

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

ANTONIO GOMES DE VASCONCELOS

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

JULIA MAURMANN XIMENES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Antonio Gomes de Vasconcelos, Sebastião Sérgio Da Silveira, Julia
Maurmann Ximenes – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-111-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3.
Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS I

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I, do XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Belo Horizonte, nos dias 11 a 14 de novembro de 2015.

Fruto do labor de mais de duas dezenas de pesquisadores, os trabalhos refletem um pouco de uma das mais palpitantes e instigantes páginas recentes do jovem Constitucionalismo Brasileiro.

É certo que a Constituição Federal de 1988, que refundou a República Brasileira, destacou a cidadania e dignidade da pessoa humana como os fundamentos do novo estado que dela derivou (C.F., art. 1º, incisos II e III). Ao fazer opção dos valores humanos como o núcleo da nova república, o Constituinte escreveu uma das mais avançadas cartas, que meritoriamente ficou conhecida como A Constituição Cidadã.

Além de destacar a cidadania e a dignidade humana como fundamentos da República, alçou como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (C. F., art. 3º). Já nesse ponto, está projetado o embrião da segunda geração dos direitos humanos, que são previstos e garantidos ao longo de nossa Carta Republicana.

Em didática definição, André Ramos Tavares (Curso de Direito Constitucional. 10 ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837) sustenta que os direitos sociais são direitos de prestação ou direitos prestacionais, porque exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social, especialmente dos hipossuficientes. Assim, a concreção de tais direitos se vincula à existência de políticas públicas efetivas.

No momento atual da vida institucional de nosso país, vivemos o amadurecimento, a perplexidade e a angústia, diante da necessidade de cumprimento de muitos dos postulados

consagrados na nossa Constituição. Mesmo diante dos imensos avanços vivenciados nos últimos anos, o Brasil ainda é um país repleto de desigualdades sociais. Poucos compartilham a riqueza e muitos dividem o pouco que sobra. Lamentavelmente o gigantesco abismo que separa economicamente as classes sociais, também se repete em todas as outras áreas. A pátria não consegue garantir oportunidades para a maioria de seus filhos, na maioria das vezes, pela ausência ou deficiência de políticas públicas.

A letargia que assola o estado brasileiro na implementação de políticas públicas tipifica um comportamento juridicamente reprovável e implica em transgressão da própria Constituição Federal, conforme já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 1.484/DF, Rel. Min. Celso de Mello). É exatamente por essa razão que surgiu um ativismo judicial exacerbado, que hoje vem impondo ao poder executivo o cumprimento de muitas garantias e a implementação de políticas públicas para garantia de direitos sociais garantidos na Constituição.

Considerando estas premissas sobre a efetivação dos direitos sociais, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática para os intensos debates após a apresentação dos trabalhos.

Um dos grupos abordou o direito à saúde, objeto de intenso debate acadêmico e de pesquisas que buscam enfrentar os limites e possibilidades da judicialização. Os resultados de pesquisas sobre políticas públicas específicas de saúde também foram apresentados.

Outro grupo abordou uma temática que tangencia várias pesquisas sobre direitos sociais: a proteção à mulher. As pesquisas abordaram desde a violência contra a mulher até as políticas públicas afirmativas.

A proteção ao meio-ambiente, o direito à moradia, a sustentabilidade e a urbanização foram objeto de pesquisas apresentadas, com frequência utilizando o estudo de caso.

Por fim, cumpre destacar uma última pertinência temática: a proteção social. O programa bolsa família e a inclusão de pessoas com deficiência foi objeto de intenso debate, encerrando as discussões do grupo de trabalho Direitos Sociais e Políticas Públicas I e retomando a discussão apresentada no início desta introdução: a necessidade de inclusão de muitos cidadãos que ainda não tem acesso efetivo aos direitos sociais previstos no texto constitucional de 88.

O CONTROLE JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

THE LEGAL CONTROL OF THE SOCIAL RIGHTS PUBLIC POLICIES UNDER THE NEOCONSTITUCIONALISM PERSPECTIVE

**Yvete Flavio da Costa
Beatriz Petrechen De Vilhena Moraes**

Resumo

Após os acontecimentos da segunda guerra mundial surgiu uma necessidade de repensar a Teoria do Direito, o que se refletiu na seara constitucional. Através das Constituições, muitos países passaram a se preocupar com a concretização e garantia de uma determinada realidade social, trazendo no texto constitucional finalidades e direitos sociais, buscando o respeito à dignidade humana. Neste contexto surge o neocostitucionalismo buscando afirmar a normatividade, superioridade e centralidade da Constituição, dotada de forte conteúdo material. No Brasil, a criação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988 se mostra de acordo com esta nova teoria, e sua consequência para os direitos sociais foi, dentre outras, sua vinculatividade, de forma que o Estado deveria buscar sua concretização. A realização dos direitos sociais dá-se por meio das políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Poder Público. Contudo, verifica-se a impossibilidade financeira de concretização de todos os direitos fundamentais sociais em todas as suas dimensões, bem como uma situação de ineficiência devido à omissão do Poder Público. Levando em conta a vinculatividade dos direitos sociais e sua necessidade de efetivação, alguns autores defendem ser possível a existência de um controle jurídico mais racional destas políticas públicas, para que se atenda aos fins trazidos pelo Constituinte. Destarte, para lidar com a situação da não efetivação destes direitos, mas também, não deixa-los à mercê de uma arbitrariedade excessiva por parte da administração pública, argui-se ser necessário o desenvolvimento de uma dogmática jurídica que viabilize o controle jurídico e judicial racional de políticas públicas, para que estas priorizem os direitos sociais mínimos.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Direitos sociais, Controle jurídico de políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

After the events of World War II emerged a need to rethink the legal theory, which was reflected in the constitutional harvest. Through its Constitution, many countries have become concerned with the implementation and guarantee a certain social reality, bringing in the constitutional text, purposes and social rights, seeking respect for human dignity. In this context arises the neoconstitutionalism seeking state normativity, superiority and centrality of the Constitution, endowed with strong material content. In Brazil, the creation of a

democratic state by the Federal Constitution of 1988 is shown according to this new theory, and its consequences for social rights was, among others, its linking power, so that the state should seek their implementation. The realization of social rights takes place through public policies to be developed by the Government. However, there is a financial impossibility of realization of the fundamental social rights in all its dimensions, as well as a situation of inefficiency due to the omission of the government. Given the linking power of social rights and their need for effective, some authors advocate be possible to have a more rational legal control of these public policies, in order to meet the ends brought by the Constituent Assembly. Thus, to deal with the situation of non-realization of these rights, but also leaves them at the mercy of an excessive arbitrariness on the part of government, let us reason together to be necessary to develop a legal doctrine that enables the legal and judicial rational public policies so that they prioritize the minimum social rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitucionalism, Social rights, Legal control of public policies

INTRODUÇÃO

Os fatos históricos que incorreram no surgimento da teoria do neoconstitucionalismo e que inspiraram a Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição cidadã, trouxeram diversas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição de 1988 se demonstrou rígida e valorativa, pretendendo realizar mudanças sociais, buscando, com seu extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais se destacam os direitos sociais, efetivar uma nova realidade social. O texto constitucional prevê que os direitos sociais devem ser efetivados por meio de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Poder Público. Assim sendo, diante de sua força normativa, reafirmada pela neoconstitucionalismo, os direitos sociais passaram a vincular o Estado, que agora tem o dever de concretizá-los. Mais do que isso, esta vinculatividade acarretou a interferência do direito na confecção de políticas públicas, para que se possa, dentro do possível, otimizar a efetivação destes indispensáveis direitos.

Neste contexto, a importância do tema se dá diante da problemática do controle jurídico de políticas públicas de direitos sociais, algo muito discutido e controverso em meio à doutrina e jurisprudência brasileira. Busca-se com este trabalho demonstrar a compatibilidade deste controle com o ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo e da Constituição de 1988, e ainda, demonstrar a necessidade de se racionalizar este controle, buscando parâmetros e formas adequadas para fazê-lo, de modo a atender da melhor forma possível os objetivos traçados pela Constituição pátria. A análise do tema e dos dados coletados foi feita através de método predominantemente dedutivo.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO

O protagonismo da Constituição no ordenamento jurídico teve início no século XIX, tempo após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado constitucional ou Estado de Direito, o Estado Liberal Burguês. Este buscava, acima de tudo, limitar o poder político e organizar juridicamente o Estado através da Constituição. Esta tinha como base maior a liberdade,¹ e, em consequência, valorizava-se a legalidade e a soberania popular, com fito de defender os indivíduos dos arbítrios estatais. Desta forma, os teóricos da época acreditavam que o Estado deveria se abster de interferir tanto na seara econômica quanto na social, agindo

¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 32/27.

sempre minimamente, para levar a liberdade em suas ultimas consequências. Nesta modalidade de Estado verifica-se a predominância do Legislativo.

Contudo, na primeira metade do século XX o Estado Liberal se demonstrou insuficiente para responder aos anseios sociais que surgiam. O Estado então passa de Estado de Direito para Estado Social, mais intervencionista, dotado de mais tarefas e preocupado em solucionar problemas econômicos, sociais e culturais. A Constituição, por sua vez, teve seu conteúdo enriquecido, assegurando agora os direitos sociais e buscando a liberdade e igualdade em sentido social. Com este alargamento dos fins do Estado, tem-se o crescimento da função administrativa, o que acaba por realçar o Poder Executivo em detrimento do Legislativo. Neste âmbito é que surge o constitucionalismo, que tem como principais elementos: a Constituição como fundação do ordenamento estatal, como “sistematização racionalizadora das normas estatutárias do poder e da comunidade e a Constituição como lei, como conjunto de normas de fonte legal”². Segundo Comanducci³, o constitucionalismo é uma ideologia que busca a limitação do poder e a defesa de liberdades naturais e direitos fundamentais.

Após os acontecimentos da segunda guerra mundial surgiu uma necessidade de repensar a Teoria do Direito, o que se refletiu na seara constitucional. Após as atrocidades cometidas pelo nazismo e facismo, ambos legitimados pela maioria democrática, muitos países passaram a ter uma Constituição interessada na concretização e garantia de uma determinada realidade social, trazendo consigo valores, como a dignidade humana, finalidades, e opções políticas fundamentais a serem observadas pelas maiorias, concedendo para tanto, normatividade ao texto constitucional, que agora é rígido. De acordo com Ana Paula de Barcellos, estes valores e opções políticas formam um consenso mínimo que “passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado.”⁴

Luis Prieto Sanchís⁵ afirma que o constitucionalismo europeu pós guerra sofreu tantas mudanças, tornou-se tão singular a ponto de falar-se em uma nova cultura jurídica, ou

² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 165.

³ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. pp. 75-97.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

⁵ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo* Madrid: Ed. Trotta, 2007, p. 201.

talvez uma nova Teoria do Direito, o chamado neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo⁶.

Ana Paula de Barcellos⁷ aduz que apesar do termo, não se trata de algo tão diferente do constitucionalismo original, pois o chamado neoconstitucionalismo traz apenas alguns elementos novos à teoria anterior. Em verdade, o neoconstitucionalismo seria melhor denominado teoria neoconstitucional, porque, segundo a mencionada autora, trata-se de teoria em fase de concretização, que está construindo instrumentos que visam “transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmática consistente e utilizável na prática jurídica”⁸.

Neste ínterim, Paolo Comanducci⁹ defende que existem três acepções do termo neoconstitucionalismo: o neoconstitucionalismo teórico, que se pauta em na constitucionalização do direito, refletida por uma constituição invasora, com extenso rol de direitos fundamentais, na qual estão presentes tanto princípios quanto regras, e que traz peculiaridades interpretativas; o ideológico, que tem como plano central a garantia dos direitos fundamentais, valorizando os mecanismos institucionais de tutela destes direitos, com a exigência de que as atividades do Legislativo e do Judiciário visem sua concretização; e o metodológico, que entende ser necessária a conexão entre o direito e a moral.

A despeito das controvérsias teóricas e terminológicas explicitadas, por não ser este o objeto do trabalho, nos referiremos ao termo neoconstitucionalismo, de forma a abranger todas as acepções do termo, a representar o novo momento teórico do direito constitucional.

Em suma, o neoconstitucionalismo foi marcado pela materialização das Constituições, que apresentam denso conteúdo substantivo e são compostas por normas de diferentes espécies, tais como princípios, valores, direitos, diretrizes. Como consequência os direitos constitucionalmente previstos se tornaram normas supremas, efetivas e diretamente vinculantes, devendo sempre ser observados na aplicação do direito. Este conteúdo possui uma extensa gama de direitos fundamentais sociais, que possuem força normativa, irradiando

⁶ Importante lembrar que há entendimento doutrinário no sentido de que o constitucionalismo contemporâneo e o neoconstitucionalismo não são sinônimos, por serem momentos distintos. Neste trabalho adota-se a sua igualdade de significados.

⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

⁹ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. pp. 75-97.

efeitos para todo o sistema jurídico¹⁰. O novo modelo constitucional não visa apenas repartir poderes e competências, e sim, especialmente garantir direitos fundamentais, construindo uma nova ordem de valores e de justiça, que “exigirá postura ativa dos órgãos estatais e de toda a sociedade no sentido da sua realização, especialmente quando se tratarem de direitos prestacionais de cunho social”¹¹. Esta nova visão pode ser traduzida na expressão empregada por Konrad Hesse¹² da “força normativa da Constituição” que significa a atenção à efetividade das normas da Constituição, que não são mais simbólicas, que passam a ter força vinculante.

Ademais, Ana Paula de Barcellos¹³ esquematiza o neoconstitucionalismo, dividindo-o sob um ponto de vista metodológico-formal e um material. Sob o primeiro ponto de vista, coloca três premissas fundamentais: a normatividade (imperatividade), a superioridade e a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico. Sob o ponto de vista material, identifica dois elementos caracterizadores do neoconstitucionalismo:

a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.

Diante destas características, destaca a jurista:

a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.

No Brasil, a criação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal de 1988 se encaixa nas premissas desta teoria, conforme veremos.

2. OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição Federal de 1988, como fruto da redemocratização de nosso país, foi inspirada pelo ideal de realização de uma nova realidade social, com a intenção de superação dos problemas existentes. Tal ideal culminou com a constituição dos objetivos fundamentais

¹⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo* Madrid: Ed. Trotta, 2007, p. 201.

¹¹ ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. Introdução. Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista.* Conclusão. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais p. 3802/3822.

¹² Hesse, Konrad apud BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

da República Federativa do Brasil, no artigo 3º da carta¹⁴. Neste contexto, a Constituição prevê a criação de uma nova ordem social, pautada na justiça social e bem-estar, que deve ser realizada através de ações do Poder Público¹⁵. Para tanto, trata de maneira inovadora dos direitos fundamentais sociais elencados no artigo 6º, trazendo como norteador o princípio da dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

O artigo 5º, §1º garante aplicação imediata às normas de direitos e garantias fundamentais, ou seja, estas, a incluir as normas que asseguram os direitos sociais, já produzem efeitos desde a promulgação da Constituição de 1988, independentemente de leis regulamentadoras, conferindo normatividade ao texto constitucional. Este ideário de aplicabilidade imediata trazido pelo texto constitucional tem respaldo no neoconstitucionalismo.

Conforme leciona Ingo W. Sarlet¹⁶, a aplicação imediata dos direitos sociais impõe ao Estado o dever de maximizar sua eficácia, criando condições materiais para sua concretização. Os direitos sociais, segundo a doutrina de Alexy¹⁷, são direitos fundamentais que demandam prestações estatais. Diante desta peculiaridade, é que é necessário repensar o modelo de direito que tradicional. Luis Prieto Sanchís¹⁸ diz que a dificuldade dos direitos sociais vem de sua própria estrutura, de mandatos de otimização porque não prescrevem uma conduta em concreto, apenas uma obrigação de perseguir certos fins.

A Constituição Federal deu extrema relevância às condições materiais de existência do indivíduo, impondo a todos os entes da Federação responsabilidade de atingir os objetivos colocados pela Constituição sobre o tema¹⁹. Portanto, atualmente, não é possível se conceber a mera programaticidade destas disposições, sem a devida eficácia jurídica. Desta forma se insere o neoconstitucionalismo, que busca instrumentos para efetivar as normas constitucionais de direito sociais, procurando atingir os fins constitucionalmente previstos.

¹⁴ Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

¹⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: O direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (coord.). *Direito Sanitário e Saúde Pública* – Vol. I – Coletânea de textos. Brasília: 2003, p. 26

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998, p. 243.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008

¹⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo* Madrid: Ed. Trotta, 2007, p. 220.

¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p.241.

Imersa nesta ideia desenvolveu-se a doutrina brasileira da efetividade²⁰, a qual buscou superar o entendimento da Constituição como mera carta política, defendendo a direta e imediata aplicabilidade das normas constitucionais em sua máxima extensão normativa. Como normas imperativas, as normas constitucionais podem ser violadas por ação ou omissão, sendo resguardadas pelo sistema constitucional e infraconstitucional por meio da tutela jurisdicional do direito afetado²¹. Conforme defende Luís Roberto Barroso²²:

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica.

Conforme leciona Maria Paula Dallari Bucci²³, os direitos sociais acarretaram uma mudança de paradigma, modificando a postura abstencionista do Estado para uma postura prestacional, característica das obrigações de fazer geradas pelos direitos sociais. Conquanto formas de efetivação dos direitos sociais, faz-se necessária a compreensão jurídica das políticas públicas, a seguir.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS, INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS E POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURÍDICO²⁴

O conceito de políticas públicas não é algo completamente pacífico na doutrina. Fábio Konder Comparato²⁵ entende que são um “conjunto organizado de normas e atos

²⁰ Conforme aduz Luís Roberto Barroso no livro “O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, a expressão “doutrina brasileira da efetividade” foi empregada por Cláudio Pereira de Souza Neto, *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: Luís Roberto Barroso (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta De Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito À Saúde, Fornecimento Gratuito De Medicamentos E Parâmetros Para A Atuação Judicial*. Parecer s/n.º. [S.I], s.d.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁴ “Trata-se de um controle jurídico e não apenas judicial porque congrega também a possibilidade da utilização dos mecanismos de controle interno da Administração Pública, do controle externo, exercido pelo Judiciário e pelos Tribunais de Contas e, ainda, pelo controle social, que se amplia gradativamente e se mostra, potencialmente, como o mecanismo de controle possivelmente mais eficaz”, conforme lembra BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2006.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder *apud* FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto brasileiro de direito público, n 18, maio/junho/julho de 2009. Disponível em: <

tendentes à realização de um objetivo determinado”. Para Maria Paula Dallari Bucci²⁶, política pública é “o programa de ação governamental que resulta de um processo juridicamente regulado [...] visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”, a autora complementa que o processo de criação de uma política pública deve envolver a seleção de prioridades, reserva dos meios necessários e estipulação do intervalo de tempo em que se espera atingir os resultados. Nota-se, portanto, que as políticas públicas são realizadas através de atos e normas que lhes dão concretude com o fim de alcançar um objetivo de interesse público ou social, concretizando direitos.

Como se sabe, verificamos no Brasil atual a impossibilidade financeira de concretização de todos os direitos fundamentais sociais em todas as suas dimensões. Consoante o pensamento de Virgílio Afonso da Silva²⁷, em se tratando direitos prestacionais, portanto custosos, como os direitos sociais, não prospera uma análise dissociada dos efeitos práticos no âmbito das políticas públicas.

Acerca da limitação de recursos, Camila Paula de Barros Gomes²⁸ defende:

Não se pode sustentar que o direito à saúde ou à moradia confere a todos os cidadãos o acesso a todos os medicamentos e tratamentos disponibilizados pela medicina [...], vez que os recursos disponíveis para efetivação de direitos fundamentais são insuficientes para garantir tal grau de completude.

Levando em conta esta situação de escassez e insuficiência de recursos públicos, é preciso que a Administração Pública, no momento da elaboração das políticas públicas, escolha prioridades. Tais prioridades não podem ser eleitas ao completo deleite do Poder político, muito pelo contrário, devem ser encontradas no texto constitucional. Desta feita, é possível dizer que a Constituição vincula os caminhos a serem tomados pelo Executivo no dispêndio de recursos públicos, posto que estabeleceu amplos direitos sociais, dotados de imperatividade, que devem ser perseguidos através da elaboração de políticas públicas.

www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari op cit.

²⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso. Taking from the poor and giving to the rich: the individualistic enforcement of social rights.s.d. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcamlaw.rutgers.edu%2Fstatecon%2Fworkshop11greece07%2Fworkshop13%2FAfonso.pdf&ei=LDqPV MSHHuy1sQSL5IAY&usq=AFQjCNFGTha0_EZULa_Nkldf7coAfgJ8RA&sig2=yo-XJ05DRNSTx0is_Llg0g&bvm=bv.81828268,d.cWc. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

²⁸ GOMES, Camila Paula de Barros. A eficácia dos direitos sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa. Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica. [S.I]: Ed. Elsevier, 2010.

Assim, o político estaria sendo limitado pelo jurídico, posição que coaduna com a existência do Estado Social Democrático de Direito.²⁹ Esta linha de raciocínio vai de encontro e é complementada pela perspectiva do neoconstitucionalismo.

Admitindo-se a vinculatividade dos direitos sociais e dos fins constitucionais a serem buscados pelo Poder Público quando do gasto de dinheiro público, alguns autores defendem ser possível a existência de um controle jurídico racional das políticas públicas de direitos sociais. Assim sendo, os recursos disponíveis devem, prioritariamente, atender às políticas públicas que visam concretizar os direitos sociais mínimos.

Consoante o entendimento de Ana Paula de Barcellos³⁰, para lidar com a situação da não efetivação destes direitos e não deixa-los à mercê de uma arbitrariedade excessiva por parte da administração pública, argui-se ser necessário o desenvolvimento de uma dogmática jurídica que viabilize o controle jurídico racional de políticas públicas, a fim de que estas priorizem os direitos sociais mínimos. A autora apresenta certos parâmetros e formas de realização deste controle, que serão tratados no último tópico.

3.1. LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Para que este controle jurídico, criado no plano teórico, tenha aplicabilidade na prática, é necessário que o Poder Judiciário possa apreciá-lo, de maneira racional, diferentemente de como vem ocorrendo. Para tanto, faremos alguns apontamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário.

Inicialmente, sob a perspectiva do constitucionalismo atual, não seria difícil defender o controle judicial de políticas públicas, pois a Constituição é valor supremo, suas normas são dotadas de eficácia e normatividade, logo, geram direitos que devem ser resguardados pelo Judiciário. Neste ponto, o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição de 1988 determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ademais, não se pode ignorar a importância dada ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988, a qual seguiu a linha dos demais países ocidentais, em que ocorreu a valorização deste em decorrência do modelo de Estado social idealizado.³¹ No entanto, no tema de controle de políticas públicas,

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

³⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

³¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 38.

surtem diversas oposições à atuação do Poder Judiciário, sendo as mais comuns o desrespeito à separação de poderes e ao princípio democrático. Abordaremos brevemente a questão.

O princípio da separação de poderes não deve ser analisado dissociado de seus fins e contexto histórico. Inicialmente, foi idealizado para conter a tirania estatal que prejudicava o exercício dos direitos individuais. Deste modo, no contexto da Revolução burguesa a supremacia do Poder Legislativo e a desimportância do Judiciário se consolidaram. Ocorre que, ao longo século XX, o conteúdo da Constituição se alargou e as relações entre os poderes se modificaram. Diante disso, apesar da importância atual do princípio da separação de poderes, não se pode olvidar de sua natureza instrumental, pois este não deve ser utilizado como uma máxima antiga e inflexível, pelo contrário, deve ser adequado ao modelo atual de Estado.³² Se considerado de maneira antiquada, este preceito poderá produzir um efeito paralisante às reivindicações sociais, sendo necessária a realização de uma nova leitura, para que possa continuar servindo a seu escopo original de garantir direitos do povo contra o arbítrio estatal, que hoje se dá, na maior parte das vezes, omissivamente.³³ Atualmente, as tarefas dos poderes muitas vezes se aproximam, e ainda, ressalta-se que é próprio do Judiciário analisar questões constitucionais ainda que afetas a outros Poderes. Portanto, a separação dos poderes em si, não representa obstáculo ao controle pelo judiciário das ações ou omissões inconstitucionais do Poder Público³⁴.

No tocante ao princípio democrático, vale lembrar que este também não é um valor em si mesmo, mas a “manifestação da igualdade no exercício do poder político”³⁵. Atualmente é amplamente reconhecido que a igualdade meramente formal não corresponde aos anseios do sistema jurídico, sendo que a igualdade material exige que mesmo as minorias tenham seus direitos de humanidade respeitados. Mesmo porque o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a própria dignidade humana. Justamente, as políticas públicas, muitas vezes, visam atender a interesses de minorias, que precisam da ação estatal para que possam atingir uma igualdade material em relação ao resto do povo. Portanto, ao efetuar

³² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 261/264

³³ SANTOS, Ana de Fátima apud KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, p. 88.

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 264

³⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 266

controle jurídico das políticas públicas o Poder Judiciário, apenas por não ser um poder político, não estará a ferir este princípio.

4. NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE PARÂMETROS E FORMAS

Compreendendo ser possível a realização do controle de políticas públicas de direitos sociais pelo Poder Judiciário, abordaremos mais a fundo a questão da necessidade de se estipular parâmetros para o defendido controle e alguns possíveis parâmetros colocados pela doutrina. A fim de superar a situação fática de omissão estatal e limitação de recursos e estimular a concretização de políticas públicas destinadas à promoção dos direitos sociais, é imprescindível a criação de uma dogmática jurídica que viabilize o controle jurídico racional de políticas públicas de direitos sociais, sem que se reduza o espaço do político reservado aos Poderes Legislativo e Executivo³⁶.

Seguindo as lições de Ana Paula Barcellos³⁷, a referida dogmática deve ter como base: a identificação de parâmetros constitucionais (que definam o que seria prioritário), o acesso à informação (em relação aos recursos públicos, previsão e execução orçamentária) e ainda, a elaboração de instrumentos para racionalizar este controle.

O primeiro item é de extrema relevância. Do texto constitucional é que devem ser retirados estes parâmetros, regras jurídicas, que determinam o que é prioritário no Estado brasileiro no tocante às políticas públicas. A autora aduz que, de maneira simplificada, há um parâmetro objetivo para definição das prioridades, sendo este referido nos artigos da Constituição Federal que preveem dotações orçamentárias mínimas ou destinação para investimento em determinadas áreas, todas relacionadas aos direitos sociais³⁸. Parâmetro um pouco mais complexo se incumbe de extrair da Constituição bens mínimos e fins a serem alcançados prioritariamente pelo Estado.³⁹ Percebe-se que alguns estão colacionados de forma expressa no texto constitucional, tal como ocorre com o exemplo da educação básica: o

³⁶ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2006.

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

³⁸ Artigos como: artigo 195, que determina que a receita obtida das contribuições sociais deve ser destinada a atender o custeio da seguridade social, que deve assegurar saúde, educação e assistência social; artigo 198 §2º que estatui percentuais mínimos de recursos provindos da receita (com sua respectiva forma de cálculo) que devem ser aplicados, anualmente, a ações e serviços públicos de saúde, pelos entes federativos; artigo 212 que estabelece que “a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino”.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

Estado está obrigado a disponibilizar educação fundamental gratuita, de acordo com os artigos 205 e 208, inciso I da Constituição. Portanto, neste caso, verifica-se que os recursos à educação deveriam primeiramente, ou em sua maioria, destinar-se ao atingimento da meta de oferecimento de educação fundamental a todos os que necessitam.⁴⁰

Neste sentido, importante e complementar a visão de Ada Pellegrini⁴¹, que defende o controle judicial de políticas públicas quando se trata de direitos básicos, vitais para o respeito do princípio da dignidade humana, direitos que compõe aquilo que doutrinariamente é chamado de mínimo existencial⁴². Para esta, o mínimo existencial “é esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implemetá-las”⁴³. Se compõe, por exemplo, da educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados, direitos sociais intrinsecamente ligados à dignidade humana⁴⁴. Por consequência é possível concluir que da Constituição se retire valores e direitos mínimos, básicos, que devem ser objetivados pelo Poder Público a fim de respeitar a dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição de 1988.

Ademais, a segunda base da dogmática a ser construída seria o acesso à informação relativa aos recursos disponíveis (receita arrecadada pelos entes), à previsão das leis orçamentárias e à efetiva execução do orçamento e gasto público. Este item contempla um direito básico de todo cidadão e uma obrigação a ser seguida pelos poderes. Contudo, na prática, verifica-se que tais informações são negligenciados, muitas vezes, a prestação de contas é genérica e obscura. Tal fato poderia ser resolvido pela ação conjunta dos poderes e de órgãos fiscalizadores como o Tribunal de Contas, bem como do Ministério Público. Isto,

⁴⁰ Idem.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.

⁴² A respeito deste conceito, as palavras do Supremo Tribunal Federal: “resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III) e compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade”

Ademais, Andreas Krell lembra que o mínimo existencial foi por primeiro veiculado pela Corte Constitucional alemã que o retirou do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física. Em sua teoria, Robert Alexy concebeu o mínimo existencial como uma regra, oriunda da ponderação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material. Deste modo, a natureza jurídica do mínimo existencial seria de regra jurídica, não de princípio, pois este último sempre pode ser ponderado. Desta feita, como conceito é fruto de uma ponderação, como um mínimo extraído de diversos direitos constitucionalmente garantidos, só pode ser restringido de maneira extremamente excepcional.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini *op cit*.

⁴⁴ ROCHA JUNIOR, Paulo Sérgio Duarte da apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.

facilitaria o controle jurídico das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, tornando possível a tomada de atitudes concretas pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Neste íterim é que se insere o último tópico da dogmática. Em havendo regras criadas a partir da Constituição para vinculação das prioridades governamentais, e havendo fiscalização da condução das políticas públicas, é necessário encontrar meios para que o Poder Judiciário possa efetivamente realizar o controle, devido à ação ou omissão inconstitucional dos demais poderes. Estes instrumentos, de acordo com Ana Paula de Barcellos⁴⁵, deveriam abranger três tipos de consequências aos poderes descumpridores: Responsabilização da autoridade competente; anulação dos atos de descumprimento; imposição das regras constitucionais. Nesta esteira, a jurista marca relevantes meios de resposta ao descumprimento já existentes, tais como a intervenção federal, prevista no artigo 21 inciso V da Constituição, e os da Lei de improbidade administrativa⁴⁶ e da Lei de responsabilidade fiscal⁴⁷. Outrossim, o Poder Judiciário pode ainda, quando provocado, impor sanções em relação a gastos diversos para que se invista naquilo que é prioridade de acordo com o texto constitucional, ou também obrigações de fazer para fazer cumprir os gastos mínimos constitucionalmente previstos por cada ente, ou ainda, de incluir em dotação orçamentária gastos com direitos prioritários, quando os recursos mínimo previsto constitucionalmente não estiverem sendo suficientes.

Cabe também ressaltar a visão de Ada Pellegrini Grinover⁴⁸ a respeito do controle judicial de políticas públicas. Para ela, deve ser pautado na razoabilidade, a ser obtida pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade, que “significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados”. Sobre o tema, a jurista cita, José Joaquim Gomes Canotilho, para colacionar os subprincípios constitutivos da proporcionalidade em sentido amplo, quais sejam: da conformidade ou adequação de meios aos fins, da exigibilidade/necessidade ou da menor ingerência possível, da proporcionalidade em sentido restrito (justa medida entre os meios e o fim)⁴⁹. Ainda, deve este controle respeitar a reserva do possível, quando comprovada, ser salvaguardado contra excessos, prever sanções no caso de descumprimento das determinações judiciais (à semelhança do que já foi exposto, essas sanções compreenderiam multa diária,

⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.

⁴⁶ Lei 4.829/1992

⁴⁷ Lei Complementar 101/2000

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini *op cit.*

⁴⁹ Idem.

responsabilização por crime ou improbidade administrativa do órgão competente e intervenção Federal no Estado ou Município). Por fim, defende que este controle judicial deve ser feito no bojo de uma via processual adequada.

Por todo o exposto, buscou-se demonstrar a possibilidade de controle jurídico e também judicial das políticas públicas, desde que se criem parâmetros para racionalizar este controle, e torná-lo plenamente compatível com a Constituição Federal, a fim de que assim, se possa obter melhores resultados na implantação e implementação de políticas públicas ligadas aos direitos sociais. Ressalta-se que a intenção é tão somente despertar a importância do tema e apoiar o desenvolvimento de ideias que busquem melhorar a situação caótica dos direitos sociais no Brasil atual, tanto no tocante à sua inefetividade quanto no tocante à sua desmedida judicialização.

5. CONCLUSÃO

O movimento neoconstitucionalista que se instaurou na segunda metade do século XX deu ainda mais importância para a Constituição, marcando por vez sua centralidade e superioridade normativa no ordenamento jurídico. Juntamente com isso, Constituições, como nossa Constituição cidadã de 1988, tornaram-se mais rígidas e extensas, repletas de valores e escolhas políticas fundamentais. Neste esteio, a nova Constituição buscou modificar a realidade brasileira, prevendo mudanças e melhoras na ordem social, metas e fins a serem atingidos pelo novo Estado Social Democrático de Direito esboçado. Para tanto, ampliou o rol de direitos fundamentais deu extrema importância para os direitos sociais, obrigando o Poder público a subsidiá-los. Conforme o texto, tais direitos sociais são realizáveis através de políticas públicas, a serem desenvolvidas pelo poder público.

No entanto, nossa realidade se depara com algumas dificuldades na concretização destas políticas públicas, tais como limitação de recursos e omissão estatal. Ora, seguindo o a teoria neoconstitucional, partindo do pressuposto inicialmente apresentado, de que a Constituição tem eficácia normativa e suas escolhas vinculam o administrador público, é possível, e faz-se necessário a realização de um controle jurídico das políticas públicas de direitos sociais, que devem seguir o prescrito na Constituição. Tal controle deve ser exercido de maneira racional, tanto extrajudicialmente, como judicialmente, por se tratar de função compatível com as atribuições do Judiciário. Isto se faz possível através da criação de uma dogmática com este fim, que busque extrair da Constituição suas formas e parâmetros, de modo a encontrar prioridades constitucionais, levar em conta a realidade fática dos recursos e

buscar instrumentos capazes de trazerem resultados satisfatórios. Portanto, a discussão travada se mostra de suma importância, frente a nossa realidade fática, de ausência de concretização dos direitos sociais e de judicialização excessiva e irracional.

Assim sendo, o presente trabalho buscou enxergar o problema dos direitos sociais sob a ótica do neoconstitucionalismo e da Constituição de 1988, demonstrando a compatibilidade e a necessidade de realização de um controle jurídico racional de políticas públicas, para que se possa buscar os objetivos colocados pela Constituição de 1988, efetivando de maneira satisfatória os direitos sociais atualmente tão negligenciados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, número 15, janeiro/fevereiro/março de 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 7 de dezembro 2014.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. Dissertação, Universidade Federal do Paraná, Curitiba 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: Bucci, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)consitucionalismo: um análisis metateórico. In CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto brasileiro de direito público, n 18, maio/junho/julho de 2009. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-FELIPE-MELO.pdf>. Acesso em: 22 de novembro de 2014.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>. Acesso em: 27 de novembro de 2014.
- GOMES, Camila Paula de Barros. A eficácia dos direitos sociais. In: LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Poder Judiciário, direitos sociais e racionalidade jurídica*. [S.I]: Ed. Elsevier, 2010.

KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSSI, Amélia Sampaio. *Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais. Introdução. Constitucionalismo contemporâneo x positivismo jurídico. A realização dos direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucionalista. Conclusão*. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Anais p. 3802/3822.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo* Madrid: Ed. Trotta, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. *Taking from the poor and giving to the rich: the individualistic enforcement of social rights*, .s.d. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fcamlaw.rutgers.edu%2Fstatecon%2Fworkshop11greece07%2Fworkshop13%2FAfonso.pdf&ei=LDqPVMHSHuy1sQSL5IAY&usg=AFQjCNFGTha0_EZULa_Nkldf7coAfgJ8RA&sig2=yo-XJ05DRNSTx0is_Llg0g&bvm=bv.81828268,d.cWc. Acesso em: 20 de novembro de 2014.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: O direito sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (coord.). *Direito Sanitário e Saúde Pública* – Vol. I – Coletânea de textos. Brasília: 2003.