautada em valores e princípios universais previamente escolhidos pela sociedade. No caso dos Estados Democráticos, a pauta de valores eleita é a Constituição, porque consubstancia os universais pragmáticos ali inseridos num dado momento histórico, que podem ser aprimorados conforme se revelem as necessidades da dinâmica social.
3. A ideologia contida no discurso jurídico é a que se origina da Constituição e não a que os grupos políticos majoritários querem que prevaleça como fundamento das suas ideias partidárias. Na contemporaneidade, se a solidariedade não pode ser imposta, mas, ao contrário, deve ser esperada, a realização da justiça se constitui em meta a se alcançar.
4. Da mesma forma que a ideologia política deve ser contida no discurso jurídico, a ideologia jurídica para este discurso também deve ser balizada. O referencial para a linguagem do direito também são as normas constitucionais. Neste aspecto, a jurisprudência quando se firma em precedentes deve fazê-lo nos mesmos universais pragmáticos eleitos aprioristicamente para o discurso político.

5. Interpretar a norma jurídica é ressignificar o sentido reflexivo da linguagem jurídica. Neste sentido, o ato de interpretar a norma jurídica, sobretudo a norma constitucional se faz ante o reconhecimento da existência do programa normativo e do domínio normativo, de modo a concretizá-la (Müller). Daí por que não se pode abandonar o normativismo em favor de um decisionismo interpretativista. Por outro lado, não se pode esquecer, contudo, que “o ato interpretativo é um ato de jurisdição constitucional”, segundo declara Streck (2004) que com isso quer dizer que toda norma jurídica deve ser interpretada à luz da Constituição. Diante desse contexto, não mais se sustenta a máxima latina: *in claris cessat interpretatio*.

No sentido da norma constitucional programática como recorte epistemológico orientador da atuação do operador do direito, o segundo capítulo evidencia os conceitos e conteúdos da boa governança e das políticas públicas como sendo os novos aspectos da eficiência administrativa.

Por eficiência entenda-se a reformulação do conceito de discricionariedade e o reordenamento da ação administrativa comprometida com a concretização do programa constitucional de direitos sociais.

Feita a escolha política, cujos balizamentos haverão de se dar sob a perspectiva dialógica, abrem-se para o Estado Social novas perspectivas rumo ao aprimoramento da inclusão social e da redução dos índices de desigualdade. Ora, se “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”⁵⁸, é forçoso concluir que o entrosamento entre as ações governamentais e o Texto Constitucional, além de conferir validade àquelas, orienta a atuação do agente público e o comportamento das instituições. Desse modo, pode-se concluir que:

6. Apesar da noção de crise existente em relação ao Estado Social, não se pode abdicar do seu progressivo e constante aprimoramento, sob pena de se comprometer o futuro das próximas gerações e da própria sociedade, pois não pode haver desenvolvimento sem inclusão social responsável.

7. Existem freios correccionais para os problemas da discricionariedade patológica e do contingenciamento financeiro das políticas sociais de inclusão. O controle judicial

⁵⁸ Constituição Federal, artigo 193.

é apenas um deles. O controle social pelos meios de comunicação livres, das redes sociais na internet, das entidades de promoção da igualdade, além do fortalecimento dos Tribunais de Contas dos Estados e da União, é mecanismo cuja importância parece suplantar o controle judicial que, como se sabe, só atuará quando for provocado.

8. A atuação concertada entre o Estado e a iniciativa privada pode gerar a receita necessária ao desenvolvimento das políticas públicas, por meio de parcerias com o empresariado, da redução da carga tributária para as instituições envolvidas no processo de implementação de tais políticas, do aumento do controle fiscal, da aplicação correta dos orçamentos, da redução das despesas públicas e do reconhecimento da importância do corpo técnico em apoio às decisões políticas.

9. O êxito da ação voltada para a execução das políticas sociais se verifica na elaboração dos estudos técnicos de dados de percepção social sobre os setores críticos da atuação dos poderes públicos. O planejamento de audiências públicas com representantes de parcela da comunidade envolvida aprimora a base sobre a qual aqueles estudos serão realizados e, conseqüentemente, contribui para o sucesso da empreitada. É o que se denomina “governança participativa”. Em todo caso, não se pode conceber política pública que não estabeleça previamente um programa de atividades, quais os atores que tomarão parte no seu desenvolvimento, quais as fontes e as estimativas dos recursos necessários, qual a meta a ser alcançada, a realização de avaliações periódicas dos resultados e o tempo previsto para a sua implementação integral.

Sobre a baixa responsividade do Poder Executivo e os problemas dela advindos, conclui-se:

10. Toda ação governamental deve estar previamente legitimada por um discurso que decorra do consenso público sobre a tomada da decisão política. Isso não significa a exclusão da discricionariedade administrativa, muito menos que toda a atividade administrativa deva estar calcada em audiências públicas. Apenas se estabelece que a consecução de um programa governamental consubstanciado em uma política pública, para se legitimar deve ser produto de uma atuação concertada entre o Estado e a sociedade e entre a Administração Pública e a população a ser atendida.

11. A noção de legalidade é ampla. Com efeito, para as condutas dos agentes públicos, cuida-se de uma supranormatividade que abarca princípios constitucionais expressos e implícitos, de maneira que a omissão ou o retardamento injustificável da atuação administrativa sejam considerados atos de improbidade administrativa.

12. A discricionariedade administrativa não é mais aquela intuída nos primórdios do direito administrativo. Ela passa a ganhar contornos cada vez mais restritos em face da premência dos problemas sociais brasileiros. Nesse sentido, o controle judicial das políticas públicas, desde que realizado exclusivamente como forma de determinar uma obrigação de fazer omitida ou adiada pelo Executivo, deve ser considerado numa vertente constitucionalista de interpretação do direito, sem que isso crie situação jurídica nova, ou seja, a atuação judicial deve limitar-se a verificar se existe ou não o contingenciamento alegado e, em caso da sua inexistência, determinar o imediato cumprimento daquela política pública, em atendimento ao comando constitucional.

13. O desvio de finalidade decorrente da descoordenação administrativa também deve ser combatido. Nesse ponto, a atuação prévia dos Tribunais de Contas, mediante análise técnica apurada sobre as condições em que determinadas obras ou programas deverão de ser realizados, não limita a atuação do administrador público, ao contrário, credencia tal atuação porque recebe a chancela do órgão de controle como obra ou programa sustentável ambiental e financeiramente.

Sobre a baixa operatividade do Poder Legislativo e os problemas dela advindos, conclui-se:

14. A existência de um “presidencialismo de coalizão” está ligada a uma baixa noção de representatividade popular. Poucos são os parlamentares que realmente acreditam estar a serviço de uma causa social. Este é, de fato, um problema cuja solução passa pelo aprimoramento do processo político e pela educação política brasileira. Entrementes, pode-se esperar com a ajuda de certos mecanismos pontuais para o controle da atuação legiferante uma diminuição da dependência para com o Executivo. Este controle há de ser feito internamente para que a independência do Poder Legislativo seja revigorada. Desse modo, a apuração de um mecanismo de filtragem mais rigoroso para os critérios de “relevância e urgência”

das medidas provisórias, apresenta-se como alternativa para o problema do trancamento da pauta legislativa.

15. O revigoreamento da lei delegada, instituto jurídico em absoluto desuso na atual quadra brasileira, é outro importante ponto a ser considerado, notadamente quando se tem a certeza de que “o exercício da função legislativa pelo governo é a marca consolidada e indelével da atual organização política dos Poderes.” (CASSEB, 2008, p. 337). O autor chega a essa conclusão baseado na ideia de Paulo Bonavides para quem “[...] ao contrair tantos e tão graves encargos, o Estado social fez inclinar para o Executivo o pêndulo da ordem política.” (2008 apud BONAVIDES, 1976, p. 35). Nesse sentido é possível concordar com Paulo Adib Casseb que, o melhor para o parlamento brasileiro seria a “substituição da medida provisória pela lei delegada.” (CASSEB, 2008).

16. Outro ponto a ser considerado é a atuação parlamentar temerária, ou seja, aquela em que o traço fisiológico é nítido e que muitos entendem “fazer parte da atuação política”, o que se mostra um absoluto equívoco. O parlamentar, assim como o administrador público, é um agente político e como tal possui deveres na condução do seu comportamento funcional. Poder-se-ia considerar de certa “improbidade política” a atuação parlamentar que desbordasse do sentido único do interesse público e pelo qual o mandato se justifica. Desse modo, a responsabilização política pela conduta ímproba do parlamentar, assim como está prevista para o administrador, poderia resgatar uma pequena parcela de austeridade perdida.

O terceiro capítulo tenta descortinar os elementos que integram o conteúdo da justiça e como esse princípio (valor) se relaciona com a norma constitucional programática veiculadora das políticas públicas de inclusão social.

Essa análise se mostra impossível sem que se faça um recorte histórico e filosófico sobre o conceito. Além disso, é perceptível a evolução do seu conteúdo ao longo do tempo, caracterizada pela junção de valores e dados que se agregam conforme se avalia o pensamento dos filósofos.

Assim, com base nas premissas levantadas sobre a racionalidade da justiça nas perspectivas formal e material, tem-se como correta a noção de que o bem

comum somente pode ser alcançado mediante a observância das normas de conduta válidas para todas as pessoas em determinado momento histórico.

Parece, portanto, acertada a ideia de que a partir do estabelecimento de um dado pacto social, as regras dele emanadas tornam-se o substrato tanto para a conservação da paz social como para o alcance de uma relativa felicidade que os latinos traduziram em “boa vida”.

Princípios como a liberdade e a igualdade sustentam a ideia de justiça. O direito, então, seria o comando pelo qual os homens organizados em sociedade buscam sua parcela de justiça individual ou em prol da coletividade à qual pertencem. A dimensão do direito, portanto, é a justiça.

Quando a justiça, concebida nos moldes de liberdade e igualdade para todos, não se concretiza, torna-se injustiça. Desigualdade social é, pois, um viés da justiça. Deste ponto em diante, torna-se evidente que, quando surge o Estado, e com ele as diferenças estamentais, muitos daqueles cidadãos que não pertencem a qualquer grupo reconhecido como influente haverão de permanecer à margem do desenvolvimento social.

Mais evidente ainda é a noção de que, se o Estado não é o principal responsável pelo resgate das situações de desigualdade, certamente é o maior deles. Desse modo, todos os órgãos que compõem a organização estatal possuem responsabilidade para com a inclusão social e podem, cada um a seu modo, promover a realização da justiça.

Dos poderes instituídos pelo Estado, o Judiciário começa a ser requisitado para a função de promoção da igualdade social. É de se notar, contudo, que o Estado social delegou ao Executivo essa tarefa primordial. Acontece que, quando as distorções sociais não conseguem ser resolvidas no âmbito da ação pública executiva, pelos mais diversos motivos, ressaí para o Judiciário uma tarefa para a qual os juízes não foram preparados, que é justamente a de corrigir desigualdades sociais. Lembre-se, entretanto, que a resolução da lide, caracterizada por uma pretensão resistida, é o desiderato da função judicante. Por outro lado, a aplicação correta da lei do mesmo modo se apresenta, tal como declara Cézar Fiúza para quem “lei injusta é lei mal interpretada” (FIÚZA, 2010, p. 13). Decorre daí que essa

tarefa interpretativa do direito, pelo Poder Judiciário, realmente pode contribuir para que se atenuem determinadas desigualdades.

Nesse sentido, concorda-se com a lição de Daniel Amorim Neves quando esclarece os desdobramentos do princípio da inafastabilidade da atuação jurisdicional para afirmar que “a missão de decidir com justiça não significa a permissão de julgamento por equidade, espécie de julgamento reservado a situações excepcionais”, com previsão no artigo 127 do Código de Processo Civil, para concluir acertadamente que a decisão proferida com justiça refere-se àquela cuja interpretação é “a mais justa diante de várias possíveis, ou, ainda, de aplicar a lei sempre levando-se em consideração os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.” (NEVES, 2012, p. 24).

Ora, passado quase um quarto de século da promulgação da Constituição Federal brasileira, o programa constitucional de erradicação da pobreza e da diminuição das desigualdades sociais e regionais ainda é apenas isso: um programa. Para que a Constituição seja efetivamente considerada como norma suprema do ordenamento, ela deve irradiar seus efeitos de forma eficaz. Nesse sentido, quando não se atinge ou, como no caso brasileiro, quando o patamar mínimo de sobrevivência individual está longe de ser alcançado, sobram frustração e indignação.

Desse modo, como fez a jurisdição constitucional em países europeus como a Alemanha, a Espanha e a Itália, o momento se apresenta ideal, do ponto de vista da reflexão doutrinária e jurisprudencial, de buscar a concretização dos direitos fundamentais sociais para a cidadania brasileira. Assim, pode-se concluir que:

17. A crise da justiça, de fato, é uma crise política, como sustenta Rawls.

18. Em momentos de crise sua superação parece estar ligada à reflexão inevitável sobre o papel da Constituição para o desenvolvimento da sociedade. Sob este influxo de cariz principiológica e ética, a proposta pós-positivista surge como uma forma de resgate do discurso jurídico contemporâneo.

19. A retomada da dialética na condução dos processos judiciais encontra nas teorias da argumentação o suposto necessário para afirmar a prevalência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas em que o Estado é uma das partes.

Nesse contexto, a supremacia das normas constitucionais para além de figura retórica cumpre o papel de inaugurar uma nova forma de resolução para antigos problemas até então aparentemente insolúveis.

20. Com Rawls é possível perceber que a resolução do problema da justiça realmente se faz com base na geração de oportunidades, que haverão de surgir por força da assunção de uma política constitucional capaz de “promover ajustes viáveis” tanto na legislação quanto na produção das decisões judiciais.

21. A concretização da norma constitucional programática é a consequência para uma política constitucional responsável e comprometida com a redução das desigualdades, uma vez que as prerrogativas da cidadania e da dignidade da pessoa humana advêm da força normativa da Constituição. Logo, é viável concluir que, mesmo diante da inexistência da lei regulamentadora de uma política pública, o juiz, fundamentado no arcabouço constitucional que também limita a sua atuação, pode corrigir a omissão governamental quando verificar a inviabilidade do argumento discricionário.

ANEXO. JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AO TEMA

EMENTA. Direito à Saúde - Reserva do Possível - “Escolhas Trágicas” - Omissões Inconstitucionais - Políticas Públicas - Princípio que Veda o Retrocesso Social (Transcrições) (v. Informativo 579) STA 175-AgR/CE*

RELATOR: MINISTRO PRESIDENTE

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no aparelho estatal, o seu precípua destinatário.

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

“ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam - enquanto direitos de segunda geração - com as liberdades positivas, reais ou

concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO), o Supremo Tribunal Federal:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um ‘facere’ (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘non facere’ ou ‘non praestare’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.”

(RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987,

Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Cabe referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, corretamente assinala:

“Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer.

.....

Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

.....

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na

ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

.....

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.” (grifei)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245/246, 2002, Renovar), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Não se ignora 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 alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004).

Cumprindo 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, dolosamente, 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.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde — que compreende todas as prerrogativas, individuais

ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

O caso ora em exame, Senhor Presidente, põe em evidência o altíssimo relevo jurídico-social que assume, em nosso ordenamento positivo, o direito à saúde, especialmente em face do mandamento inscrito no art. 196 da Constituição da República, que assim dispõe:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”
(grifei)

Na realidade, o cumprimento do dever político-constitucional consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representa fator, que, associado a um imperativo de solidariedade social, impõe-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa.

A impostergabilidade da efetivação desse dever constitucional desautoriza o acolhimento do pleito recursal que a instituição governamental interessada deduziu na presente causa.

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde - que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) - ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e

as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Mas, como precedentemente acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, como guardiã da superioridade da Constituição da República, impõe, aos seus Juízes, o compromisso de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde.

Cumprir não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Comentários à Constituição de 1988", vol. VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) - não pode convertê-la em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas — preventivas e de recuperação —, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República, tal como este Supremo Tribunal tem reiteradamente reconhecido:

"O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização

federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode convertê-la em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

EMENTA. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, 'caput', e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 393.175-AgR/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional.

É por tal razão, Senhor Presidente, que tenho proferido inúmeras decisões, nesta Suprema Corte, em plena harmonia com esse entendimento, sempre a fazer prevalecer, nos casos por mim julgados (RTJ 175/1212-1213, v.g.), o direito fundamental à vida, de que o direito à saúde representa um indissociável consectário, como o atestam os seguintes julgamentos de que fui Relator:

- RE 556.886/ES (adenocarcinoma de próstata)

- AI 457.544/RS (artrite reumatóide)
- AI 583.067/RS (cardiopatia isquêmica grave)
- RE 393.175-AgR/RS (esquizofrenia paranóide)
- RE 198.265/RS (fenilcetonúria)
- AI 570.455/RS (glaucoma crônico)
- AI 635.475/PR (hepatite “c”)
- AI 634.282/PR (hiperprolactinemia)
- RE 273.834-AgR/RS (HIV)
- RE 271.286-AgR/RS (HIV)
- RE 556.288/ES (insuficiência coronariana)
- AI 620.393/MG (leucemia mielóide crônica)
- AI 676.926/RJ (lipoparatireoidismo)
- AI 468.961/MG (lúpus eritematoso sistêmico)
- RE 568.073/RN (melanoma com acometimento cerebral)
- RE 523.725/ES (migatia mitocondrial)
- AI 547.758/RS (neoplasia maligna cerebral)
- AI 626.570/RS (neoplasia maligna cerebral)
- RE 557.548/MG (osteomielite crônica)
- AI 452.312/RS (paralisia cerebral)
- AI 645.736/RS (processo expansivo intracraniano)
- RE 248.304/RS (status marmóreo)
- AI 647.296/SC (transplante renal)
- RE 556.164/ES (transplante renal)
- RE 569.289/ES (transplante renal)

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais — que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Poder Constituinte e Poder Popular”, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) —, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito — como o direito à saúde — se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Cumprе assinalar que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que o Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa - como anteriormente já acentuado - fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Entendo, por isso mesmo, que se revela inacolhível a pretensão recursal deduzida pela entidade estatal interessada, notadamente em face da jurisprudência que se formou, no Supremo Tribunal Federal, sobre a questão ora em análise.

Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República.

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

A colmatação de omissões inconstitucionais, realizada em sede jurisdicional, notadamente quando emanada desta Corte Suprema, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2ª ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora).

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico, em lúcido magistério, por PIMENTA BUENO (“Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império”, p. 45, reedição do Ministério da Justiça, 1958) e reafirmada por eminentes autores contemporâneos em lições que acentuam o desvalor jurídico do comportamento estatal omissivo (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, p. 226, item n. 4, 3ª ed., 1998, Malheiros;

ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 217/218, 1986, Max Limonad; PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969”, tomo I/15-16, 2ª ed., 1970, RT, v.g.).

O desprestígio da Constituição — por inércia de órgãos meramente constituídos — representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitución”, p. 222, 1983, Ariel, Barcelona), coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita, como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta evidente da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“(…) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório - infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

- A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

DIREITO SUBJETIVO À LEGISLAÇÃO E DEVER CONSTITUCIONAL DE LEGISLAR: A NECESSÁRIA EXISTÊNCIA DO PERTINENTE NEXO DE CAUSALIDADE.

- O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir - simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional - a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. (...)” (RTJ 183/818-819, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de educação infantil (RTJ 199/1219-1220) e de saúde pública (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213), a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

O Supremo Tribunal Federal, em referidos julgamentos, colmatou a omissão governamental e conferiu real efetividade a direitos essenciais, dando-lhes concreção e, desse modo, viabilizando o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público.

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 40, 2002, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor, INGO W. SARLET, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, “in” Revista Público, p. 99, n. 12, 2001).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses — de todo inócua na espécie — em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 1998, Almedina, p. 320/321, item n. 3):

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma

vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (‘lei da segurança social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (grifei)

Bem por isso, o Tribunal Constitucional português (Acórdão nº 39/84), ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro VITAL MOREIRA, em douto voto de que extraio o seguinte fragmento (“Acórdãos do Tribunal Constitucional”, vol. 3/95-131, 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa):

“Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição.

.....

Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'." (grifei)

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a protecção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, sobretudo, Senhor Presidente, o magnífico voto proferido por Vossa Excelência, nego provimento ao recurso de agravo interposto pela União Federal. É o meu voto. * acórdão pendente de publicação.

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, instando a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legítima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador.

1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003.

2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 2.1. O tema da existência, ou não, de omissão legislativa quanto à definição das possibilidades, condições e limites para o exercício do direito de greve por servidores públicos civis já foi, por diversas vezes, apreciado pelo STF. Em todas as oportunidades, esta Corte firmou o entendimento de que o objeto do mandado de injunção cingir-se-ia à declaração da existência, ou não, de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. Precedentes: MI no 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello,

DJ 22.11.1996; MI no 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002; e MI no 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23.8.2002. 2.2. Em alguns precedentes (em especial, no voto do Min. Carlos Velloso, proferido no julgamento do MI no 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), aventou-se a possibilidade de aplicação aos servidores públicos civis da lei que disciplina os movimentos grevistas no âmbito do setor privado (Lei no 7.783/1989).

3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO. 3.1. A permanência da situação de não-regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis contribui para a ampliação da regularidade das instituições de um Estado democrático de Direito (CF, art. 1o). Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a ausência de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "lei da selva". 3.2. Apesar das modificações implementadas pela Emenda Constitucional no 19/1998 quanto à modificação da reserva legal de lei complementar para a de lei ordinária específica (CF, art. 37, VII), observa-se que o direito de greve dos servidores públicos civis continua sem receber tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. 3.3. Tendo em vista as imperiosas balizas jurídico-políticas que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, o STF não pode se abster de reconhecer que, assim como o controle judicial deve incidir sobre a atividade do legislador, é possível que a Corte Constitucional atue também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo. 3.4. A mora legislativa em questão já foi, por diversas vezes, declarada na ordem constitucional brasileira. Por esse motivo, a permanência dessa situação de ausência de regulamentação do direito de greve dos servidores públicos civis passa a invocar, para si, os riscos de consolidação de uma típica omissão judicial. 3.5. Na experiência do direito comparado (em especial, na Alemanha e na Itália), admite-se que o Poder Judiciário adote medidas normativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de poderes (CF, art. 2o).

4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI No 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. 4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às "atividades essenciais", é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo

texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).

4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais".

4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*).

5. O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DE EVENTUAIS DISSÍDIOS DE GREVE QUE ENVOLVAM SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DEVEM OBEDECER AO MODELO DE COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES APLICÁVEL AOS TRABALHADORES EM GERAL (CELETISTAS), NOS TERMOS DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI No 7.783/1989. A APLICAÇÃO COMPLEMENTAR DA LEI No 7.701/1988 VISA À JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS QUE ENVOLVAM OS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS NO CONTEXTO DO ATENDIMENTO DE ATIVIDADES RELACIONADAS A NECESSIDADES INADIÁVEIS DA COMUNIDADE QUE, SE NÃO ATENDIDAS, COLOQUEM "EM PERIGO IMINENTE A SOBREVIVÊNCIA, A SAÚDE OU A SEGURANÇA DA POPULAÇÃO" (LEI No 7.783/1989, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 11).

5.1. Pendência do julgamento de mérito da ADI no 3.395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, na qual se discute a competência constitucional para a apreciação das "ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" (CF, art. 114, I, na redação conferida pela EC no 45/2004).

5.2. Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional nos âmbitos federal, estadual e municipal, devem-se fixar também os parâmetros institucionais e constitucionais de definição de competência, provisória e ampliada, para a apreciação de dissídios de greve instaurados entre o Poder Público e os servidores públicos civis.

5.3. No plano procedimental, afigura-se recomendável aplicar ao caso concreto a disciplina da Lei no 7.701/1988 (que versa sobre especialização das turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos), no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

5.4. A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e

procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade.

6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.

6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de "serviços ou atividades essenciais" (Lei no 7.783/1989, arts. 9o a 11).

6.2. Nessa extensão do deferimento do mandado de injunção, aplicação da Lei no 7.701/1988, no que tange à competência para apreciar e julgar eventuais conflitos judiciais referentes à greve de servidores públicos que sejam suscitados até o momento de colmatação legislativa específica da lacuna ora declarada, nos termos do inciso VII do art. 37 da CF.

6.3. Até a devida disciplina legislativa, devem-se definir as situações provisórias de competência constitucional para a apreciação desses dissídios no contexto nacional, regional, estadual e municipal. Assim, nas condições acima especificadas, se a paralisação for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da justiça federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 2o, I, "a", da Lei no 7.701/1988). Ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da justiça federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais (aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). Para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação, a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (também por aplicação analógica do art. 6o da Lei no 7.701/1988). As greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

6.4. Considerados os parâmetros acima delineados, a par da competência para o dissídio de greve em si, no qual se discuta a abusividade, ou não, da greve, os referidos tribunais, nos âmbitos de sua jurisdição, serão competentes para decidir acerca do mérito do pagamento, ou não, dos dias de paralisação em consonância com a excepcionalidade de que esse juízo se reveste. Nesse contexto, nos termos do art. 7o da Lei no 7.783/1989, a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis, ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho (art. 7o da Lei no 7.783/1989, in fine).

6.5. Os tribunais mencionados também serão competentes para apreciar e julgar medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao exercício do direito de greve dos servidores públicos civis, tais como: i) aquelas nas quais se postule a preservação do objeto da querela judicial, qual seja, o

percentual mínimo de servidores públicos que deve continuar trabalhando durante o movimento paredista, ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação; ii) os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos eventualmente tomados por grevistas; e iii) as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve. 6.6. Em razão da evolução jurisprudencial sobre o tema da interpretação da omissão legislativa do direito de greve dos servidores públicos civis e em respeito aos ditames de segurança jurídica, fixa-se o prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional legisle sobre a matéria. 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis. (MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-02 PP-00207 RTJ VOL-00207-02 PP-00471)

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos

nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual.

RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares.

- A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

- Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.

DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família.

Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo,

esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina. (RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 26 (DJe nº 35 Divulgação 25/02/2010. Publicação 26/02/2010. Ementário nº 2391-1. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 26 dez. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção: ausência de regulamentação do direito no aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da Constituição da República. Mora legislativa: critério objetivo de sua verificação: procedência para declarar a mora e comunicar a decisão ao Congresso Nacional para que a supra (MI 695, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 1º-3-07, DJ de 20-4-07). A Constituição e o Supremo, Brasília, Supremo Tribunal Federal, 2009, 2ª edição.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337 AgR/SP – São Paulo. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 23.8.2011, publicado em 15.9.2011, DJe 177, Ement Vol-02587-01 pp-00125.

_____. Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das leis nºs 8.080, de 19 de novembro de 1990, e 8.869, de 27 de julho de 1993, e dá outras providências. Publicada no DOU de 16.1.2012. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-complementares-1#content>. Acesso em: 16.02.2012.

_____. Decreto-lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela lei nº 12.376/2010). Publicado no DOU de 9 de setembro de 1942. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/decretos-leis/1937-a1946#content>. Acesso em 19 jan. 2012.

_____. Lei nº 8.249 de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Publicada no DOU de 3.6.1992. In Legislação administrativa, São Paulo, Saraiva, 2010, 6ª edição.

_____. Lei nº 11.464 de 28 de março de 2007. Dá nova redação ao art. 2º da lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal. Publicada no DOU de 29.3.2007. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislaçãolegislação-1/leis-ordinarias/legislação-1/leis-ordinarias/2007#content>>. Acesso em 26 dez. 2011.

_____. Lei nº 12.506 de 11 de outubro de 2011. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. Publicada no DOU de 13.10.2011. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/legislação/legislação-1/leis-ordinarias#content>>. Acesso em 26 dez. 2011.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Imprensa, **Orçamento de 2012 prevê 165 bilhões em investimentos.** Disponível em: www2.planalto.gov.br/busca/search?SearchableText=orçamento. Acesso em: 14.02.2012.

_____. Ministério Público do Trabalho. Notificação Recomendatória nº 01/2011 – CONALIS. Disponível em: http://portal.mpt.gov.br/wps/portal/portal_do_mpt/areadeatuacao/liberdade_sindical/liberdadesindical Acesso em: 27.3.2012.

ABRANCHES, Sérgio Henrique. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In Dados – Revista Brasileira de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: IUPERJ, Vol. 1, 1988.

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? In: Revista de Informação Legislativa do Senado, v. 43, nº 172, p. 149-168, Brasília, out./dez. 2006.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo (Org/Trad.) Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, 3ª edição.

AQUINO, Macloys. Casa emplaca menos leis que paço. O Popular, Goiânia, 15 jan. 2012, ano 73, nº 21.197, p. 14.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: A ideia de justiça de Platão a Rawls. MAFFETONE, S; VECA, S. (Orgs.), tradução: Karina Jannini, revisão da tradução: Denise Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. Processo legislativo e orçamento público – Função de controle do parlamento – São Paulo, Saraiva, 2012.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Direito, justiça social e neoliberalismo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In:

Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 03.02.2012.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e NETTO, Sílvia Marina L. Batalha de Rodrigues. Filosofia jurídica e história do direito, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

BAVA, S. C. A renda do brasileiro. Le Monde Diplomatique Brasil, São Paulo, Dez. 2011, Ano 5, nº 53.

BELÉM, Bruno Moraes Faria Monteiro. A reserva do possível no conteúdo normativo dos direitos sociais e o constitucionalismo de cooperação, tese jurídica apresentada no 15º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública e 3º Congresso Sul Americano de Direito do Estado, 2011.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. Legitimidade da jurisdição constitucional, coleção ANPR (Associação Nacional dos Procuradores da República) de Direito e Democracia, São Paulo, Lumen Juris, 2009.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Linguagem jurídica, São Paulo, Saraiva, 2009, 4ª edição.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica, (Trad.) Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru, Edipro, 2008, 4ª edição.

_____. O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito – coleção elementos de direito, (Trad.) Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo, Ícone, 2006.

_____. A era dos direitos, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

_____. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant, São Paulo, (Trad.) Alfredo Fait, Mandarim, 2000, 2ª edição.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, São Paulo, Malheiros, 1996, 6ª edição.

BOTELHO, Marcos César. A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas, São Paulo, Saraiva, Série IDP, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, M.P.D. (Org.): Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 1-50.

_____. Direito administrativo e políticas públicas, São Paulo, Saraiva, 2006, 2ª edição.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional, São Paulo, Saraiva, 2007.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito, Curitiba, Juruá, 2007, 2ª edição.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. Má governança como estorvo à realização das promessas da modernidade, In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2010, p. 2044-2053.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, Coimbra, Almedina, 2003, 7ª edição.

_____. O direito constitucional como ciência de direção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”), In Direitos fundamentais sociais (Coord.) CANOTILHO, J.J.G.; CORREIA, M.O.G.; CORREIA, E.P.B., São Paulo, Saraiva, 2010.

CASSEB, Paulo Adib. Processo legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

CASTILHO, Ricardo. Justiça social e distributiva – desafios para concretizar direitos sociais, São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. Direitos humanos – Processo histórico – Evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo, São Paulo, Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen, São Paulo, Saraiva, 2001, 4ª edição.

COMPARATO, Fábio Konder. Rumo à justiça, São Paulo, Saraiva, 2010.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Uma deusa chamada justiça, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes, São Paulo, Saraiva, 2007, 3ª edição.

DANTAS, Miguel Calmon. Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade, São Paulo, Saraiva, 2009.

DECLARAÇÃO de justificativa do prêmio Nobel de economia de 2002. Folha de São Paulo, versão on line, de 26.11.2002 (Trad.) Marcelo Vaz. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult1063u226.shtml>. Acesso em 12.1.2012.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência, São Paulo, Saraiva, 1999, 3ª edição.

DUARTE, Écio Oto Ramos. Teoria do discurso e correção normativa do direito – Aproximação à metodologia discursiva do direito, São Paulo, Landy, 2003.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. Idéias, conhecimento e políticas públicas: um inventário sucinto das principais vertentes analíticas recentes. In: Rev. bras. Ci. Soc. [online]. 2003, vol. 18, n. 51, pp.21-30. ISSN 0102-6909.9. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092003000100004>>. Acesso em 28/12/2011.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas constitucionais programáticas – normatividade, operatividade e efetividade – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Direito, retórica e comunicação, São Paulo, Saraiva, 1997, 2ª edição.

FIÚZA, César. Direito civil – Curso completo, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, 14ª edição.

FONTES, André R. C. A fenomenologia do direito de Edith Stein, In Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro (UFRJ), v.3, n.1, p. 1-132, abr./set.2010. Disponível em:

http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/a_fenomenologia_do_direito_de_edith_stein.pdf. Acesso em 10.1.2012.

GONÇALVES, Alcindo. O conceito de governança, In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI, Fortaleza, 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/.../Alcindo%20Goncalves.pdf>. Acesso em 25.01.2012.

_____. Políticas públicas e a ciência política, In: BUCCI, M.P.D. (Org.). Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo, Saraiva, 2006, p. 75-96.

GRECO, Rogério, Curso de direito penal – Parte geral – Vol. 1, arts. 1º ao 120, Niterói, 2009, 11ª edição.

HABERMAS, Jürgen. Agir comunicativo e razão destrancendentalizada, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2001.

_____. Três modelos normativos de democracia, (Trad.) Gabriel Cohn e Álvaro de Vita, CEDEC, Revista Lua Nova, São Paulo, 1995, nº 36.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais de direito constitucional – textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho – Série IDP, São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. A força normativa da constituição – *Die Normative Kraft der Verfassung* – (Trad.) Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. Leviatã. In: A ideia de justiça de Platão a Rawls. MAFFETONE, S; VECA, S. (Orgs.), tradução: Karina Jannini, revisão da tradução: Denise Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

IPEA (Brasil). **Sistema de indicadores de percepção social (SIPS)**: Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br> Acesso em: 10.02.2012.

_____. **Presença do Estado no Brasil: federação, suas unidades e municipalidades**, (Org.) Milko Matijascic, Brasília, 2010, 2ª edição revista e ampliada. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br> Acesso em: 10.02.2012.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. Constitucionalismo em tempos de globalização (Trad.) MORAIS, J.L.B.; NASCIMENTO, V.R. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

KANT, Immanuel. Doutrina do direito (Trad.) Edson Bini, São Paulo, Ícone, 1993.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito – introdução à problemática científica do direito, (Trad.) J. Cretella JR e Agnes Cretella, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 3ª edição.

KOLM, Serge-Christophe. Teorias modernas da justiça (Trad.) CAMARGO, J.L.; BORGES, L.C., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. Corrupção – breves reflexões. In: (Re) Pensando o direito – Estudos em homenagem ao Prof. Cláudio de Cicco (Coord.) GONZAGA, A. A., GONÇALVES, A. B., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 69-71.

LAZZARINI, Álvaro. Magistratura: deontologia, função e poderes do juiz, In: Caderno de Doutrina e Jurisprudência da Ematra XV, v.1, n.4, jul/ago 2005. Disponível em http://www.bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/.../magistratura_deontologia.pdf?...1 Acesso em 10.01.2012.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde, In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) nº 6 – (Org.) STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., Livraria do Advogado, 2010.

LOCKE, John. Tratado sobre o governo. In: A ideia de justiça de Platão a Rawls. MAFFETONE, S; VECA, S. (Orgs.), tradução: Karina Jannini, revisão da tradução: Denise Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MAIA, Louisianne Paskalle Solano. Direitos fundamentais, efetividade e limitações orçamentárias: uma perspectiva pós-positivista. In: O novo constitucionalismo na era pós-positivista – homenagem a Paulo Bonavides – (Org.) MOURA, L. S. M., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 415-425.

MARCON, Fernanda Hilzendeger. A construção discursiva dos direitos fundamentais: uma análise a partir da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, João Pessoa, 2006, dissertação de mestrado do curso de pós-graduação da UFPAR. Disponível em: <<http://www.prgg.ufpb.br/portal/index.php/pos-graduacao/cursos-disponiveis/banco-de-teses>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M.P.D. (Org.). Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo, Saraiva, 2006, p. 51-74.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo, São Paulo, Saraiva, 2011.

MCCARTHY, Thomas. La teoria critica de Jürgen Habermas, Madri, Tecnos, 1980, 4ª edição.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro (Atualiz.) AZEVEDO, E. A.; ALEIXO, D. B.; BURLE FILHO, J. E., São Paulo, Malheiros, 1997, 22ª edição.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Direito administrativo, São Paulo, Malheiros, 2007, 17ª edição.

_____. Discricionariedade e controle jurisdicional, São Paulo, Malheiros, 2003, 2ª edição, 3ª tiragem.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de direito constitucional (IDP), São Paulo, Saraiva, 2007.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito, São Paulo, Saraiva, 2005, 2ª edição revista, 2ª tiragem.

MILANI, Carlos R. S. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias, In: Revista de Administração Pública da FGV-Abape, Rio de Janeiro, v. 42 (3), p. 551-579, Mai/Jun 2008.

MOISES, José Álvaro. O papel do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão. José Álvaro Moisés (Org.). Rio de Janeiro, Konrad Adenauer-Stiftung, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. Controle judicial das omissões da administração pública sob a perspectiva do neoconstitucionalismo. In: 20 anos da constituição brasileira (Coord.) MOREIRA, E. R.; PUGLIESI, M., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 324-343.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, 2ª Edição.

_____. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, Mestrado e Doutorado nº 6. STRECK, L. L.; BOLZAN DE MORAIS J. L. (Orgs.). Porto Alegre, livraria do Advogado Editora, 2010.

MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. A ideia de justiça de Platão a Rawls. MAFFETONE, S; VECA, S. (Orgs.), tradução: Karina Jannini, revisão da tradução: Denise Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito – Introdução à teoria e metódica estruturantes, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, 2ª edição.

_____. Metodologia do direito constitucional, (Trad.) Peter Naumann, São Paulo, Saraiva, 2011, 4ª edição.

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça, In Revista CEJ, v.1, n.3, set./dez. 1997. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/114/157>. Acesso em: 30.12.2012.

NASCIMENTO, Walter Vieira. A justiça, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único, São Paulo, Método, 2012, 4ª edição.

NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis, São Paulo, Saraiva, 1988.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. As modernas teorias da justiça. Ano 8, nº 99, Out. 2003. Disponível em: <http://www.jus.com.br/revista/texto/4386>. Acesso em 11.4.2012.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na constituição de 1988 – estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais, São Paulo, Verbatim, 2009.

OXFAM. Informativo nº 157, Deixados para trás pelo G20? – desigualdade e degradação ambiental ameaçam excluir os pobres dos benefícios do crescimento econômico. Disponível em: www.oxfam.org Acesso em: 09.02.2012.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas – Políticas públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, BUCCI, M. P.D. (Org.). São Paulo, Saraiva, 2006.

PLATÃO. A República. In: A ideia de justiça de Platão a Rawls. MAFFETONE, S; VECA, S. (Orgs.), tradução: Karina Jannini, revisão da tradução: Denise Agostinetti, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito (Trad.) Marlene Holzhausen, São Paulo, Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos – São Paulo, Saraiva, 2010.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça (Trad.) Vamireh Chacon, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.

_____. Justiça e democracia. Seleção, apresentação e glossário: Catherine Audard. Tradução: Irene A. Paternot, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

_____. O liberalismo político. Série Temas, Volume 73 – Filosofia e Política – São Paulo, Ática, 2000.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O Judiciário e a concretização dos direitos fundamentais sociais: jurisdição e políticas públicas, In: Constituição, sistemas sociais e hermenêutica – Anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS (Mestrado e Doutorado) nº 6 – (Org.) STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B., Livraria do Advogado, 2010.

RUA, Maria das Graças. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. Disponível em:

http://vsites.unb.br/ceam/webceam/nucleos/omni/observa/downloads/pol_publicas.PDF. Acesso em: 06.02.2012.

SALEME, Roseliane. Pragmática. Disponível em <http://www.infoescola.com/?s=pragm%C3%A1tica>. Acesso em: 26 dez. 2011.

SANTAELLA, Lúcia. O que é semiótica, São Paulo, Brasiliense, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição federal de 1988. In:

Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal (Coord.) Walber de Moura Agra, São Paulo, Saraiva, 2009.

SCHELP, Diogo. A obviedade de Mona Lisa, Revista Veja, São Paulo, ano 44, nº 48, nov. 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional, São Paulo, Malheiros, 1998, 15ª edição.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Teoria do direito, São Paulo, Saraiva, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do estado, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

SORATTO, Alexandre Nixon Raulino. Gerenciamento da responsividade de serviços: uma proposta para agilizar os efeitos da espera, Florianópolis, 2004, 128f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade federal de Santa Catarina (UFSC). Disponível em <<http://www.ngs.ufsc.br/?p=485>>. Acesso em 05.01.2012.

STRECK, Lenio Luiz. Nos vinte anos de constituição, entre verdade e consenso, o dilema contemporâneo: há respostas corretas em direito? In: Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal (Coord.) Walber de Moura Agra, São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. O fetiche da lei e a terceirização da cidadania. In: Senso Incomum – Revista Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br Acesso em: 09.04.2012.

VALE, André Rufino do. Estrutura das normas de direitos fundamentais – repensando a distinção entre regras, princípios e valores, São Paulo, Saraiva, Série IDP, 2009.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. O problema da constitucionalização simbólica. Disponível em: www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/../orlandovillasboas3.pdf. Acesso em: 22.3.2012.

WALZER, Michael. Esferas da justiça – uma defesa do pluralismo e da igualdade (Trad.) Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2003.

WHITE, Stephen K. Razão, justiça e modernidade – a obra recente de Jürgen Habermas (Trad.) Márcio Pugliesi, São Paulo, Ícone, 1995.