

**A Função Democrática das Políticas Públicas e o Papel de Reforço da
Cidadania do Controle do Poder Judiciário: Um Critério de
Jusfundamentalidade Para Implementação Judicial dos Direitos Sociais**

**The Democratic Function of Public Policies and The Role of Strengthening
Citizenship In The Control of The Judicial Power: A Judicial Criterion For
The Judicial Implementation of The Social Rights**

**La Función Democrática de Las Políticas Públicas y El Papel Del
Fortalecimiento de La Ciudadanía en El Control Del Poder Judicial: Un
Criterio Judicial Para La Aplicación Judicial de Los Derechos Sociales**

Emerson Affonso da Costa Mouraⁱ

Resumo: A definição de parâmetro para atuação do Poder Judiciário na implementação de direitos sociais excluídos das ações estatais é o tema posto em debate. Analisa-se em que medida a implementação destes direitos humanos-fundamentais competem às instâncias representativas mediante a deliberação democrática na alocação das prestações a serem realizados, mas que diante da falha na formação da agenda das políticas públicas em atendimento as prioridades e agendas constitucionais, o Poder Judiciário deve atuar não apenas em sua função contramajoritária garantindo as prestações às minorias excluídas, mas de reforço da cidadania e do próprio processo majoritário permitindo a ampliação da sua participação no debate público de formação da vontade estatal pela garantia das condições necessárias para exercício da sua autonomia pública.

Palavras-chave: Direitos sociais; políticas públicas; jurisdição constitucional; princípio democrático; jusfundamentalidade.

Abstract: The definition of a parameter for the Judiciary Power to implement social rights excluded from state actions is the subject of debate. It is analyzed to what extent the implementation of these fundamental human rights is the responsibility of representative bodies through democratic deliberation in the allocation of services to be performed, but that, given the failure to form the agenda of public policies in compliance with constitutional priorities and agendas, the The Judiciary must act not only in its countermajoritarian role, guaranteeing benefits to excluded minorities, but also in strengthening citizenship and the majority process itself, allowing the expansion of its

participation in the public debate of formation of the state will to guarantee the necessary conditions for the exercise of its public autonomy.

Key-words: Social rights; public policy; constitutional jurisdiction; democratic principle; justifiability.

Resumen: La definición de parámetro para actuación del Poder Judicial en la implementación de derechos sociales excluidos de las acciones estatales es el tema puesto en discusión. Se analiza en qué medida la aplicación de estos derechos humanos fundamentales competen a las instancias representativas mediante la deliberación democrática en la asignación de las prestaciones a realizar, pero que ante la falla en la formación de la agenda de las políticas públicas en atención a las prioridades y agendas constitucionales, el Poder Judicial debe actuar no solo en su función contramayoritaria garantizando las prestaciones a las minorías excluidas, pero de refuerzo de la ciudadanía y del propio proceso mayoritario permitiendo la ampliación de su participación en el debate público de formación de la voluntad estatal por la garantía de las condiciones necesarias para el ejercicio de su autonomía pública.

Palabras-clave: Derechos sociales; políticas públicas; jurisdicción constitucional; principio democrático; jufundamentalidad.

Introdução

A crescente judicialização das políticas públicas no Brasil nos últimos anos com a ampliação de uma postura ativista do Poder Judiciário tem levantado questões sobre a atuação das cortes constitucionais no que tange a questões de natureza política e o limite de sua atuação no que se refere à adjudicação de prestações e utilidades para a implementação dos direitos sociais pelos outros poderes públicos.

Em um país marcado por extremas desigualdades sociais reforçada nos últimos anos pela crise econômica e sanitária de natureza nacional e global, a realização da justiça social consagrada pela Constituição Federal de 1988 através da implementação pelas instâncias representativas de planos e ações governamentais capazes de garantir a fruição dos direitos sociais assume relevo ímpar.

A questão ultrapassa os limites da jurisdição constitucional, uma vez que envolve o próprio funcionamento das instituições estatais e mecanismos de próprio fortalecimento do sistema político, já que se a judicialização decorre do desenho institucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional da carta de outubro, o ativismo judicial tem origem nas próprias dificuldades do sistema político e os efeitos sociais perniciosos decorrentes.

Busca o presente trabalho tentar identificar dentre alguns parâmetros propostos pela literatura, algum capaz de auxiliar na atuação do Poder Judiciário, em especial, no exercício de sua jurisdição constitucional por via de controle concreto, na implementação de direitos sociais cujos titulares ou adjudicações foram excluídos das políticas públicas realizadas pelas instâncias democráticas.

Analisa-se em que medida a implementação destes direitos humanos-fundamentais competem às instâncias representativas mediante a deliberação democrática

na alocação das prestações a serem realizados e não propriamente ao Poder Judiciário, que dentro do desenho institucional embora tenha a atribuição de um papel contramajoritário, não é a instância adequada para oferecimento sem parâmetros de prestações à comunidade.

Estuda-se como as políticas públicas são os instrumentos adequados para a realização dos direitos sociais na medida em que fruto de um processo deliberativo majoritário permitem que sejam feitas as discussões pela própria sociedade política acerca do seu objeto e limites, mas que isto não importa necessariamente na compreensão que se trata de esfera decisória ilimitada, ao revés, que em um Estado Constitucional de Direito, há vinculações normativas.

Por fim, pretende-se verificar que diante da falha na formação da agenda das políticas públicas em atendimento as prioridades e agendas constitucionais, o Poder Judiciário deve atuar não apenas em sua função contramajoritária garantindo as prestações às minorias excluídas, mas de reforço da cidadania e do próprio processo majoritário permitindo a ampliação da sua participação no debate público de formação da vontade estatal.

A tutela jurídica dos direitos sociais pelo Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988 consagra no Brasil mais do que a ascensão de uma nova ordem jurídico-constitucional, mas em um país que já tinha experiência antidemocrática no Período Republicanoⁱⁱ, a superação de um regime militar instaurado com o golpe de 1964ⁱⁱⁱ que foi marcado pela supressão do princípio democrático e restrição dos direitos constitucionais, notabilizado pela grave e maciça violação dos direitos dos cidadãos^{iv}.

Note que tal transição não foi plenamente concluída – com a investigação dos fatos, o processamento e julgamento dos agentes, bem como, a reparação econômica e moral plena das vítimas e seus familiares – tendo ocorrido a superação do regime mediante o auto perdão e o esquecimento promovido pela Lei de Anistia, o que impactou diretamente na cultura de proteção dos direitos humanos-fundamentais.^v

Inegável, que em nossa história constitucional, embora desde a experiência de 1824 veiculou a proteção aos direitos fundamentais sempre fomos marcados por Constituições garantistas que tutelam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas^{vi} sem a previsão de deveres expressos pelo Estado, em especial, pela previsão de normas com alto grau de abstração e generalidade e, portanto, pouca concretude e adjudicabilidade.

Não se ignora, o esforço do constituinte de 1988 em promulgar um texto eminentemente dirigente voltada à promoção social^{vii} e tão pouco pela crescente preocupação doutrinária com a aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos^{viii}, que aliada à um ativismo das cortes judiciais, em especial, ao Supremo Tribunal Federal^{ix} tem resultado na ampliação da proteção dos direitos humanos-fundamentais.

Todavia, tal deslocamento do debate político da proteção dos direitos humanos-fundamentais das instâncias democrático-representativas para os órgãos jurisdicionais antes decorre de uma redução da deliberação propriamente dita política ao processo eletivo^x, a histórica e perniciosa influência econômica dos agentes políticos sobre o eleitor^{xi} e a captação dos agentes políticos por grupos de interesse^{xii} que produz efeitos na sua efetiva tutela.

O desinteresse dos atores políticos em atender questões de interesse social onde há um desacordo moral razoável na comunidade, de forma a evitar os desgastes promovidos pelo debate e os riscos da responsabilização política nas eleições, tornam o Poder Judiciário uma instância decisória política de questões polêmicas^{xiii} com todo inevitável desgaste que tem se visto nos últimos anos em relação à corte constitucional.

Igualmente, estreitar o debate da promoção dos direitos humanos-fundamentais às cortes constitucionais ignora não apenas o campo adequado da deliberação política majoritária pelos atores envolvidos, mas que há limites da norma constitucional^{xiv}, que em um modelo sem racionalização sistêmica dos precedentes judiciais e de questões de macro justiça abre espaço para excessos^{xv} e acaba conduzindo ao perigo do exercício de preferências políticas^{xvi}.

A proteção dos direitos humanos-fundamentais-sociais aponta para uma conquista política ao longo da história, que culminou paulatinamente no reconhecimento pelas declarações e pactos internacionais e a construção da tese da indivisibilidade dos direitos humanos^{xvii}, que não importava em plena eficácia imediata e absoluta de suas prestações, mas a sua exigibilidade sujeita a certos parâmetros.

Fundada no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, parte da literatura distingue os direitos civis e políticos dotados de autoaplicabilidade e, portanto, assegurados de forma imediata pelo Estado, dos direitos sociais que se sujeitam a realização progressiva pelos poderes públicos até o máximo dos recursos públicos que estivessem disponíveis^{xviii}.

Tal compreensão admite a impossibilidade de aplicabilidade integral dos direitos sociais em um curto período de tempo, diante de sua demanda por recursos econômicos em um contexto de escassez e escolhas dramáticas, que imporiam a adoção de medidas

econômicas e técnicas, isoladas ou em conjunto pelo Estado e a comunidade em cooperação internacional de forma graduada.

Inevitável a crítica, que a restrição da eficácia dos direitos sociais, vistos como fundamentais, à intermediação dos poderes públicos pode resultar em nenhuma ou pouca efetividade^{xxix}, já que admitir que, por exemplo, a promoção do direito de saúde através de ações de medida de urgência se condicione a agenda de governo é retornar ao período de pouca virtualidade jurídica dos direitos sociais^{xx}.

Porém, reconhecer que algumas normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais possuem a estrutura lógico-normativa de regras definindo direitos outras ordenam interesses com um caráter prospectivo^{xxi}, de modo que não gerem direitos a prestações para os seus titulares, produzem consequências desde o início de sua vigência^{xxii} parece igualmente limitar os direitos sociais para além de qualquer debate político sobre o tema.

Todos os direitos para alcançar a sua efetividade dependem da prática de prestações positivas e negativas pelos poderes públicos, em especial, os direitos humanos-fundamentais-sociais. Este dever estatal na concretização dos direitos sociais pode ser disposto em níveis de obrigações estatais, identificadas desde o dever de respeitar e proteger, até assegurar e promover o acesso aos bens sociais^{xxiii}.

Volve-se a questão de quem compete definir quais direitos devem ser implementados e em quais graus de concretização, já que em um Estado de Direito, que igualmente é, Estado Democrático, não parece que assume o Poder Judiciário papel outro que proteger o direito de minorias à margem do processo deliberativo majoritário, sem ignorar o campo legítimo de escolhas democráticas decididas no debate das instâncias representativas.

Por isso, talvez a tese que busca a afirmação dos direitos sociais através da redefinição de seu jus fundamentalidade^{xxiv} a saber a sua fundamentalidade apenas quanto o seu núcleo essencial, ou seja, as condições mínimas indispensáveis para uma existência humana digna^{xxv} possa contribuir na delimitação de uma interpretação do papel interativo entre as instâncias republicanas no que tange à tutela dos direitos humanos-fundamentais-sociais.

Isto porque, tal teoria parte da necessidade do equilíbrio entre liberdade e justiça, reconhecendo ser impossível promover os bens e interesses sociais em toda sua extensão e a necessidade de garantir a sua efetividade ao menos em profundidade na sua dimensão mínima^{xxvi}, o que pode permitir definir partilha na atuação entre a jurisdição constitucional e as instâncias democráticas como o poder Executivo no que tange a concretização dos direitos sociais.

Um vetor refere-se ao dever de maximização pelo Estado do conteúdo dos direitos sociais que integra o mínimo existencial, impondo a sua realização na dimensão máxima através da promoção de prestações negativas e positivas, insuscetíveis de restrições pelos poderes públicos e plenamente garantidos pela jurisdição^{xxvii}. Sob tal viés, assume o Poder Judiciário, o papel de proteção da minoria sobre qualquer alocação dada no âmbito do processo majoritário.

Outro diz respeito ao dever de *otimização* no que excede este conjunto básico, que deve ser tido por exercício da cidadania reivindicatória, uma vez que, sua alocação é definida no âmbito da deliberação política e formação da agenda e concretizada por via de política pública realizada pelas instâncias democráticas com controle pelo Poder Judiciário reconhecendo os espaços legítimos de tomada de decisão das outras instâncias republicanas.

O tema será visto a seguir.

A promoção dos direitos sociais pelas políticas públicas e o controle judicial

A discussão da concretização dos direitos sociais não envolve apenas a dimensão normativa dos seus preceitos, mas ações materiais, que permitam adjudicações de prestações pelo Estado através de da articulação de programas de ação governamental que coordenam os meios colocados à disposição para a realização destes de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. As chamadas políticas públicas^{xxviii}.

Naturalmente o espaço decisório na formulação das ações governamentais, esteja precipuamente circunscrito a seara do jogo político, em razão não apenas do princípio democrático e da especialização funcional do princípio republicano explicitadas na reserva de administração veiculada pela Constituição, mas da necessária compreensão que os agentes políticos eletivos se sujeitam à responsividade da tomada de ação política dos seus governos.

Todavia, isto não significa admitir que políticas públicas são ações voltados à campos ou juízos estritamente políticos – ainda que no campo da conformação legislativa ou discricionariedade administrativa – posto que isto seria reconhecer inexistência de juridicização da política, que é o elemento central da ascensão na modernidade dos Estados de Direito e pauta constante de debate sobre seus limites na contemporaneidade.

Há fins esperados e exigíveis das políticas públicas, exteriorizado nos bens e interesses tutelados pela Constituição resultantes das escolhas políticas da sociedade na constituinte, inclusive, com o estabelecimento de prioridades e a definição de matérias e dispêndio de recursos públicos, que vinculam os poderes públicos no planejamento construindo no espaço da decisão política limites objetivos invioláveis^{xxix}.

Assim há, um núcleo intangível para deliberação política dentro das políticas públicas, que corresponde aos *objetivos e fins* coincidentes com a diretiva política traçada pela Constituição e escolhida pelo processo majoritário e um campo adstrito a atividade política, que abrange *como serão alcançadas* essas diretrizes constitucionais na tomada de decisão pelo governo^{xxx}.

Tal vinculação não se limita à alocação de recursos na programação financeira da política pública – em razão da previsão constitucional da alocação de recursos mínimos para determinados direitos – mas igualmente abrange o planejamento no atendimento aos planos e ações definidos na Constituição – como ocorre com saúde ou educação – ou ainda que não expresse que se demonstre necessários à realização do direito social – como na moradia.

Talvez por isto seja inadequado entender no ciclo tradicional das políticas públicas, que a vinculação da ação política ao Direito ocorra apenas em algumas fases, pois os limites jurídicos das ações governamentais são acima de tudo a juridicização da própria política, que não abrange ignorar os espaços de deliberação majoritária, mas compreender seu estreitamento em atendimento à decisões alocativas já promovidas na formação política da Constituição.

Assim, o planejamento e implementação das políticas públicas deve ocorrer mediante ações, programas e projetos *adequados* ao atendimento das prioridades - expressa nos objetivos e fins socialmente almejados - e às vinculações - estatuída na alocação e execução dos recursos públicos - traçados pela ordem jurídico-constitucional, de modo a garantir uma persecução dos fins e interesses socialmente almejados, politicamente definidos e juridicamente vinculados^{xxxii}.

Isto não é ignorar, que as políticas públicas são os instrumentos políticos e adequados de efetivação dos direitos sociais, mas que em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, há limites nos espaços decisórios decorrentes da própria deliberação política-jurídica permanente, que condicionam a manifestação dos poderes constituídos no âmbito da deliberação majoritária que é limitada temporalmente e condicionada àquela.

Todavia, não se podem ignorar os dados trazidos pela realidade. A gestão pública é marcada por uma estrutura deficitária, desperdício de recursos, desvios de verbas e ineficiência dos agentes estatais, que resultam na precariedade dos serviços prestados na promoção dos direitos sociais, que tornam necessária a definição de controle jurídico das políticas públicas^{xxxiii}, inclusive, como forma pedagógica de conformação da ação estatal à ordem constitucional.

O controle político dos programas de ação governamental realizado pelo Poder Legislativo no seu âmbito administrativo-financeiro, embora dotado de instrumentos jurídicos eficientes para fiscalização^{xxxiii} têm se demonstrado incapaz de atribuir plenamente a responsabilidade aos agentes públicos e, principalmente, garantir a correção das políticas públicas no que tange à realização dos direitos sociais^{xxxiv}.

Em um contexto, onde se verifica uma redução do processo democrático às deliberações majoritárias, a gestão e controle das políticas públicas no âmbito da esfera política são marcadas por *corrupção*, *ineficiência* e *clientelismo*, que geram o atendimento precário dos direitos sociais, o que acaba conduzindo o deslocamento do controle das ações governamentais para o âmbito do Poder Judiciário^{xxxv}.

Sob um ângulo encontra-se superada qualquer tese que considerava o Poder Judiciário sem competência para imiscuir sobre questões políticas e exercer o controle sobre a atuação dos agentes eleitos, por considerar os programas de ação governamental identificados apenas como atos de governo, reservadas suas responsabilidades à seara democrática do controle político^{xxxvi}.

Por outro prisma, todavia, em um cenário de crise das instâncias democráticas verifica-se certa dificuldade do controle judicial de políticas públicas, que seja capaz de garantir um papel realização dos valores e fins constitucionais que não viole o *checks and balances* do princípio da separação dos poderes e contribua com o processo democrático e com a cidadania reinvidicatória pela proteção dos direitos sociais.

O tema será estudado a seguir.

O fomento à cidadania pela proteção dos direitos sociais e do princípio democrático no controle das políticas públicas do Poder Judiciário.

Em um Estado Republicano Democrático de Direito, cabe a Constituição promover os bens e valores jurídicos – dentre os quais os direitos humanos-fundamentais – e garantir as condições necessárias ao processo democrático, mediante a proteção em um modelo representativo das condições procedimentais e da reserva do espaço próprio do pluralismo político, assegurando um ambiente para o adequado funcionamento da deliberação política^{xxxvii}.

Assim, na dialética entre *constitucionalismo* – na limitação do poder e proteção do indivíduo – e *democracia* – no exercício do poder e proteção da comunidade – compete se preservar poderes constituídos no exercício do princípio majoritário, mas sem permitir que disponham livremente dos valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social a título de exercício da democracia.^{xxxviii}

Esta tensão é apenas aparente e necessária, já que traduz não uma oposição, mas a conjugação de dois vetores necessários – a vontade deliberativa permanente e atual da comunidade – que consolidam a proteção e promoção tanto de bens e valores individuais quanto coletivos, que são capazes de atender o pluralismo político e jurídico característicos das sociedades contemporâneas.

Deve ser lida a Constituição Federal como a lei fundamental que veicula tais consensos mínimos políticos-jurídicos, que garante o funcionamento da autonomia pública e do regime democrático e ao mesmo a proteção do indivíduo em sua autonomia privada, de forma que o exercício do princípio majoritário e das decisões proferidas por maiorias políticas ocasionais não pode violar ou deixar de promover direitos fundamentais^{xxxix}.

Isto assume relevo, em especial, no que tange ao direito das minorias, já que as cortes constitucionais possuem tal função contramajoritária para proteger aqueles vencidos no processo deliberativo, na proteção de seus direitos fundamentais contra a decisão das maiorias, inclusive, porque tal exclusão política não raro decorrem da marginalização social e econômica, que os excluem ou limitam sua participação na prática democrática^{xl}.

No âmbito de uma democracia, já é tradicional o entendimento de que o processo majoritário deve abranger a deliberação pública que ocorre em um contexto de livre circulação de ideias e de informações, o que pressupõe o respeito e concretização de direitos fundamentais que permitam à igualdade de condições no debate democrático, racionalizando e legitimando as decisões políticas^{xli}.

A construção de um modelo cooperativo no contexto democrático compreende a concretização de direitos fundamentais capazes de garantir a liberdade de agir e o acesso igualitário de todos na realização de um projeto de vida pessoal – no exercício de suas autonomias privadas e manifestações do espírito – e na participação do processo de formação da vontade coletiva – no exercício de suas autonomias públicas e manifestações de cidadania.

Tem-se discutido amplamente sobre a importância do controle social democrático como forma de opinar, reivindicar, deliberar, negociar ou fiscalizar a ação pública o que pressupõe um papel da própria Constituição e dos seus intérpretes no fomento da cidadania^{xlii}, que ao nosso ver, perpassa pela concretização dos direitos sociais, já que sem mínimas condições de vida não é possível garantir uma participação individual efetiva e um ambiente plural deliberativo.

Por que razão, a concretização dos direitos sociais não abrangidos pela política pública é capaz de reforçar o princípio democrático, se envolver um núcleo essencial dos direitos fundamentais a ser concretizado pelo Poder Judiciário, permitindo preservar as

condições mínimas para uma existência humana digna, mas, também, de garantir os pressupostos materiais necessários para uma efetiva participação democrática.

Assim, não se restringe ao mínimo existencial, que envolve as condições fundamentais para uma vida com dignidade^{xliixliv} insuficiente para uma plena autonomia pública, mas envolve pressupostos essenciais para o funcionamento adequado do próprio sistema jurídico-democrático que constituem matriz irreduzível, indisponível e insuscetível de restrição pelos poderes públicos e controlados pela jurisdição.

Assim, abrange a adjudicação pelo Poder Judiciário das prestações materiais necessárias à fruição das liberdades – com a realização dos direitos individuais – e da igualdade – com a concretização dos direitos sociais – permitindo que o indivíduo possa exercer efetivamente sua autonomia na esfera privada e pública^{xlv} e tenha possibilidade de participar e cooperar de forma igualitária no processo político democrático^{xlvi}.

A rigor, este deve caber às instâncias democráticas na realização de políticas públicas, com ações capazes de oferecer as adjudicações necessárias – como o acesso à bens, equipamentos e serviços públicos – que permitam realizar os direitos fundamentais e tornar viável o próprio processo democrático deliberativo garantindo o fomento à cidadania e a autonomia individual.

Este campo de atuação normativa, reguladora e de fomento é de obrigação dos poderes constituídos democráticos^{xlvii}, pois a Constituição não deve ser utilizada como instrumento de modelagem de *todos* os espaços sociais, ignorando a área livre de conformação utilizada pelos agentes políticos para conduzir com a participação dos atores sociais as deliberações públicas na busca pela solução das demandas contemporâneas.^{xlviii}

No Estado Brasileiro marcado pela miséria e desigualdade social, capaz de excluir grande parcela da sociedade das condições mínimas para uma existência digna e a participação efetiva no processo democrático, a atuação do Poder Judiciário na concretização das políticas públicas permite garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais e a proteção dos valores constitucionais e democráticos.

Por um lado, não é desprestigiar a tutela dos direitos sociais, pois a delimitação dos direitos fundamentais, com o conteúdo que devem ter e a forma de distribuição entre grupos e indivíduos embora sujeitos a intenso desacordo, podem ser definidos a rigor^{xlix} no âmbito da democracia majoritária, porém, sem importar na supremacia da concepção da maioria desrespeitando o direito de autodeterminação da minoria democrática.

Por outro, não é interferir no governo e sua ação política, pois cabe as instâncias democráticas respeitar os direitos fundamentais e preservar *autonomia do indivíduo*, para desenvolver suas capacidades *morais* - de ter sua concepção de bem e de justiça – e as

faculdades de *razão* – de juízo e de pensamento¹, bem como, de exercê-la no ambiente público através da cidadania.

A realização dos direitos de cidadania não se esgota nas normas procedimentais constitucionais de participação no processo eletivo ou de manifestação representativa como referendo ou plebiscito, mas pressupõe a deliberação política realizada apenas por sujeitos autônomos e capazes de participar do processo democrático, por terem condições para exercerem tais autonomias privadas e públicas.

A compreensão das políticas públicas como ações estatais que concretizam mais do que direitos fundamentais, mas o próprio processo democrático, de transferência de poder estatal, apenas reforça o compromisso que as instituições republicanas devem ter na adjudicação das prestações e utilidades necessárias à plena realização dos direitos sociais e dentro do *checks and balances* do controle recíproco que deve ser feito para atendimento de tal mister.

Conclusão

A técnica da separação dos poderes do modelo de Estado Republicano contemporâneo com o epicentro em uma Constituição, atribui em razão da especialização funcional e independência orgânica ao Poder Legislativo e Executivo, funções cujo exercício, ocorre de forma preponderante, porém, sujeitos à interferência, que correspondem mais do que o *checks and balances*, exteriorizam a necessidade de plena interação e cooperação entre as instituições.

O pluralismo das sociedades contemporâneas demanda da ordem político-jurídica compromissos com a realização de bens e valores sociais tanto precedentes e permanentes – frutos da manifestação constituinte – quanto atuais e temporários – resultado dos processos democráticos – que se exteriorizam nas ações estatais dentre as quais se destacam as políticas públicas para este estudo.

As políticas públicas passam assumir uma nova dimensão institucional – que impõe a atuação conjunta das instâncias representativas e a contramajoritária – e material – de ampliação do papel de adjudicação de prestações para a realização dos direitos fundamentais, mas de instrumento de próprio funcionamento do sistema político e, em específico, do processo democrático, inclusive, no que tange a sua expansão e aperfeiçoamento.

Nos arranjos contemporâneos entre as instâncias e os limites de suas atuações considerando as falhas do próprio sistema democrático e as barreiras da ordem normativo-constitucional a definição de como o controle das políticas públicas deve ser realizado

pelo Poder Judiciário assume relevância para além das críticas usuais ao ativismo judicial e suposta ingerência violadora da separação dos poderes.

A definição de um critério de jusfundamentalidade para o controle judicial de políticas públicas – para além de um mínimo existencial como condições mínimas de dignidade, mas considerando prestações que garantam a autonomia privada, mas igualmente pública – permite garantir um papel contramajoritário de proteção dos direitos sociais, mas igualmente, de reforço ao princípio majoritário e o aperfeiçoamento da cidadania.

Aprofundar tais tensões institucionais a partir de arranjos teóricos jurídicos que permitam criar parâmetros para racionalizar as decisões judiciais sobre o tema, demonstra potencial para garantir limites à atuação do Poder Judiciário, reforçar o papel pedagógico na cultura dos direitos humanos para as instâncias democráticas e auxiliar no desenvolvimento da cidadania reivindicatória.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Apuntes Sobre La Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales in SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARRETCHE, Marta. *Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: A inclusão dos outsiders*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 33, n. 96.

ARRETCHE, Marta. *Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: A inclusão dos outsiders*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 33, n. 96.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

_____. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático in Revista de Direito do Estado*. Ano 1. n. 3. 2006.

_____. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008.

BARROS, Ricardo Paes, HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. *A Estabilidade Inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*. Rio de Janeiro: Ipea, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. 13 ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 564-565.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2011

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral*. Interesse Público. ano 9.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOFFMAN, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. *A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica*. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

LEAL, Rogério Gesta. *Os princípios fundamentais do Direito Administrativo Brasileiro*. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade do Vale do Rio Sinos. 2000.

LEITE, Ferreira Harrison. *Segurança Jurídica e Elaboração do Orçamento Público*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n 86 mai/jul 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, maio-jul. 1994.

MANCUSO, Wagner Pralon. *O Lobby da indústria no Congresso Nacional*. São Paulo: EDUSP, 2007.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Direitos Fundamentais, Anistia Política e Supremo Tribunal Federal: A Justiça de Transição Não Concluída*. In: PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; CAPANO, Evandro Fabini. (Org.). *Memória, Verdade e Justiça de Transição*. 1ed.Santa Catarina: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 209-2038.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades*. Revista de Direito Administrativo, 247 jan/abr de 2008

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ed atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Hélio, *Todos os Golpes Se Parecem*. Editora Civilização Brasileira, 1970.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: O Orçamento na Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. **Direitos Sociais**. 1 ed. Brasília: Senado Federal, 1987.

VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial*. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009.

Recebido: 25/02/2022

Aprovado: 21/05/2022

Publicado: 04/07/2022

Notas:

ⁱ Professor Convidado do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Coordenador do Programa e Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil seccional do RJ (OABRJ) Líder do grupo de pesquisa interinstitucional e internacional Centro de Pesquisa de Jurisdição Constitucional (CPJC). Editor-Chefe da Revista de Direito Público Contemporâneo (RDPC).

Orcid: 0000-0002-9824-0832 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2482762073000021> Email emersonacmoura@gmail.com

ⁱⁱ Sob a comoção popular do Plano Cohen - um suposto plano comunista para tomada de poder - e a instabilidade política gerada pela Intentona Comunista, Getúlio Vargas dá um golpe de Estado em 1937 que inicia o período chamado de Estado Novo, marcando um regime político baseado no nacionalismo, anticomunismo e autoritarismo. Sobre o tema: SILVA, Hélio, **Todos os Golpes Se Parecem**. Editora Civilização Brasileira, 1970.

ⁱⁱⁱ Com a alegação de uma ameaça de instalação de um governo totalitário comunista no Brasil, as Forças Armadas com apoio de alguns setores da sociedade e dos Estados Unidos, aproveitam o comício promovido pelo presidente eleito João Goulart na central do Brasil onde anunciava as reformas de base que

impulsionava sua política nacionalista trabalhista, como estopim para as operações militares que culminara com o golpe de 1964. Sobre o tema, vide: ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil: Nunca Mais**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1985.

^{iv} Segundo Dossiê Dos Mortos e Desaparecidos Políticos a Partir de 1964 produzido pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, Instituto de Estudo da Violência do Estado IEVE e Grupo Tortura Nunca Mais - RJ e PE, além dos incontáveis casos de tortura e tratamento degradante, o número de mortos e desaparecidos políticos atinge 360 pessoas, fora que esse número não reflete a totalidade, uma vez que com cada pesquisa realizada com documentos oficiais se amplia o número de atingidos pela violência na ditadura militar. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/dossiers/dh/br/dossie64/br/dossmdp.pdf> Acesso em 08.04.2022.

^v Sobre o tema, vide nosso texto: MOURA, Emerson Affonso da Costa.. **Direitos Fundamentais, Anistia Política e Supremo Tribunal Federal: A Justiça de Transição Não Concluída**. In: PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; CAPANO, Evandro Fabini. (Org.). *Memória, Verdade e Justiça de Transição*. 1ed.Santa Catarina: FUNJAB, 2014, v. 1, p. 209-2038.

^{vi} Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como e.g. tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

^{vii} Embora a Constituição de 1988 seja o resultado de forças políticas antagônicas que participaram da constituinte, materializando uma constante tensão entre a ideologia liberal e a perspectiva social, denota-se um grande avanço na disciplina dos direitos sociais em relação às Constituições anteriores. Para uma visão geral sobre a evolução histórica, vide: TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. **Direitos Sociais**. 1 ed. Brasília: Senado Federal, 1987.

^{viii} Isto ocorreu, em especial, através da doutrina brasileira da efetividade, um movimento jurídico-acadêmico que procurou elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional e superar dentre outras questões a insinceridade normativa que vigia no país. Consulte-se por todos: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional...** Op. cit.

^{ix} A título exemplificativo, podemos citar, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que denotam um ativismo judicial: a fidelidade partidária, a vedação do nepotismo, a verticalização as coligações partidárias e cláusula de barreira, o direito a greve no serviço público dentre outros.

^x Trata-se de fenômeno com fundamentos diversos, que variam desde a impossibilidade de participação devido às condições de pobreza extrema e baixo nível de educação de grande parte da população, da dificuldade de acesso às informações sobre as questões políticas e a falta de tempo para debater e manifestar sobre tais assuntos, até mesmo a descrença de que sua participação seja capaz de influenciar na ação pública. BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação** in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

^{xi} Remonta ao período colonial brasileiro a adoção de um modelo *patrimonialista* marcado pelo predomínio da corrupção, nepotismo e uso do poder econômico que se exterioriza até os dias atuais na corrupção persistente e nas políticas paternalistas que marcam a política brasileira. Sobre o tema, vide: FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder**. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

^{xii} A captura de partidos e candidatos por grupos de interesse que patrocinam as campanhas eleitorais para posteriormente cobrar favores, por meio da satisfação de políticas distributivas a seu favor é uma das formas de captura, mas não único meio de influência dos grupos de interesse, em especial, econômicos, na captura dos membros do Congresso. Sobre o tema, vide: MANCUSO, Wagner Pralon. **O Lobby da indústria no Congresso Nacional**. São Paulo: EDUSP, 2007. p. 110.

^{xiii} Dentre outros fatores, o ativismo judicial é exercido em contextos de inércia intencional pelos demais poderes de Estado. Em casos que são politicamente custosos com temas profundamente custosos sem perspectiva de consenso na sociedade, como as uniões homoafetivas, abertura dos arquivos da ditadura militar e aborto, as instâncias democráticas abrem espaço para atuação ativista repassando os custos

políticos para os tribunais que não passam pelo crivo do voto popular após suas decisões. VIEIRA, José Ribas; CAMARGO, margarida Maria Lacombe e SILVA, Alexandre Garrido. **O Supremo Tribunal Federal como arquiteto constitucional: A judicialização da política e o ativismo judicial**. In: Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos, 2009. p. 44-45.

^{xiv} É importante, todavia, considerarmos os limites das normas constitucionais, evitando à falsa concepção de que apenas com o Direito será possível alcançar a superação da pobreza, desigualdade e falta de democracia. A ficção de que a norma pode tudo, podem conduzir a um direito constitucional desprendido da vida real. LOPES, José Reinaldo de Lima. **Judiciário, democracia e políticas públicas**. Revista de Informação Legislativa. ano 31. n. 122. Brasília: Senado Federal, maio-jul. 1994. p. 260.

^{xv} Como exemplo, podemos citar as ações que versam sobre tratamentos médicos exorbitantes no exterior, medicamentos não essenciais como Viagras, além de próteses, aparelhos de audição, ultrassom, próteses, tratamentos psicológicos de adolescentes carentes, transplantes de medula, marca-passos e afins. Sobre o Tema, vide: Hoffman, Florian F.; Bentes, Fernando R. N. M. **A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica**. In: Sarmento, Daniel; Souza Neto, Cláudio Pereira (orgs.). *Direitos sociais fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 391-400.

^{xvi} Sobre os riscos de uma judiocracia com decisões judiciais que operam em um sistema de abertura das normas constitucionais e permitem o uso de preferências políticas e valorativas do juiz em detrimento das opções fundamentais da sociedade trazido pelo constituinte, vide: SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2009. p. 133

^{xvii} BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 5-6.

^{xviii} Artigo 2º §1º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Embora a partir desta concepção extraída do Pacto as normas veiculadoras dos direitos sociais tenham natureza essencialmente programática, segundo a autora, isto não impede a sua exigibilidade perante o Poder Judiciário e não desvincula os demais poderes públicos de sua séria e responsável observância. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3ed atual. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 195 e 198-199.

^{xix} Dentre outros impasses tem-se: a banalização da temática dos direitos da liberdade sem fortalecimento dos direitos da justiça; a consideração de que apenas os direitos sociais demandam custos econômicos para a sua realização; o fundamento na idéia de justiça social que postula a distribuição de riqueza social entre classes, mas não leva à adjudicação de parcelas dessa riqueza a indivíduo concreto dentre outros. TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 52-53.

^{xx} Ademais importaria na violação dos direitos individuais e políticos, cujo exercício pressupõe a garantia mínima do bem-estar, que envolve a realização de condições econômicas e sociais básicas. Condicionar, por exemplo, a promoção da educação básica fundamental à discricionariedade administrativa e conformação legislativa seria permitir que uma geração dependesse, em último grau, da “vontade” dos poderes públicos para poder exercer substancialmente a liberdade de expressão ou o direito ao voto.

^{xxi} Desta forma inexistiria um modo de normatização uniforme na consagração dos direitos sociais pela Constituição, derivada da opção do Constituinte pela disposição em uma estrutura jurídica heterogênea, gerando normas com distintos graus de exigibilidade. Sobre o tema vide: BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional...** ob. cit. Capítulo V. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p 275-350.

^{xxii} Objetivamente produziriam por efeitos desde o início de sua vigência: revogam os atos normativos anteriores incompatíveis; vinculam o legislador à sua realização; informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário; e, condicionam a atuação da Administração Pública. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional...** ob cit. p. 156.

^{xxiii} Em síntese, corresponderia a obrigação do Estado de: respeitar o acesso do indivíduo aos bens sociais; proteger o seu exercício perante terceiros; assistir o titular quando este não puder por si só exercê-lo; e promover as condições para que os titulares do direito tenham acesso aos bens. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Apuntes Sobre La Exigibilidad Judicial de Los Derechos Sociales** in SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 139-141.

^{xxiv} Não tem o presente trabalho, por objetivo, se aprofundar sobre a questão da jusfundamentalidade dos direitos sociais, ainda não pacífica na doutrina brasileira. Busca apenas apresentar essa vertente, que traz um novo desenho da essencialidade às discussões da exigibilidade dos direitos sociais. Como principal adepto desta tese, vide: TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 53-81.

^{xxv} Este direito que coincide em parte com o núcleo duro dos direitos sociais possui designações distintas nas várias ordens jurídicas. A doutrina alemã refere-se ao mínimo existencial *Existenzminimum*. A jurisprudência norte-americana titula como proteção mínima *minimal protection*. A legislação brasileira prefere adotar a expressão, *mínimos sociais*, acolhida pela lei 8.742/93.

^{xxvi} Embora pareça insuficiente, a expansão das prestações positivas de direitos sociais apenas a um núcleo mínimo, torna-se relevante na América Latina, onde segundo Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) durante a pandemia do COVID-19 aumentou para 2021 a pobreza extrema na região para 86 milhões de pessoas. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/comunicados/pobreza-extrema-regiao-sobe-86-milhoes-2021-como-consequencia-aprofundamento-crise#:~:text=da%20COVID%2D19-.Pobreza%20extrema%20na%20regi%C3%A3o%20sobe%20para%2086%20milh%C3%B5es%20em%202021,da%20pandemia%20da%20COVID%2D19> acesso em 16.04.2022

^{xxvii} Enquanto o mínimo existencial corresponde ao último conteúdo essencial dos direitos individuais e sociais, é um núcleo irredutível e indisponível, insuscetível de ponderação e restrições pelo legislador. Porém, todos os direitos possuem limites intransponíveis. Estas restrições a que se sujeitam os direitos sociais em sua jus fundamentalidade serão abordadas no tópico pertinente a controle judicial.

^{xxviii} Neste ponto, há uma interpenetração da esfera política na ciência jurídica, resultante da crescente preocupação dos juristas com a realização dos direitos sociais, ampliando a comunicação entre estes dois subsistemas sociais: as ciências políticas e o direito. Sobre as consequências e as possíveis vantagens e riscos desta correlação, vide por todos: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. Cap IV. Em especial p 241-244.

^{xxix} Há casos em que a Constituição consagra de forma explícita os fins esperados das políticas públicas, como ocorre com o oferecimento obrigatório de educação fundamental gratuita (artigo 208) ou determina o dispêndio mínimo dos recursos para estes, inclusive, com a vinculação das receitas oriundas do imposto, como acontece com a saúde (artigo 167 inciso IV e 198 §2º), produzindo resultados esperados e exigíveis das políticas públicas. Também neste sentido: BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático** in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. 2006. p. 37.

^{xxx} Nos instrumentos financeiros, corresponde à vinculação da elaboração do orçamento público em consonância com as prioridades constitucionais e os planos governamentais, de forma a permitir a realização dos direitos fundamentais e garantir a segurança jurídico-orçamentária aos cidadãos, impedindo gastos irrazoáveis com propagandas, festas e obras faraônicas. Neste sentido: LEITE, Fereira Harrison. **Segurança Jurídica e Elaboração do Orçamento Público**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. n 86 mai/jul 2009. p. 113 e 147-148.

^{xxxi} Esta discricionariedade administrativa tem sido mitigada pelo ingresso de novos atores e procedimentos na prática orçamentária, e.g, em razão das titulações ou criações de direitos subjetivos fixados pela legislação e o Poder Judiciário, os tributos finalísticos e outros. Sobre o tema, consulte: TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário: O Orçamento na Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 457-458.

^{xxxii} Isto resta exemplificado na pesquisa que aponta que os recursos destinados à área social dos três níveis federativos em todas as regiões do país em 1995 eram três vezes maiores que o volume de recursos necessários para a erradicação da pobreza no Brasil. BARROS, Ricardo Paes, HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. **A Estabilidade Inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2001. p. 723.

^{xxxiii} Compreende dentre outros a sustação de atos e contratos do Executivo (artigo 49 inciso V e 71 §1º), julgamentos de suas contas (artigo 49 inciso IX, artigo 51 inciso II e artigo 57) autorização ou aprovação do Congresso para atos concretos do Executivo (artigo 49 inciso I, XII, XIII, XVI e XVII), instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito (artigo 58 §3º), a suspensão e destituição do Presidente e ministros por crimes de responsabilidade (artigo 85 e 86 todos da Constituição).

^{xxxiv} Observa-se ainda uma deficiente fiscalização das políticas públicas no controle parlamentar, na atribuição de responsabilidade aos agentes ou correção de seus atos. Como exemplo, a constante aprovação das contas públicas federais realizadas fora do prazo e desconsideradas as recomendações dos relatórios técnicos ou as manobras políticas que ocorrem nas Comissões Parlamentares de Inquérito que não resultam na atribuição de responsabilidade. OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. **Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades**. Revista de Direito Administrativo, 247 jan/abr de 2008 p. 72-73.

^{xxxv} Por efeito, há o desperdício no emprego dos recursos públicos nas políticas públicas, sem que se alcance bons resultados na promoção dos direitos sociais e das condições da sociedade participar de forma adequada no processo democrático. Diante da constante troca de favores políticos que não permite uma apuração das responsabilidades, transfere-se para o Poder Judiciário o controle da ação estatal, que representa mais um paliativo do que uma medida capaz de sanar essas dificuldades. BARCELLOS, Ana Paula de. Ob. cit. p. 27.

^{xxxvi} A Constituição consagra um conjunto de valores e objetivos que traduzem um compromisso com a transformação social e não permite que os poderes constituídos disponham livremente dos referidos bens, gerando o esvaziamento da eficácia de suas normas a título de suposto exercício da democracia. Assim, embora os atos políticos sejam dotados de grau de liberdade não formam uma categoria jurídica autônoma destituída de controle judicial, mas sujeitam-se aos limites estabelecidos na Constituição. Sobre o tema, vide: PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150-171.

^{xxxvii} A Constituição não pode e nem deve ter a pretensão de suprimir a deliberação legislativa majoritária, mas deve proteger as condições procedimentais que permitam o desenvolvimento do processo político deliberativo. Assim, a Constituição da República de 1988 veiculou o princípio democrático e majoritário (Art. 1º caput), garantiu o pluralismo político (Art. 1º inciso V), a inserção como cláusula pétrea a tendente abolir o voto direto, secreto, universal e periódico e a forma federativa (art. 60 §4º) dentre outros. No viés procedimentalista vide: ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança: Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2011 e HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

^{xxxviii} Isto por que a ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, porém, compreende outros princípios e o respeito aos direitos da minoria. Assim, enquanto o processo político majoritário se move por interesses, a lógica democrática se inspira em valores, restando ao Poder Judiciário preservar diante da soberania popular e governo da maioria, a limitação do poder e os direitos fundamentais. Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional...* cit., p. 382-91.

^{xxxix} A Constituição deve proteger e as cortes judiciais implementar os direitos e princípios que realizem os valores de justiça, liberdade e igualdade. No viés substancialista vide: RALWS, John. **Uma Teoria de Justiça**. Belo Horizonte: Editora Martins, 2008 e DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Belo Horizonte: Editora Martins Fontes, 2010.

^{xl} Sobre o tema, vide: ARRETCHE, Marta. **Democracia e redução da desigualdade econômica no Brasil: A inclusão dos outsiders**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 33, n. 96.

^{xli} Para que a deliberação ocorra em efetivo, deve existir um contexto aberto, livre e igualitário, onde todos possam participar com iguais possibilidades e capacidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do Estado de Direito e da garantia dos direitos fundamentais que são pressupostos da verdadeira democracia. Assim, quando uma corte constitucional garante os direitos fundamentais contra a vontade da maioria não estão violando o princípio democrático, mas estabelecendo as condições para a sua plena realização. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática** in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 79-80.

^{xlii} BARCELLOS, Ana Paula de. **Papéis do direito constitucional no fomento do controle social democrático: algumas propostas sobre o tema da informação**. Revista de Direito do Estado. a. 3. n. 12. Rio de Janeiro, p. 82-83, out.-dez. 2008.

^{xliii} Neste sentido, Ana Paula de Barcellos, ao se referir ao mínimo existencial considera a distinção entre um núcleo essencial que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. Barcellos, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. VII, em especial p. 248.

^{xliv} É o que ocorre, por exemplo, com a educação fundamental e a medicina preventiva e de urgência que correspondendo respectivamente ao núcleo essencial do direito à educação e saúde, poderiam ser exigidas pelos indivíduos que precisem perante o Poder Judiciário sem restrições. Já o ensino superior e o médio e a medicina curativa exorbitariam este conteúdo, razão pelo qual, dependeriam da progressiva realização pelos poderes públicos. Torres, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 54, 130, 255 e 267.

^{xlvi} Como ilustração, no que tange ao direito de educação, não envolve apenas as prestações referentes à educação fundamental, pois o ingresso nos níveis mais avançados de ensino depende da capacidade de cada um e envolve a necessária igualdade de condição, ou seja, o acesso ao Ensino Médio, permitindo que o indivíduo possa buscar um projeto razoável para a sua vida (faculdade) e seja capaz de participar da deliberação política de forma igualitária com os demais.

^{xlvi} A igualdade envolve, em certa medida, uma igualdade econômica e social razoável que permita que todos os indivíduos e grupos em um contexto de pluralismo tenham condições e se vejam motivados a cooperar no processo político democrático. É inverossímil sustentar que uma pessoa que não tem acesso a alimentação adequada ou a saúde curativa, bem como, um grupo hipossuficiente sem saneamento básico ou acesso a programas sociais, sejam capazes de participar do debate democrático em igual condição com os demais indivíduos e grupos.

^{xlvii} BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático** in *Revista de Direito do Estado*. Ano 1. n. 3. 2006. p. 18 e 22. Predomina em sua natureza, a intervenção cogente do Estado na realização dos bens e valores sociais, razão pelo qual, não englobam os programas realizados em associação com a sociedade civil, através de mecanismos e instrumentos institucionais ou não. Neste sentido: LEAL, Rogério Gesta. **Os princípios fundamentais do Direito Administrativo Brasileiro**. São Leopoldo: Anuário do Programa de Pós-Graduação em direito da Universidade do Vale do Rio Sinos. 2000. p. 223.

^{xlvi} As deliberações públicas enquanto conduzidas pelo governo, no respectivo espaço de conformação, permite que as decisões políticas brotem voluntariamente do espaço social. FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral**. *Interesse Público*. ano 9. n. 44. p. 65-66.

^{xlix} Frisa-se a expressão pode, pois se reconhece como Dworkin que não há apenas uma resposta possível para as questões envolvendo direitos. Sobre o tema, vide: DWORKIN, Ronald. *Levando...* Op. Cit. Cap. 13.

¹ RAWLS, John. Op. cit. p. 277 e p. 365-380