

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada em 05 de outubro de 1988. Em seus quase 29 anos de vigência, apesar da volúpia com que tem sido emendada, a Carta Magna de 1988 foi capaz de promover a transição de um regime de poucos ares de democracia para um Estado democrático de direito, e continua, ainda que muito distante de seus propósitos originais, a prometer aos brasileiros a construção de um país mais democrático e igualitário.

A concretização dos direitos fundamentais apresenta-se como assunto de fiel relevância no atual cenário nacional, com maior ímpeto no que tange à análise da força normativa das previsões constantes do texto constitucional.

O debate acerca dos direitos fundamentais previstos na Carta Maior do Brasil e a sua devida efetivação através do controle jurisdicional de políticas públicas possui natureza jurídico-política e interdisciplinar, por abarcar em seu seio uma gama quase infinita de aplicações.

Devido a constante inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, que a priori detém a prerrogativa de elaboração e aplicação das políticas públicas responsáveis pela efetivação dos Direitos Fundamentais elencados no texto constitucional brasileiro, o Poder Judiciário se insurge em vários momentos como catalisador do anseio de concretização dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal do Brasil.

Assim, o modelo de controle concentrado de constitucionalidade vem ampliando o espectro de atuação do Judiciário frente aos atrasos dos poderes Executivo e Legislativo.

Nesse ínterim, busca o presente trabalho estabelecer os liames de atuação do Poder Judiciário como guardião constitucional e fiel garantidor de sua aplicabilidade, se utilizando do modelo de controle concentrado para realização de tal feito, através da vinculação das políticas públicas, constantes dos Direitos Fundamentais e garantia de um Estado Democrático de Direito, a um modelo ativista.

Nesse diapasão, a problemática do presente estudo reside na análise da vinculação das políticas públicas no Estado Democrático de Direito aos direitos fundamentais sociais, sob o ponto de vista de efetivação dos direitos humanos como um sistema jurídico de proteção a todos os membros da sociedade, por meio de pesquisa teórico-bibliográfica, através do exame de fontes de autores/pesquisadores que discutem o tema abordado de maneira direta ou indireta e a pesquisa documental, objetivando-se assim a otimização do

estudo a partir de uma análise comparativa e interpretativa de modo contextualizado e crítico com o levantamento teórico-bibliográfico.

Por isso, o presente artigo abordará a eficácia jurídica e efetividade dos direitos fundamentais, vinculado à concepção do Estado Democrático de Direito e as políticas públicas como instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais sociais, levando-se em consideração os entraves próprios de extensão e profundidade do presente estudo, contudo buscando colaborar eventuais debates sobre o tema, através da utilização de uma metodologia dedutiva.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO COMO INSTRUMENTO DE ATIVISMO JUDICIAL

Com o advento do neoconstitucionalismo, a Constituição dos Estados foi alçada a uma posição de centralidade nos codilícios jurídicos, passando a dispor de força normativa irradiante sobre as demais normas do ordenamento.

Diante deste novo cenário, em que todas as normas informadoras da sociedade são interpretadas e aplicadas conforme os vetores apontados pela Constituição, realiza-se um verdadeiro filtro constitucional.

Em tal contexto de proteção dos direitos fundamentais que o Judiciário incrementa sua atuação normativa para suprir as lacunas deixadas pelo Legislador, as quais dificultam ou impedem a efetivação das demandas sociais e dos direitos fundamentais. Essa atuação proativa e inovadora, tem a cada dia tutelado mais questões do cotidiano da sociedade.

É importante destacar que essa postura ativa, e, por vezes, inovadora avocada pelos membros do Poder Judiciário, através das ações específicas do controle concentrado, assumem, com isso, singular importância para a sociedade brasileira atual, a qual busca com maior frequência a solução de seus anseios e a efetivação de seus direitos por meio da atuação judicial.

1.1 – Do controle concentrado no Direito Comparado

O controle concentrado é adotado na maior parte dos países europeus e, recebe várias denominações, entre as quais, controle abstrato; controle em tese; controle principal; controle por via de exceção; e modelo austríaco de controle.

Não sendo diferente, o modelo de controle concentrado adotado no Brasil advém diretamente dos modelos já estabelecidos por toda a Europa, notadamente na Áustria e Alemanha.

1.1.1 - Aspectos do controle de constitucionalidade austríaco

O modelo austríaco demonstra uma nova idéia de controle de constitucionalidade, outorgando ao Tribunal Constitucional a competência para resolver questões constitucionais, mediante requerimento especial formulado pelo Governo Federal, com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais referentes a leis federais. Não se exige a demonstração da ofensa ao particular ou situação subjetiva.

Explica Kelsen que

Ao requerer o exame e anulação de uma lei, por inconstitucionalidade, o Governo federal ou os Governos estaduais não estão obrigados a demonstrar que a lei violou uma situação subjetiva. A União e os Estados – mediante um controle recíproco – fazem valer o interesse da constitucionalidade da lei. Qualquer Estado poderá argüir a inconstitucionalidade de qualquer lei federal, ainda que aplicável a um único Estado. (KELSEN apud MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005).

Competia ao Tribunal apreciar a questão constitucional como pressuposto de uma controvérsia pendente. Não existia previsão de controle concreto relativo aos processos existentes perante outros juízos ou Tribunais. Esse tipo de controle somente foi introduzido em 1929.

A legitimação exclusiva dos órgãos de segunda instância para suscitar o exame de constitucionalidade, no caso concreto, fora objeto de críticas, anotava Cappelletti que *“todos os outros juízes devem, irremediavelmente, aplicar as leis aos casos concretos submetidos a seu julgamento, sem a possibilidade de abster-se da aplicação, tampouco daquelas leis que sejam consideradas manifestamente ou macroscopicamente inconstitucionais”*. (CAPPELLETTI apud MENDES In: GANDRA; MENDES, 2005).

Ao lado do controle abstrato e concreto e dos recursos constitucionais o sistema austríaco possui uma modalidade preventiva de controle de normas.

Tanto as leis federais ou estaduais quanto os regulamentos editados pelas autoridades administrativas, cuja legitimidade há de ser aferida não só em face da Constituição, como também por lei ordinária, pode ser objeto de controle de constitucionalidade.

A omissão legislativa pode ser objeto de controle de constitucionalidade caso a omissão do legislador dê ensejo à declaração de inconstitucionalidade de outro preceito. E, por fim, a base de controle de constitucionalidade do sistema austríaco é, essencialmente, a Constituição.

1.1.2. Aspectos do controle de constitucionalidade alemão

O modelo de jurisdição concentrada adotada pela Áustria entre 1920 e 1929 veio a ser adotado inicialmente na Itália e na Alemanha.

A utilização da ação direta cuja titularidade fora deferida a determinados órgãos políticos e o efeito erga omnes das decisões proferidas pela Corte Constitucional são traços inequívocos da idealização de Kelsen para o modelo concentrado.

Ao contrário do grave erro inicial da Constituição da Áustria, de não prever o controle judicial concreto, as Constituições italiana e alemã não tinham esse problema.

Ensina Gilmar Mendes:

Também no Direito alemão consagra-se o controle concreto de normas (Richtervolage), estabelecendo-se que quando um Tribunal considerar inconstitucional uma lei de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do Tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação da Lei Fundamental (Lei Fundamental, art. 100, I)". (In: GANDRA; MENDES, 2005).

1.2 – Aspectos do controle de constitucionalidade concentrado no direito brasileiro: um modelo ativista

A Constituição democrática de 1988 trouxe relevantes alterações no tocante ao controle de constitucionalidade.

Para Alexandre de Moraes, “*controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.*” (2016; p. 1120)

A idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais (MORAES, 2003)

Valorizou-se sensivelmente o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando-se e fortalecendo-se a via da Ação Direta, mas manteve-se o controle difuso, para

possibilitar que, pela via incidental, inúmeras questões (principalmente aquelas relacionadas aos direitos e garantias individuais e sociais) pudessem chegar à apreciação dos Tribunais e do Supremo Tribunal Federal – neste último, por meio do Recurso Extraordinário.

Ao fixar a competência originária do STF, o texto original da Lei Maior dispunha, em seu art. 102, que:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988)

O texto original aprovado em 1988 foi alterado pela Emenda Constitucional no 3, de 17 de março de 1993, que acresceu à alínea a do inciso I do artigo 102, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) de lei ou ato normativo federal. Também foi acrescentado o §1º ao mencionado artigo, por intermédio do qual se deu a criação de um novo instituto, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), assim disposto: “*A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei*” (BRASIL, 1988)

Em relação à Ação Declaratória de Constitucionalidade, prescreve a Constituição, em seu art. 102, § 2º, que:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Essa redação do § 2º foi dada pela EC no 45, de 8 de dezembro de 2004. O texto anterior, redigido pela EC no 3/93, dispunha:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. (BRASIL, 1988)

A vigente Constituição Federal consagrou novos institutos e inovações no controle de constitucionalidade por via de Ação Direta.

Destaque-se a ampliação do número de legitimados para a instauração do controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, quebrando-se o monopólio, até então existente, do Procurador-Geral da República.

Prevê o art. 103:

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

Neste diapasão a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu texto incorpora diversos mecanismos e diretrizes com o objetivo de perpetrar meios de transformação social, de maneira a vincular o legislador, com forte limitação de sua discricionariedade, na concretização de políticas públicas capazes de reduzir as mazelas socioeconômicas reinantes na sociedade brasileira. A constituição federal de 1988 se esforça no sentido de ser, em si mesma, fonte e meio desta transformação proposta, concedendo força normativa a seus princípios já estabelecidos, concedendo a sociedade não somente os objetivos e valores a serem conquistados, mais também os meios jurídicos para a reivindicação de efetividade destes preceitos através de um intrincado controle de constitucionalidade.

A força normativa constitucional, aliada aos seus mecanismos de controle, possibilitou o deslocamento da discussão de inúmeras questões constitucionais da esfera política, concedendo ao poder judiciário maior atuação frente ao cenário constitucional.

Neste contexto fica estabelecida a jurisdição constitucional como interpretação e aplicação da constituição através dos órgãos judiciais, apresentada de duas maneiras no ordenamento constitucional brasileiro, como já mencionado, devendo garantir o devido destaque o modelo que visa a aplicação abstrata do texto constitucional, com forte influência do modelo Europeu de controle concentrado/abstrato, exercido com exclusividade pelo Supremo Tribunal Federal, concedendo a este órgão a ‘palavra final’ acerca de assuntos constitucionais.

O caráter transformador inerente da constituição brasileira, que concedeu maiores poderes aos órgãos judiciários, em sede de controle de constitucionalidade, somado a não

efetividade de preceitos constitucionais, fertilizou campo necessário à expansão da judicialização da política, que limitou a atuação do legislador, hoje preso ao aval da jurisdição constitucional, minando importantes princípios do Estado democrático de Direito (OLIVEIRA, 2011).

Neste sentido, o próprio desenvolvimento temporal da constituição direcionou seu enfoque ao controle concentrado de constitucionalidade, que permite ao guardião constitucional, a sua forma, garantir o balizamento dos anseios do constituinte originário.

2 - AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Em sua definição, direitos sociais abrange não somente as concessões positivas materiais, como saúde, educação, lazer, esporte, mas também as determinações positivadas no direito pátrio. Dessa forma, os direitos sociais consistem nas prerrogativas dos seres humanos de receberem do Estado o respeito às condições mínimas necessárias à sua sobrevivência social.

2.1 - Definição de Políticas Públicas

Políticas públicas são aqui entendidas como o Estado em ação, que consiste no Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade, a concretização máxima do ideário de Direitos Humanos previsto na Constituição Federal.

Estado não pode ser reduzido à burocracia pública, aos organismos estatais que conceberiam e implementariam as políticas públicas. As políticas públicas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada.

Neste sentido, políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais. E políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico.

As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais.

Decorrente da análise interpretativa do art. 3º da Constituição Federal, ou, mesmo de artigos 195, 197 e 205, todos da CF/88, por exemplo, traz-se que a política pública, à medida que viabiliza a concretização dos direitos fundamentais sociais, detém de força normativa, pois se destinam a organizar o desempenho de função estatal e se revestem de predicado próprio ao Direito, qual seja a imperatividade (BARROSO, 2009, p. 74).

Com isso, procedendo à política pública de disciplinas enaltecidas constitucionalmente, instituirá ela o comportamento do Estado, o exercício do poder público e os fins a serem alcançados (BARROSO, 2009, p. 75), de modo que este Estado trace uma série de medidas volvidas à coletividade, não se restringindo, tão somente, a sua própria implementação. Diante deste fato é que se torna possível falar em controle de políticas públicas pelo Judiciário, principalmente quando estas se submetem ao controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais do país (SOARES, 2011, p. 144).

Delineadas por muitos doutrinadores e estudiosos do direito, para a ilustre professora Ana Paula de Barcellos, as políticas públicas podem ser compreendidas como um conjunto de atividades de responsabilidade da Administração Pública o qual, a partir de sua efetivação, estabelece-se comandos gerais capazes de implementar ações e programas das mais diferentes formas a fim de garantir a prestação de determinados serviços (BARCELLOS, 2007, p. 11).

Pode-se ainda citar como definição de políticas públicas:

Não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública. Mead (1995) a define como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas e Lynn (1980), como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) segue o mesmo veio: política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. Dye (1984) sintetiza a definição de política pública como o que o governo escolhe fazer ou não fazer. (SOUZA, 2006, p.24).

Na atual democracia a melhor definição de políticas públicas: “*políticas públicas são um conjunto de ações e decisões do governo, voltadas para a solução (ou não) de problemas da sociedade (...)*”. (CARVALHO, 2008, p.5).

Neste diapasão, a política pública, por prestigiar direitos fundamentais que demandam o dispêndio de recursos públicos, passa a ser matéria de corriqueira análise judicial, posto que para executá-la, necessita-se, primeiramente, comprovar sua

compatibilidade com a norma constitucional e a necessidade social. Por evidente, porquanto depender da disponibilidade do Estado para sua realização, assim como outros conteúdos que se sujeitam à disponibilidade do Poder Público, as políticas públicas demandam de gastos e pelos recursos não serem ilimitados precisam ser melhor analisadas do momento de sua efetivação, para que de fato atendam ao fim pretendido (BARCELLOS, 2007, p. 11).

É certo, muito embora, que, primariamente, é dever dos poderes Legislativo e Executivo promover e executar mecanismos que viabilizem o descrito em Carta Maior quando esta privilegia a promoção de normas e programas prestacionais. Entretanto, haja vista dependerem diretamente de recursos públicos, nem sempre estes poderes conseguem concretizar a primazia da letra constitucional. E é a partir deste momento que o Poder Judiciário se apresenta como instrumento capacitador da efetivação da letra maior ao passo que, com a inobservância de norma jurídica e restrição a direito fundamental, sua atuação se faz cogente.

Desta sorte, a possibilidade de proceder ao controle judicial de uma política pública é fato inquestionável, porquanto a Constituição Federal garantir a tutela de direitos que se encontram ameaçados ou lesados, ocorrendo seu controle, via de regra, através de ações coletivas com vistas a solucionar os conflitos que englobam direitos promovidos em políticas públicas (SOARES, 2008, p. 121).

2. 2 – Definição de Direitos Fundamentais Sociais

Ao definir direitos sociais tem-se que considerar que estes não englobam somente prestações vinculadas à saúde, educação, lazer, esporte, entre outras, mas também direitos individuais como garantia à vinculação sindical, direito de greve, entre outros, implicando pois, em dizer que estes também consistem Assim, os direitos sociais consistem nos direitos dos seres humanos de demandarem do Estado e dos demais integrantes da coletividade em que vivem, o respeito às condições mínimas necessárias à sua sobrevivência social.

O professor José Afonso da Silva descreve muito bem os direitos sociais como direitos fundamentais dos seres humanos:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do

gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (2013, p. 288/289)

Robert Alexy complementa afirmando que “*quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos a assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito*” (2014, p.499). E ainda continua dizendo que “*direitos a prestações em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares*”. (op.cit., p. 499)

Ao longo do tempo os direitos sociais foram ganhando seu espaço, onde se fez necessário existir um aparato mínimo para o efetivo e verdadeiro exercício dos direitos fundamentais individuais, notadamente através das políticas públicas, que por vez quando não cumpridas pelos poderes Legislativo e Executivo, são supridas pelo poder judiciário com o intuito de garantir o pregado no Estado Democrático de Direito, a fim de garantir o mínimo existencial às pessoas.

2.3 - Eficácia Jurídica e Efetividade Dos Direitos Fundamentais Sociais

Apresenta-se em âmbito jurídico a idéia de que vive-se sob a tutela do Estado de Bem Estar Social ou mesmo Estado Democrático de Direito, como se as duas nomenclaturas refletissem o ideal de um mesmo conceito filosófico de Estado, e devido a este embaraço, por vezes se confunde a limitação de atuação do Poder Judiciário.

O Estado de Bem Estar Social, ou *Wellfare State*, se traduz nas palavras de Daniel Diniz Gonçalves:

Um estado que é constantemente chamado ao papel de provedor de políticas públicas aptas a garantir, efetivar, materializar uma vasta game de direitos, outorgados aos cidadãos da República Federativa Brasileira pela sua lei maior. (2015, p. 9)

De forma que, sob a égide do Estado de Bem Estar Social, faz-se necessário a posterior implantação de políticas públicas capazes de materializar os direitos supostamente garantidos no ordenamento constitucional.

Ao passo que o Estado Democrático de Direito, segundo os ensinamentos de Lênio Streck se apresenta na seguinte composição:

O Estado Democrático de Direito, ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem como questão fundamental a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento mínimo de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade. Ou seja, no Estado Democrático de Direito a lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado. (2014, p.47)

Desta forma, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o ordenamento constitucional se caracteriza, de forma direta e sem intermédios, como a própria vontade e instrumentalização de suas aspirações.

Por outro lado os direitos fundamentais sociais são tidos como a base e o fundamento da Constituição de um Estado Democrático de Direito, por estarem o exercício do poder do Estado ou particulares que buscam a superioridade, ao possibilitarem a concretização dos ideais de justiça e dignidade humana, bem como a efetivação dos demais direitos fundamentais dos seres humanos.

Sarlet elucida:

(...) além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição e existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional vigente. (2015, p.63)

Inegável que atualmente, contrariando o advento da Constituição de 1988, vive-se à sombra de um falido ideário do *Welfare State*, onde o Estado se encontra refém de si mesmo, nascido com forte viés garantidor e protecionista, mas desprovido de mecanismos capazes de concretizar seus desideratos, ficando a mercê da instalação de políticas públicas, editadas ao contento do agente estatal.

Tem-se por necessário a encampação da ótica do Estado Democrático de Direito, em que o direito é visto e concebido como instrumento de transformação social, garantindo força e instrumentalidade aos anseios suscitados na constituinte de 1988.

Neste esteio a atuação beligerante do Judiciário, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, se encontra, indissociavelmente, atrelada ao conceito filosófico do Estado Democrático de Direito, pois, foi idealizada com o objetivo de garantir a concretude

dos anseios constitucionais, reforçando a ideia de que o direito possui força normativa por si mesmo, cabendo ao ente estatal apenas cumpri-lo no momento da edição de seus atos.

Os ensinamentos de Lênio Streck nos apresentam os seguintes dizeres:

Não esqueçamos o que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O direito recupera, pois, sua especificidade e seu acentuado grau de autonomia. Desse modo, é razoável afirmar que o direito, enquanto legado da modernidade - até porque temos uma constituição democrática - deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas (2014, p.48).

A aceitação do conceito de um Estado Democrático de Direito aduz em seu interior uma supervalorização do meio jurídico, fazendo-se necessário uma readequação da produção doutrinária brasileira, sendo que de forma mais específica, tem-se a necessidade de rediscutir a relevância da hermenêutica jurídica no tocante à atuação dos entes jurídicos constitucionais em quanto promotores de políticas públicas.

Através deste movimento, denominado substancialismo, é reconhecido o papel concretizador ao interprete, vendo o judiciário (no caso através do controle concentrado) um local privilegiado para a afirmação do garantismo constitucional.

Os direitos fundamentais inscritos nas Constituições modernas possuem uma característica muito particular. Embora tais direitos sejam parte integrante do ordenamento jurídico nacional, eles dizem respeito a algo mais amplo, algo que transcende as fronteiras nacionais e que é, hoje em dia, aceito como universal: os direitos do homem. Direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem convertidos em direito positivo por meio da Constituição. Direitos do homem possuem, a princípio, uma validade exclusivamente moral; essa transformação não elimina a sua validade moral, mas acrescenta a ela uma jurídico-positiva.

Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem poder satisfazer as exigências a serem postas a eles, devem abarcar os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validade universal. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordenamento jurídico. Uma contribuição importante para a sua imposição mundial prestou e presta a declaração dos direitos do homem universal, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo pacto internacional sobre direitos civis e políticos, de 19 de dezembro de 1966. Uma peça paralela a ele é o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, do mesmo dia, que, certamente, está dotado com força de imposição muito menor. Ao lado deles e de outros

pactos postos mundialmente colocam-se convenções regionais. Tudo isso cria comunidades substanciais. (ALEXY, 2015, p. 55/56)

Especificamente no que tange ao caráter vinculativo dos direitos fundamentais sociais inscritos na Constituição da República Federativa do Brasil, observa Alexy:

Poderia achar-se agora que a justiciabilidade não precisa ser completa ou ampla. Assim, por exemplo, a cláusula de vinculação do artigo 5, parágrafo 1, da constituição brasileira, está nos direitos de defesa clássicos e não nos direitos fundamentais sociais. Tal poderia ser entendido como convite a isto, declarar os direitos fundamentais sociais como não justiciáveis. A não justiciabilidade, nisso, poderia estender-se a todos os direitos fundamentais sociais ou a alguns da respectiva constituição. O problema da colisão, com isso, sem dúvida, não estaria completamente solucionado, porque existem, como mostrado, numerosas colisões entre direitos fundamentais de tradição liberal, mas ele seria suavizado consideravelmente. Colisões estatal-sociais permaneceriam, conforme o objeto, sem dúvida, mais além, possíveis se maioria parlamentar por si, portanto, sem estar obrigado a isso pela constituição, torna-se ativa no campo da redistribuição estatal-social. O social, porém, teria perante o liberal pouca força, porque ele não se poderia apoiar em princípios de direito. Além disso, colisões estatal-sociais não teriam lugar completamente se o dador de leis renunciasse totalmente a atividades sociais. Onde não existe dever jurídico nada pode colidir juridicamente. Análogo vale para o lado ecológico da constituição. (ALEXY, 2015, p. 63)

Assim, partindo da análise da finalidade central dos direitos fundamentais, incluindo a democracia, como elementos constitutivos e fundamentos de legitimidade do Estado Democrático de Direito, é possível afirmar que o modo de agir estatal e as ações públicas (políticas públicas) devem estar regidos por normas e estatutos, nacionais ou internacionais, que tenham o escopo de garantir e resguardar os direitos mínimos existenciais da população, venerando sempre o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

2.3.1 – As Políticas Públicas como Instrumentos de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

A Constituição de 1988 apresenta-se com um verdadeiro desenho político frente aos direitos sociais, passando estes a serem assim considerados:

a) Todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais; b) Os direitos fundamentais sociais são plenamente justificáveis, independente de intermediação do legislador; c) Os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com princípios da interpretação constitucional, tais como da máxima efetividade, concordância prática e unidade de ordem jurídica. (TORRES, 2008, p. 70).

Destaca-se assim, que no âmbito do sistema constitucional positivo brasileiro todos os direitos sociais são fundamentais, sejam eles encontrados no Título II da Constituição Federal, dos direitos e garantias fundamentais, ou aqueles que expressa ou implicitamente são encontrados no corpo da Carta Política ou localizados nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário (FIGUEIREDO; SARLET, 2008).

Dessa forma, torna-se necessário analisar as políticas públicas como instrumentos estatais empregados para a proteção e satisfação dos direitos sociais no atual Estado Democrático de Direito. Como ensina Marta M. Assumpção Rodrigues:

Jogar o jogo da política democrática, ética, e da justiça social é o desafio que os gestores de políticas públicas têm de enfrentar para planejar, administrar e extrair recursos e formatar políticas redistributivas que busquem promover sociedades mais iguais e mais livres, num contexto mundial de profundas mudanças econômicas, demográficas e ideológicas (2011, p.78).

Certo é que o Estado, através das políticas públicas deveriam garantir a efetivação dos direitos humanos, notadamente dos direitos fundamentais sociais, onde os poderes o poder Executivo seria responsável por atos da gestão pública e o poder legislativo deveria formular normas coesas e respeitadas aos princípios gerais de direito, exercendo seus papéis de maneira adequada através da formulação de políticas públicas apropriadas para garantir os direitos sociais, e conseqüentemente garantindo o mínimo existencial dos direitos fundamentais.

Hodiernamente, a prestação e defesa dos direitos fundamentais sociais correspondem não só ao Estado, mas, também, à sociedade, e esta diante da inércia na garantia desses direitos pelo Estado, enquanto atuação do Poder Legislativo e Executivo, a população tem buscado a garantia dos direitos sociais, como trabalho (renda), educação, saúde, moradia, alimentação, bem como a existência de circunstâncias e arranjos sociais que dificultam o ingresso a esses direitos e à vida digna, no Poder Judiciário, o qual busca garantir o mínimo existencial da população com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais e evitar que tais direitos humanos sejam infringidos, e por outro lado, garantindo a efetivação desses direitos em cumprimento ao disposto na Constituição Federal.

3. CONCLUSÃO

No evoluir dos liames constitucionais, verificou-se uma constante ascendência do controle concentrado.

Não restam dúvidas quanto à vinculação das políticas públicas dos Estados Democráticos Sociais de Direito aos direitos fundamentais sociais, pois sendo os direitos fundamentais considerados normas constitucionais deve-se aplicar a premissa de máxima efetividade da Constituição, devendo aqueles serem observados pelo particulares e pelo Estado, desde a formulação até a implementação das políticas públicas.

Lado outro, os direitos fundamentais são direitos do homem convertidos em direito positivo. Direitos do homem possuem uma validade moral, ou seja, valem independentemente de sua positivação; contudo, como direitos preferenciais, eles reclamam a sua positivação da forma mais abrangente possível, o que necessariamente implica a possibilidade de sua judicialização. Com isso, direitos fundamentais devem ter uma força vinculativa ampla.

O Estado Democrático Social de Direito (Executivo, Legislativo, Judiciário) e os particulares que o integram estão intimamente ligados na busca da efetividade máxima dos direitos fundamentais sociais, e por vez, as políticas públicas devem estar em consonância com o sistema jurídico protetivo dos direitos fundamentais como um todo, especialmente os direitos sociais para possibilitar o pleno desenvolvimento dos seres humanos.

Ademais, no que se refere à relação entre os Poderes, dentro do controle de constitucionalidade, o que se verifica é um protagonismo alcançado pelo Poder Judiciário, especialmente pelos órgãos de cúpula. É fato notório nos dias atuais o papel de defesa das minorias desempenhado pela Suprema Corte contra decisões de eventual maioria, muitas vezes provocando tensões entre o Parlamento e o Judiciário. A manifestação desse protagonismo tem ocorrido sob duas vertentes que, embora semelhantes, possuem traços distintos: a ‘judicialização da política’ e o ‘ativismo judicial’, ambas consubstanciadas pelo substancialismo.

Todas as análises fazem crer que o atual avanço do ativismo judicial tem sido fomentado pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, em especial o dito controle concentrado, como consequência da inércia constante dos agentes executivos e Legislativos na promoção dos anseios constitucionais.

4 – REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução/Organização de Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., e 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador/BA, n. 15, p. 1-31, mar. 2007. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20160225212830_59.pdf> Acesso em: 11 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, **Diário Oficial da União**, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 jul. 2017.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente e direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2008.

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. 2 ed. Londrina: IDCC, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GONÇALVES, Daniel Diniz. **A Advocacia-Geral da União**. Passos: São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Análise do direito comparado e nacional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas**. V Congresso do Instituto Mineiro de Direito Administrativo. 2007.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Judicialização não é sinônimo de ativismo judicial. In: **Revista Consultor Jurídico**. 01 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-01/diario-classe-judicializacao-nao-sinonimo-ativismo-judicial>> Acesso em: 12 ago. 2017.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. **Folha explica: políticas públicas**. 1.ed. 2.reimp. São Paulo: Publifolha, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOARES, Hector Cury. **O controle de constitucionalidade das leis e a importação de seus modelos para a construção de uma arquitetura brasileira**. Rev. JURIS, Rio Grande, v. 13, p. 99-125. 2008.

_____. **O controle de constitucionalidade das políticas públicas no Brasil e a importação de modelos de controle de constitucionalidade pela Constituição de 1988**. Rev. Direito Econ. Socioambiental, Curitiba-PR, v. 2, n. 1, p. 121-150, jan./jun. 2011.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº16, jul/dez 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In.: SARLET, I. W; TIMM, L.B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.