

POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DIÁLOGOS LUSO-BRASILEIROS¹

PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL REVIEW: DIALOGUES BETWEEN PORTUGAL AND BRAZIL

HECTOR CURY SOARES

Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS – 2010/ atual). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS – 2008/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEl – 2002/2007). Foi professor substituto da Faculdade de Direito do Rio Grande – FURG (2009/2011). É Professor Assistente da Fundação Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA – 2011 – atual). Áreas de interesse: Direito Administrativo, Administração Pública, Direito Constitucional e Políticas Públicas.

RESUMO

A presente pesquisa visa apresentar, de forma sucinta, como é realizado o controle de constitucionalidade de políticas públicas sociais no Brasil e em Portugal. Em virtude do ascendente controle de políticas públicas sociais pelo Tribunal Constitucional português, pelo controle que ora se realiza no Brasil e pela proximidade das duas tradições jurídicas; a análise e a percepção do que é feito em Portugal, em termos práticos e teóricos poderá auxiliar na consolidação de critérios para o controle brasileiro. Ou mesmo, a forma como se realiza o controle no Brasil

¹ Convém salientar que a pesquisa é fruto de trabalho realizado no âmbito do Programa de Doutorado Sanduíche em Universidade Estrangeira da CAPES, realizado na Universidade de Coimbra-Portugal, sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade. No Brasil, a pesquisa é orientada pelo Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila. E, por último, mas não menos importante faço a justa e carinhosa dedicatória as duas mulheres que mudam, diuturnamente, a minha vida: Gabrielle Araujo, minha esposa e Helena Cury, minha filha, por terem permitido eu realizar essa experiência única.

poderá servir como base à experiência portuguesa. Assim, são investigadas as posições de três autores portugueses, centrais para o tema: José Carlos Vieira de Andrade, Jorge Reis Novais e José Joaquim Gomes Canotilho. Contribui ao debate questões ligadas à seguridade social portuguesa e ao Sistema Nacional de Saúde português. Ao final é realizada a aproximação e crítica à forma como é realizado o controle judicial de políticas públicas no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: políticas públicas sociais; controle judicial; direito constitucional português.

ABSTRACT

This research aims to present briefly performed as the control of constitutionality of social policies in Brazil and Portugal. By virtue of ascending control of social policies by the Portuguese Constitutional Court, praying for control takes place in Brazil and the proximity of the two legal traditions; analysis and perception of what is done in Portugal in practical and theoretical terms may assist in consolidating criteria for the Brazilian control. Or even, how the control is held in Brazil could serve as basis for the Portuguese experience. Thus, the positions are investigated by three authors for the Portuguese central theme: José Carlos Vieira de Andrade, Jorge Reis Novais and José Joaquim Gomes Canotilho. Contributes to debate issues related to social security Portuguese and Portuguese National Health System. At the end of the approach is performed and critical to how it is conducted judicial control of public policies in Brazil.

KEYWORDS: public policies; judicial review; Portuguese constitutional law.

1. INTRODUÇÃO

A produção intelectual tanto no âmbito da ciência política quanto da ciência jurídica é recente no campo das políticas públicas no Brasil. Explorar o campo do

conhecimento das políticas públicas pela ciência política acentua-se na década de 80, já na ciência jurídica começou a despertar interesse principalmente com o fenômeno da chamada judicialização da política no Brasil, final dos anos 90 e início dos anos 2000². A tendência dos tribunais explorarem matérias relativas às opções político-legislativas é frequente em função duas características (uma jurídica e outra social), respectivamente: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ser uma Constituição regulatória³; o déficit social pós-entrada em vigor da Constituição de 1988, na comparação ao escrito na Constituição e à realidade social brasileira⁴.

Na última característica temos a própria afirmação e reafirmação da importância do debate da questão da judicialização das políticas públicas no campo da ciência política, a investigar os atores, os interesses e os resultados dos envolvidos, para que se apontem caminhos à diminuição do abismo criado entre Constituição e realidade brasileira. Doutro lado, a primeira característica aponta para algo fundamental, em termos de políticas públicas, a Constituição de 1988 buscou regular as políticas públicas sociais, apresentando a sua estrutura, a diminuir, portanto a margem de discricionariedade do legislador ordinário, tendo em vista que o legislador constituinte ponderara tais opções.

Assim, diante da ausência do Poder Executivo ou Legislativo, o Poder Judiciário brasileiro tem entendido pelo controle de política públicas, que dependendo da forma como é realizado, poderá ferir o princípio da separação dos poderes, em que pese o papel do Poder Judiciário, bem como de todos os Poderes do Estado, sofrer uma

² GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 23. O estudo da Professora Maria da Glória visava inserir como disciplina do segundo ciclo do mestrado, a disciplina de Direito das Políticas Públicas, da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Justifica com base nas próprias configurações do Estado Moderno. Expõe, como um de seus fundamentos, a necessidade de estudar as políticas públicas e os novos problemas dentro do âmbito da Constituição, da discricionariedade legislativa e da liberdade de conformação do legislador. Permitindo, destarte, compreender a aplicação dos princípios de direito constitucional e direito administrativo no desenvolvimento das políticas ou no ajustamento dos instrumentos de políticas públicas.

³ Constituição da República Federativa do Brasil como uma Constituição regulatória: v. ÁVILA, Humberto Bergmann. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do Direito" e o "Direito da ciência". **Revista Eletrônica Direito do Estado**. n.º 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso: 28.01.2013.

⁴ Sobre o déficit social no Brasil e a chamada modernidade tardia: v. FAORO, Raymundo. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007. p. 123-124. BUARQUE, Cristovam. **O colapso da modernidade brasileira e uma proposta alternativa**. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1991. CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem & Teatro de Sombras**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, Relume-Dumará, 1996. p. 27. VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

mudança com o Estado Democrático de Direito. De lá para cá, cada vez mais pesquisadores ligados à ciência jurídica dedicam-se ao tema do controle judicial de políticas públicas, havendo uma série de pesquisas a fim de tentar delimitar ou mesmo estabelecer critérios à intervenção.

Mesmo admitindo, sob a ótica constitucional, o controle judicial das políticas públicas sociais pelo Poder Judiciário, há uma grande dificuldade doutrinária em estabelecer limites a tal, ou mesmo critérios para limitar o controle, sustentáveis dogmático-juridicamente. Parte dessas questões inspirou a pesquisa do autor no âmbito do doutoramento em Direito, o que o levou a buscar *além-mar* novas percepções acerca do tema, principalmente, sustentado no princípio da separação dos poderes. Assim, entre 2012-2013, realizou-se estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra, Portugal, sob a orientação do Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade. Isso porque, dentro do panorama da doutrina jusconstitucional portuguesa, debate-se também a questão dos limites da intervenção do Tribunal Constitucional em matéria de prestações de direitos sociais: seguridade social e sistema nacional de saúde.

Diante disso, três autores têm sido centrais nesse debate a fundamentar, inclusive, os votos dos Conselheiros do Tribunal Constitucional português, são eles: José Carlos Vieira de Andrade, José Joaquim Gomes Canotilho e Jorge Reis Novais. Por óbvio, há outros, mas se perceberá ao longo do texto a proximidade com cada um dos citados autores. Nesse sentido, portanto, intenta-se apresentar sumariamente a posição dos referidos autores em matéria de controle de políticas públicas (direitos sociais), para que, talvez, possa-se estabelecer um diálogo entre as duas tradições jurídicas, tendo em vista a proximidade, em termos de características estruturais, das duas Constituições. Advirta-se, entretanto, que não reside, de forma alguma, a ideia de um levantamento importado, como forma de colonizar ou neocolonizar a doutrina constitucional brasileira. Em sentido totalmente distinto se quer estabelecer um diálogo. Desta forma, o trabalho será dividido em três partes conforme cada um dos autores aqui citados.

2. O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONSCIÊNCIA JURÍDICA GERAL DE JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE

A questão do controle judicial de políticas públicas sociais é uma das preocupações do pensamento expresso pelo Prof. Dr. José Carlos Vieira de Andrade, embora não utilize a expressão “políticas públicas sociais”, perceber-se-á, quando trata dos direitos fundamentais sociais que – e isso é um pressuposto aqui adotado – a forma que concretizará tais direitos será por meio das políticas públicas. Há, nesse sentido, três estudos importantes e os quais servirão de base para o exame: O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02 (2002)⁵; O dever da fundamentação expressa de actos administrativos (que é sua tese de doutoramento de 1977, mas se trata de uma reimpressão de 2007)⁶ e Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976 (publicado originalmente em 1982, mas que tem uma versão atualizada de 2012)⁷.

Para os fins propostos, nesse estudo, a última obra tem lugar central, a primeira tem grande importância por colocar em movimento o pensamento do autor e a segunda não tem tanta aplicação por ser uma obra fundamentalmente aplicada ao direito administrativo, embora tenha algumas passagens que sejam, dentro do conjunto da obra do autor como um sistema, interessantes para compreender suas posições. Assim, no tocante a síntese das ideias de Vieira de Andrade, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, por óbvio, é a obra chave se formos para o campo da proteção dos direitos fundamentais sociais prestacionais, ou seja, se tratarmos do controle judicial de políticas públicas. No Brasil, o citado estudo tornou-se referência na seara dos direitos fundamentais sendo frequentemente adotado como referência bibliográfica na temática dos direitos fundamentais.

⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 1, jan/mar, 2004, p. 4-29.

⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Coimbra, 2007.

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2012.

Importante salientar que o citado livro de Vieira de Andrade foi editado e publicado após a primeira revisão da Constituição Portuguesa de 1976, sendo sucessivamente objeto de reformulações quando da estabilização constitucional proporcionada pela revisão de 1989 e pela entrada na Comunidade Económica Europeia (CEE), em 2000/2001⁸. Segundo o próprio autor, a obra tem como base suas lições fotocopiadas que foi escrevendo ao longo do ano letivo de 1977/1978, para os alunos da cadeira de Direito Constitucional do Curso Complementar na Faculdade de Direito da Universidade Coimbra⁹.

Nesse sentido, sua preocupação fundamental é de tornar clara a construção jurídica da matéria relativa aos direitos fundamentais, acentuando aspectos dogmáticos com base na Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP). Ao longo de sua obra fará uma nítida distinção entre os direitos fundamentais, qual seja os direitos, liberdades e garantias, e os direitos sociais.

Para o tema que pretende se desenvolver aqui é importante a distinção, que faz Vieira de Andrade, entre os direitos, liberdades e garantias, e os direitos, económicos e sociais, que podem ser designados também como direitos sociais¹⁰. Assenta que tal distinção torna-se importante, não pela forma como a Constituição divide a matéria, “mas sobretudo por definir um regime geral específico para os direitos, liberdades e garantias. Acresce que as características próprias do regime indiciam e pressupõem um recorte substancial da categoria a que se aplicam”¹¹. Isso porque, conforme o art. 18, item 1 da Constituição da República Portuguesa “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. E, além disso, no art. 17 da mesma Constituição “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga”¹². Isso significa dizer que, a própria Constituição, dá um tratamento diferenciado aos direitos, liberdades e garantias em relação aos direitos sociais. No

⁸ Idem, 2012, p 7 (Nota prévia à 5ª edição).

⁹ Idem, p. 11.

¹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 172.

¹¹ Ibidem.

¹² PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso: 20.02.2013.

caso, os direitos, liberdades e garantias e os direitos de participação (política) contam com sua aplicabilidade imediata¹³.

Na interpretação do título II, entende-se que estão incluídos quase todos os direitos herdados da tradição liberal. Assim, os direitos, liberdades e garantias, por terem uma função primária de defesa (ainda que possuam alguma dimensão positiva) têm primordialmente caractere de defesa, por isso aplicáveis e, portanto, exigíveis imediatamente¹⁴. Doutro lado, os direitos sociais o conteúdo principal é de uma prestação positiva (políticas públicas sociais), a gerar um custo social, em função quer de sua prestação material (escassez de recursos) quer em prestações jurídicas face ao limite do poder estadual nas sociedades democráticas¹⁵.

O regime diferenciado, para Vieira de Andrade, também se justifica em função do conteúdo principal dos direitos, liberdades e garantias ser determinados por opções constitucionais, enquanto os direitos económicos, sociais e culturais o conteúdo principal depende essencialmente da determinação de opções pelo legislador ordinário, ao qual a Constituição afere poderes de concretização¹⁶. Ou seja, para sair do campo das pretensões jurídicas e tornar-se um direito subjetivo é necessária a determinação de um direito social pelo Poder Legislativo, o que impossibilita a imediata aplicabilidade desses.

No entanto, em que pese haja uma maior indeterminação dos direitos sociais, esses têm um mínimo de conteúdo determinável por interpretação em referência à Constituição¹⁷. O alcance da determinação dos direitos sociais na Constituição é fulcral para estabelecer o maior ou menor grau de conformação do Legislador. Nesse sentido, “seria, pois, ilegítima a conformação desse conteúdo pelos tribunais e o conseqüente reexame das decisões legislativas, por atentar contra a filosofia constitucional de repartição dos poderes”¹⁸.

Assim, em relação aos direitos sociais que, portanto, dependerão de políticas públicas sociais para a sua efetivação, como, por exemplo, o direito à saúde, o direito à habitação, o direito à educação, o direito à cultura, dependem de determinadas condições factíveis. Desta maneira, ao Estado cabe organizar os seus

¹³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 173.

¹⁴ Idem, p. 174.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem, p. 176.

¹⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 178.

¹⁸ Idem, p. 178-179.

recursos para satisfazer às prestações que os cidadãos têm direito. Ou seja, é necessário que materialmente haja recursos disponíveis juridicamente pelo Estado para a satisfação dos direitos fundamentais sociais¹⁹. Segundo Vieira de Andrade, a escassez é um dado concreto das sociedades livres, por isso não se trata apenas da repartição de tais recursos, mas, efetivamente, uma real opção quanto à afetação material²⁰.

Dentro desta perspectiva, estabelecer uma opção torna-se uma difícil tarefa diante das condições globais e das coordenadas para o desenvolvimento de uma dinâmica que gerará o desenvolvimento econômico e social e às interdependências na dinâmica das relações e dos fenômenos coletivos. Para se pensar sob a ótica da plena controlabilidade judicial, dever-se-ia ter como positivo que a Constituição contém todas as respostas para esses questionamentos e para gerar o equilíbrio nessa equação, o que, todavia, Vieira de Andrade, pensa não ser verdadeiro²¹. Ao menos, não em uma sociedade que constitua uma democracia pluralista. Por conseguinte

É assim que se entende em geral que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a <<fins políticos de realização gradual>> ou que são direitos <<sob reserva do possível>>. A Constituição não pode dizer qual o conteúdo exato da prestação, como há de processar-se a respectiva atribuição e sob que condições e pressupostos.²²

Tal entendimento conduz a conclusão que, no caso das políticas públicas sociais, cabe ao Poder Legislativo estabelecer as opções políticas, em outras palavras, as prestações positivas do Estado. Não cabendo, portanto, ao juiz na sua função aplicadora – mesmo que diante do controle de constitucionalidade das leis – sob a cobertura da interpretação constitucional arrogar ao Legislativo²³. Para Vieira de Andrade, as políticas públicas sociais não devem estar determinadas nos textos constitucionais, em função de sua complexidade e contingência. Além disso, há opções autônomas e específicas de órgãos que possam dispor de capacidade técnica e legitimidade democrática para se responsabilizar sobre tal decisão²⁴.

¹⁹ Idem, p. 179.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Idem, p. 179-180.

²³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 179.

²⁴ Idem, p. 180.

Nesse sentido, para o referido autor português, não seria legítimo ao juiz, baseado em seus poderes de fiscalização da lei imputar à Constituição uma intencionalidade que ultrapasse o conteúdo mínimo de um direito fundamental social. Tal conteúdo é apontado por diretrizes para a legislação ordinária, cabendo ao legislador uma concretização jurídico-política ou uma conformação do conteúdo dos direitos fundamentais²⁵.

Daí que se pode imputar a perspectiva de excepcionalidade do controle jurisdicional em matéria de políticas públicas sociais, não devendo o juiz, mesmo o Supremo Tribunal Federal, rever decisões político-legislativas, que no Brasil também contam com a participação do Poder Executivo; por violar o princípio da separação dos poderes. Aliás, tal posição reflete a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, apenas há que se ter cautela: o Supremo Tribunal Federal aponta para a excepcionalidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, entretanto a sorte de argumentos apontados não será a mesma, principalmente com base em votos de três Ministros: Gilmar Mendes, Celso de Mello e Dias Toffoli, os quais, no entanto, convergem quanto ao caráter *sui generis* do controle, observe-se:

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes²⁶

Nesse sentido, o controle jurisdicional das políticas públicas assume um caráter de excepcionalidade, em outras palavras o Supremo Tribunal Federal, ou no caso português, o Tribunal Constitucional, ou mesmo um juiz singular, um Tribunal de Justiça; não deve se substituir à vontade dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de direitos fundamentais sociais ou políticas públicas de direitos sociais.

²⁵ Ibidem.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 809.018. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 10.10.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 417.408. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 20.03.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 593.676. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 28.02.2012. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 635.619. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 06.12.2011. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 750.768. Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 25.10.2011. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 639.337. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 23.08.2011. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 47. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 17.03.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 17.03.2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 47. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. DJ 17.03.2010.

Todavia, isso não torna os direitos fundamentais sociais em meras promessas/ programas/ diretrizes que ficarão ao alvedrio da iniciativa do Legislativo e do Executivo para que possam ter efetividade. Há que se ter claro que entre os dois tipos de direitos fundamentais apresentados existem uma diversidade quanto à determinação do conteúdo e, como corolário, diversa força jurídica²⁷. Conseqüentemente, para Vieira de Andrade, os direitos, garantias e liberdades são direitos de conteúdo constitucionalmente determinável, enquanto os direitos sociais são direitos a prestações sujeitos à determinação política²⁸.

Isso significa dizer que para valerem como direitos, os direitos sociais necessitam de uma intervenção legislativa conformadora. Portanto, se a Constituição fala do dever do Estado de uma prestação à saúde, deve o Poder Legislativo (saliente-se que, no Brasil, juntamente com o Executivo) estabelecer o conteúdo desse dever, que são singularizados em dois aspectos: *o quanto* deve ser e *o que* deve ser prestado²⁹. As questões as quais emanam a partir dessas considerações – e que aqui metodologicamente se está a utilizar a base teórica de Vieira de Andrade para responder – são as seguintes: e se não houver uma lei a concretizar o direito fundamental social? E essa lei for relativamente insuficiente em relação às necessidades mínimas em termos de prestações?

Quanto à primeira indagação, a falta da lei afirma a plenitude do direito, isto é, o direito existe e é válido plenamente. Todavia, seus limites ficam adstritos às outras normas constitucionais, “pois constam de preceitos diretamente aplicáveis pela Administração, pelos particulares e, em última instância, pelos tribunais”³⁰. Com isso nada mais se vislumbra que, na omissão dos Poderes competentes à elaboração de políticas públicas sociais caberá, em último caso, ao Poder Judiciário, com base nas regras e princípios constitucionais, propor uma determinada política pública social. O caminho adotado relativamente à segunda questão afeiçoa-se mais tortuoso, pela sua generalidade, se uma política pública social estiver abaixo do mínimo constitucional implica a possibilidade do Poder Judiciário tomar uma medida, ou seja, concretizar um direito social³¹. Entretanto, se a política pública social vai além do mínimo e, mesmo assim, o Poder Judiciário substitui a opção político-

²⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 183.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Idem, p. 183-184.

³⁰ Idem, p. 184.

³¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 183-184.

constitucional dos Poderes Legislativo e Executivo, está-se diante de uma flagrante violação ao princípio da separação dos poderes, nas palavras de Vieira de Andrade, “Ora, isso é inadmissível numa sociedade democrática, porque traria consigo uma ditadura da Constituição ou um injustificado e ilegítimo <<governo dos juízes>>”³².

Dentro dessa perspectiva, a dificuldade que surge é da determinação do que venha a ser esse *conteúdo mínimo* e quais critérios auxiliam para estabelecê-lo. Vieira de Andrade começa a estabelecer tal resposta ao apresentar que a Constituição da República Portuguesa de 1976, em relação às normas que preveem os direitos a prestações (direitos sociais) contém diretrizes para o legislador. Embora, tais normas, não confirmam a seus titulares poderes de exigir, estabelecem ao Estado o dever que adote medidas para a satisfação concreta de tais bens³³. Como dito, isso não as torna mero programa político, pelo contrário impõe ao Legislador o dever de fazer, “mesmo que possa escolher em grande medida o que quer, não é livre de escolher o que quer que seja”³⁴. Por consequência, a Constituição quando impõe esse dever fornece critérios, por meio da própria estruturação do direito social no ordenamento constitucional, para determinação do conteúdo mínimo dos interesses dos beneficiários³⁵.

Para tornarem-se direitos subjetivos, assim, o Legislador deve atuar a definir o seu conteúdo concreto, a fazer opções políticas “num quadro de prioridades a que obrigam a escassez de recursos, o caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura característica do próprio princípio democrático”³⁶. Cabendo a intervenção do Poder Judiciário quando o Legislador/Executivo não cumpre (omissão total) ou cumpre insuficientemente (omissão parcial) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas³⁷.

Os preceitos constitucionais de direitos sociais, por certo, indicam uma estabilidade das situações e posições criadas pelo Legislador/Executivo em termos de políticas públicas sociais, tal garantia toca exatamente ao mínimo, “que reside na proibição de pura e simplesmente destruir essas situações ou posições, designadamente, na medida em que se ponha em causa o nível de realização do

³² Idem, p. 183 (nota de rodapé n.º 49).

³³ Idem, p. 359.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Idem, p. 360.

³⁷ Idem, p. 366.

direito exigido pela dignidade da pessoa humana”³⁸. O processo de transformação das normas de direito legal, para Vieira de Andrade, é baseado na consciência jurídica geral, por entender a Constituição suscetível de evolução³⁹. Ou seja:

Para nós, a Constituição é um *quadro normativo aberto* que implica e exprime uma *unidade de sentido cultural* e não pode ser *nem tornar-se* um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, que estabelecem opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não poderão ser constitucionalmente determinados e hão de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas.⁴⁰

No entanto, isso não significa descuidar-se de um conteúdo mínimo imperativo dos direitos sociais e, tampouco, da proteção da confiança. Nessa perspectiva, em comentário ao Acórdão 509/02⁴¹ do Tribunal Constitucional português aplica a sua teoria acerca dos direitos fundamentais sociais. O citado acórdão tratou da pronúncia pela inconstitucionalidade da norma do art. 4º, item 1 do Decreto da Assembleia da República portuguesa n.º 18/IX, que tratava acerca do rendimento social de inserção, rendimento pago aos jovens com, no mínimo, dezoito anos, visando o seu ingresso no mercado de trabalho. A alteração legislativa, considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, intentava ampliar a idade para a concessão do benefício de dezoito anos para vinte e cinco anos. O Tribunal Constitucional por violação a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana declarou inconstitucional o citado texto legislativo⁴².

Segundo Vieira de Andrade, pela primeira vez, o Tribunal Constitucional asseverou a existência de uma existência mínima condigna como direito a prestações do Estado. Considerou que a premissa da qual parte o referido Tribunal é verdadeira, pois deve respeitar a conformação do Legislador, apenas intervindo quando a violação da determinação constitucional for manifesta⁴³, sendo a intervenção judicial uma situação-limite ou uma situação excepcional, com dito anteriormente. Assim, cabe a intervenção em três situações:

³⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2012, p. 378.

³⁹ Idem, p. 378-379.

⁴⁰ Idem, p. 380-381.

⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2004.

⁴² Idem, p. 4.

⁴³ Idem, p. 23-24.

Em primeiro lugar, no que respeita à conformação legal dos direitos, quando a nova lei ofenda *direitos adquiridos* como concretizações constitucionais ou viole a *confiança* digna de proteção constitucional. Em segundo lugar, quando seja perante uma ofensa ao princípio da igualdade, enquanto *proibição do arbítrio e da discriminação injusta*. Em terceiro lugar, quando se comprove a destruição pelo legislador do *nível mínimo* de realização dos direitos exigido pela dignidade da pessoa humana⁴⁴.

Reconhece-se assim o direito às condições mínimas de existência condigna, afirmado como direito fundamental pelo Tribunal Constitucional português, concebido como direito a prestações estaduais positivas. Tal ideia, vista por Vieira de Andrade, sempre esteve baseada como consequência do da garantia do conteúdo mínimo dos direitos sociais⁴⁵. Todavia, isso não concorre com o espaço de conformação do legislador, embora possa ser determinado judicialmente e imposto o conteúdo mínimo do direito, ainda há um espaço para o legislador definir esse conteúdo mínimo⁴⁶. Nas palavras de Vieira de Andrade “continua, porém, a haver um espaço para conformação legislativa, por não haver *uma medida certa* nem *uma forma única* de cumprimento do imperativo constitucional [...]”⁴⁷.

Destarte, caberá ao legislador realizar opções técnicas e políticas, que deverão ser avaliadas sob a ótica do princípio da realidade ou de substancialidade. Isso significa dizer que deverá ponderar o nível de desenvolvimento social, “as concepções estruturais de organização da sociedade política, [...] associações e instituições, articulação entre instrumentos alternativos – prestações diretas, créditos, bolsas, ajuda na busca de emprego [...]”⁴⁸. Cabe também ao Estado fixar as condições para o gozo deste benefício, concretizando assim o mínimo em termos de prestações. Tais considerações levou o referido autor a concluir por não adequada a decisão do Tribunal Constitucional.

Para além da decisão do Tribunal Constitucional português, resta a lição de Vieira de Andrade em relação ao controle de direitos fundamentais sociais, em matéria de políticas públicas, a qual parte: a) da premissa do tratamento diferenciado entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e

⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, op. cit., 2004, p. 24.

⁴⁵ Idem, p. 26.

⁴⁶ Idem, p. 27.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.

culturais; b) da excepcionalidade do controle judicial de políticas públicas, tendo em vista ser competência do Poder Legislativo definir – conforme as condições – as opções político-legislativa; c) do Poder Judiciário deve intervir excepcionalmente em violação de direitos adquiridos ou proteção da confiança, ofensa ao princípio da igualdade e no caso que o legislador não tenha realizado o mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O DIREITO COMO TRUNFO DA MAIORIA EM JORGE REIS NOVAIS

O segundo autor português a ser analisado tem marcada posição em relação à intervenção do Poder Judiciário em matérias de políticas, mormente, em se tratando do Tribunal Constitucional português. Reflexo disso, na passagem de 2012 para 2013, publica obra dedicada à relação entre direitos fundamentais e justiça constitucional⁴⁹, na qual apresenta sua perspectiva sobre o papel do Tribunal Constitucional na efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, não se trata apenas dessa obra, citada por apresentar a última versão do ideário, há outras de fundamental importância⁵⁰.

A premissa de partida para repensar aspectos fulcrais do Estado como a Jurisdição Constitucional, o princípio da separação dos poderes, os direitos fundamentais (individuais ou sociais) parte da existência do Estado Democrático de Direito, ou, como chama, o Estado Social e Democrático de Direito tem arraigado em si novas exigências sob a ótica democrática e novas exigências em relação à socialidade⁵¹. Tal percepção é importante, pois dela partem as transformações ocorridas nos citados elementos de uma teoria da Constituição, como se pode deduzir é a mudança paradigmática de Estado (teoria do Estado) a influenciar na teoria da Constituição.

⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2013.

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010a. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2010b. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Almedina: Coimbra, 2006. NOVAIS, Jorge Reis. O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – Direito à segurança social. **Jurisprudência Constitucional**. n.º 6, abr/jun, 2005, p. 3-14.

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2006, p. 179.

Dentro desta percepção, o primeiro elemento a ser repensado, portanto, é a relação entre Estado e Sociedade. Essa dualidade, no Estado Social e Democrático de Direito é superada - o que até então era vigente no modelo liberal de Estado – algo apresentado, com alguns anos de antecedência por outro autor português, chamado Rogério Soares, na obra *Direito Público e Sociedade Técnica* chama a atenção para a superação da citada dualidade no Estado Social⁵². Isso, em ambos os autores, significa o Estado sair da condição de abstenção do modelo liberal e incorporar a questão social não somente às suas tarefas, como também ao texto constitucional. O fim de tal dualidade representará para o Estado centrar o essencial das suas preocupações em torno da distribuição e redistribuição do produto social, “tal não significa apenas que ele se envolve directamente (sic) na produção (como <<Estado empresário>>), mas, sobretudo, que encara a esfera econômica como susceptível de ser moldada em função das exigências sociais e dos objetivos políticos por ele definidos”⁵³.

A preocupação do Estado passa a estar ligada à redistribuição e distribuição do produto social, a estabelecer uma nova espécie de relação entre Estado, cidadãos e sociedade⁵⁴. Dessa maneira acontece com as diferentes transformações do Estado – as quais influenciam diretamente na Administração Pública e devem influenciar no *modo de fazer* da mesma -, há paulatinamente um câmbio paradigmático⁵⁵. Nessa linha, a base do Estado Liberal dá espaço ao chamado Estado Social. As funções dos Poderes no, Estado Social, são constituídas de novos sentidos. O fim da primeira guerra e as crises econômicas propôs o ambiente ideal para o Estado Social. O então ambiente recortado entre relações do Estado e da Sociedade Civil perde força, toma lugar um Estado prestacional comprometido, mas que paradoxalmente vive a crise de sua arquitetura reforça suas relações de interdependência interna e externa, redefine suas funções, atenua sua singularidade ante seus postulados clássicos e experimenta a fragmentação paulatina de suas próprias estruturas.

⁵² SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Público e Sociedade Técnica**. Coimbra: Tenacitas, 2008. p.131-132.

⁵³ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2006, p. 179.

⁵⁴ Idem, p. 188.

⁵⁵ Na seara do direito administrativo brasileiro, tal preocupação tem sido vociferada pelo incansável Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 18.

É neste contexto que as políticas públicas ganham espaço, elas surgem no chamado Estado Social, que nada mais é (historicamente) que um intento de adaptação do Estado tradicional (Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial aos seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Daí se desenvolve, no primeiro terço do século XIX, as chamadas políticas sociais com o objetivo de remediar as péssimas condições dos extratos mais desamparados da população (sem a intenção de transformar a estrutura social). A atual política social transforma-se em política social generalizada. Isso faz com que as Constituições incorporem ao seu texto uma série de direitos sociais. As condições históricas que tornam possível essa nova função do Estado é uma nova etapa do capitalismo, ou seja, a necessidade de resolver os problemas gerados pela estrutura do Estado Liberal e as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento cultural e tecnológico do período industrial⁵⁶.

As políticas públicas sociais ou os direitos fundamentais sociais em políticas públicas exigem uma reconfiguração das relações entre Estado e cidadãos. Ao Estado exigem-se prestações, portanto, em matéria de direitos fundamentais, saindo da condição absentista do Estado de Direito liberal. Desconsidera Reis Novais, entretanto, a distinção entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, isso porque “as diferenças de determinabilidade de conteúdo dentro dos direitos fundamentais já desaparecem ou foram superadas através da intervenção conformadora e homogeneizadora por parte do legislador ordinário”⁵⁷. Para o citado autor, os direitos sociais (dentro de seu âmbito prestacional) não são apenas fins ou objetivos de uma ação política, são garantias jurídicas revestidas enquanto direitos fundamentais, “potencialmente subjectivos, e, logo, titulados por sujeitos concretos e dirigidos contra os poderes públicos vinculados, por definição, à observância das imposições constitucionais”⁵⁸. Portanto, os direitos fundamentais sociais possuem, nessa perspectiva, autonomia, não dependendo totalmente da conformação legislativa.

⁵⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 18-19.

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010a, p. 356.

⁵⁸ Idem, p. 29.

Assim, se a saúde está constitucionalizada, há uma garantia jurídica às prestações decorrentes do direito à saúde. Tais normas – de direitos sociais – em função de sua indispensabilidade ao bem-estar e a uma vida digna impõem não apenas o dever de respeitar e proteger o acesso a tais bens, a garantia não pode ser geral e abstrata de acesso a esses bens, por todos os indivíduos. Deve também realizar prestações fáticas que promovam o acesso a esses bens a quem não dispõe de recursos próprios para alcançar, ou seja, deve conjugar a universalidade do acesso à promoção da igualdade material⁵⁹. De tal forma que os deveres estatais, em relação aos direitos sociais, são de três ordens: dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar.

Para Reis Novais, a promoção do acesso individual dar-se-á “consoante às circunstâncias concretas, os diferentes titulares, as diferentes épocas e desenvolvimento econômico do Estado”⁶⁰, podendo ser deslocada a centralidade de cada um de tais aspectos, conforme as condições objetivas e subjetivas. Vale aqui referir o exemplo de Reis Novais para ilustrar

Por exemplo, se eu tiver uma habitação, própria ou arrendada, no direito social à habitação eu não relevo, para mim, pessoalmente, o direito a ajuda estatal para obter uma habitação, mas, eventualmente, valoro mais o direito que o Estado respeite o acesso que já possuo ou que me proteja de eventuais ameaças ou agressões providas de entidades públicas ou privadas. Já se eu não tiver os necessários recursos econômicos, relevo nos direitos sociais sobretudo a dimensão de promoção estatal, de prestação fática (sic), enquanto dimensão de respeito ou a proteção que surge como de importância desvalorizada, acessória ou irrelevante se eu não tiver ainda, sequer, garantido o próprio acesso ao bem em causa.⁶¹

Nessa perspectiva, o papel do Poder Judiciário é ainda maior, porque o poder democraticamente eleito é – embora legítimo – vulnerável e dependente de preconceitos e das pressões das maiorias. Torna-se mais relevante o escrutínio judicial e, para tanto, deve-se ter como base os direitos fundamentais como trunfo da minoria, mormente, às medidas discriminatórias, diferenciadoras ou restritivas que afetem desvantajosamente a determinado grupo social⁶². Destarte, as escolhas político-legislativas, no caso dos direitos fundamentais sociais, devem ser feitas de

⁵⁹ Idem, p. 42.

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010a, p. 44.

⁶¹ Ibidem.

⁶² NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2013, p.114.

forma a não causarem um discrimen, por vezes, desproporcional, caso de sindicância pelo Poder Judiciário.

Para Reis Novais, o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário em matéria de direitos sociais deve ser necessariamente limitado, pois embora não seja algo exclusivo dos direitos sociais, a questão dos custos dos direitos, atingido também os direitos individuais; o citado autor alega que se trata de uma dificuldade real, a gerar, destarte, uma sensível diminuição nas possibilidades de controle judicial, baseado no princípio da separação dos poderes⁶³. Para tanto, salienta que o controle judicial da efetivação dos direitos sociais, isto é, o controle judicial de políticas públicas e, desta forma, da opção político-legislativa deve ter como parâmetro os “chamados *guardas de flanco* dos direitos sociais, como sejam o princípio da proibição do excesso, o princípio da proteção da confiança e, sobretudo, o princípio da igualdade”⁶⁴.

Desta maneira, se o Estado incentiva projetos de vida, comportamento dos cidadãos, se, por meio das prestações sociais, alimenta expectativas legítimas na modificação de suas vidas; se de outro modo prestou a determinados grupos sociais prestações fáticas ou possibilidades de acesso a bens que não são todos os grupos que têm acesso, sendo fundamental uma justificação; ou mesmo se deixa os particulares numa situação gravosa, desproporcional ou desarrazoada, caberá sempre à invocação dos princípios acima elencados como apoio das correspondentes pretensões e prestações em matéria de direitos sociais⁶⁵.

Portanto os chamados princípios constitucionais estruturantes⁶⁶ servem como base e autorizam o controle judicial de políticas públicas. Para concluir cabe apresentar a aplicação da tese de Reis Novais realizada em uma reflexão crítica à jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de direitos sociais⁶⁷. Em relação ao acórdão do chamado rendimento mínimo de inserção, tratado anteriormente, Reis Novais entende que a supressão do acesso dos menores de 25 anos de idade fere diretamente o direito à segurança social e também o princípio da igualdade⁶⁸. Sustenta os seguintes argumentos: não haver a distinção entre direitos,

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010a, p. 305.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2010a, p. 306.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2011.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis, op. cit., 2005.

⁶⁸ Idem, p. 7.

liberdades e garantias, e direitos sociais, econômicos e culturais, existindo apenas direitos fundamentais; não há um regime privilegiado aos direitos, liberdades e garantias; sendo assim, o regime comum entre os dois componentes dos direitos fundamentais inclui os tradicionais limites aos limites, ou seja, a observância aos princípios constitucionais estruturantes, a reserva de lei e a garantia do conteúdo essencial⁶⁹. Além disso, embora os direitos sociais estejam sujeitos à reserva do financeiramente possível, sempre que o legislador afetar o grau já obtido de realização dos direitos sociais essa afetação, identificada como uma restrição de um direito estará sujeita ao controle de constitucionalidade, devendo prevalecer os princípios constitucionais estruturantes⁷⁰.

Portanto, a perspectiva de Reis Novais, apresenta uma diferenciação grande em relação a Vieira de Andrade, pois, em primeiro lugar, não realiza a distinção entre regimes dentro dos direitos, liberdades e garantias, e os direitos sociais, econômicos e culturais. Em segundo lugar, critica o argumento utilizado por Vieira de Andrade da consciência jurídica geral das obrigações dos direitos sociais e do mínimo prestacional, pois entende que havendo um avanço, em termos de direitos sociais, há a sindicabilidade com base nos princípios constitucionais estruturantes.

4. A METODOLOGIA FUZZY E O NÚCLEO ESSENCIAL JÁ REALIZADO DOS DIREITOS SOCIAIS DE GOMES CANOTILHO

Por fim, o último autor a ser abordado tem sua obra largamente difundida no Brasil, o Prof. Dr. José Joaquim Gomes Canotilho, professor jubilado da Universidade de Coimbra e que dá contribuições substanciais à dogmática dos direitos fundamentais sociais. Não há apenas uma obra um texto de Gomes Canotilho para a análise a ser realizada, pois o autor além do seu Direito Constitucional e Teoria da Constituição⁷¹, possui uma série de artigos escritos que também são fundamentais. Dispensa-se, entretanto, a sua tese de doutoramento,

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

acerca da Constituição Dirigente⁷², em função das críticas ele próprio realizou a mesma ao anunciar o seu perecimento⁷³.

É importante começar por uma expressão, no sentido cunhado por Gomes Canotilho, e que serve perfeitamente para se perceber os problemas de cunho metodológico no controle judicial das políticas públicas no Brasil e que atravessa a posição de todos os autores; por certo se presta como condição. Tal expressão chama-se “metodologia fuzzy”, numa acepção literal fuzzy representa, em inglês, coisas vagas, indistintas, indeterminadas⁷⁴. Na perspectiva de Gomes Canotilho a dogmática e a teoria jurídica sobre os direitos sociais, econômicos e culturais está tomada pelo *fuzzismo*, ou seja, uma metodologia da vagueza, da indeterminação e de impressionismo⁷⁵.

No caso do controle judicial de políticas públicas no Brasil e suas teorias há um peso retórico demasiado, a se utilizar “meta-narrativas da modernidade sobre a libertação do sujeito histórico”. Em outras palavras, uma construção do ponto de vista retórico (em sentido amplo) aceitável, mas que nem sempre parte de premissas verdadeiras, o que dificulta a estabelecer uma metodologia que permita realizar um diálogo aberto acerca do controle judicial de políticas públicas no Brasil. Uma parte ou quiçá grande parte dessa pesquisa é para que sirva como crítica construtiva para que se possa constituir a interpretação acerca do tema do controle judicial, sem vazios e, sim, com conteúdos.

Trata-se de um tema que necessita de revisão imediata e do desenvolvimento de uma metodologia própria para sua abordagem. Destarte, seja possível ir além do *fuzzismo* que hoje é o resultado, saliente que tal se acentua no casuísmo das decisões judiciais, principalmente, quando se esta a falar das prestações em matéria de direito à saúde ou políticas públicas de saúde, premissas, como o direito à vida, tornam-se justificantes de todo e qualquer deferimento de medicamentos ou

⁷² CANOTILHO, José Joaquim. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *Fuzzy*” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 99.

⁷⁵ *Ibidem*.

tratamentos. Para apresentar uma nova contribuição volta-se ao diálogo entre duas tradições aqui proposto.

Não que se pense que não seja possível, o argumento do direito à vida pode e será em algumas decisões mais que válido, necessário, entretanto é preciso examinar a sua fundamentação, em que condições. Nesse sentido, volta-se a uma lição valiosa de Robert Alexy, em relação aos princípios, “Tiene sólo como consecuencia que cuando se dan razones igualmente buenas o en caso de duda, debe darse preferencia a un principio sobre el outro”⁷⁶, em outras palavras, é preciso fundamentar. Vale a seguinte passagem de Gomes Canotilho:

Ao insistirmos nos novos direitos de minorias populacionais, como, por exemplo, dos indivíduos seropositivos (isto é, doentes com SIDA), saberemos que cada indivíduo gasta nos dois últimos anos terminais da doença alguma coisa como doze milhões de escudos por ano, o equivalente a um apartamento de duas assoalhadas? [...] A provocação é menor do que parece: a um jurista “antropologicamente amigo” dos direitos económicos, sociais e culturais, não é possível ficar indiferente ao desafio dos paradigmas da ciência hoje em dia dominantes [...]⁷⁷

Em relação aos direitos sociais é preciso distinguir, segundo Gomes Canotilho entre os direitos sociais e as políticas públicas em direitos ou políticas em direitos sociais. Como em Portugal, ocorre no Brasil uma articulação entre direitos sociais e políticas em direitos sociais. Por exemplo, há o direito à saúde e a realização do direito à saúde, por meio de suas prestações, a partir de um Sistema Único de Saúde – presente na Constituição brasileira de 1988⁷⁸.

O problema dos direitos económicos, sociais e culturais ou direitos prestacionais está segundo Gomes Canotilho “em levarmos a sério o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito ao ambiente”⁷⁹. Ou seja, o fato dos direitos prestacionais estarem previstos na Constituição não os torna um adorno, um programa político,

⁷⁶ “Tem somente como consequência que quando se dão razões igualmente boas em caso de dúvida, deve dar-se preferência a um princípio sobre o outro.” (tradução nossa). ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *Fuzzy*” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 100.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *Fuzzy*” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 111.

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sérios os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 51.

embora com uma dimensão jurídica distinta dos direitos de defesa, ainda assim possuem vinculatividade.

Assim, quando a Constituição brasileira, por exemplo, estabelece o direito à saúde incumbe ao Estado “garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades”⁸⁰, o acesso às prestações em termos de direito à saúde. Contudo, a partir da leitura de Gomes Canotilho, é possível inferir que se trata de uma norma de competência, pois delega o poder ao Estado para atuar no campo do acesso às prestações em matéria de saúde⁸¹. Portanto, via de regra, os direitos sociais, econômicos e culturais são considerados pretensões jurídicas, pois o problema em relação aos direitos subjetivos associa-se no caráter da atualidade ou aplicabilidade imediata, o que por certo não se configurará em diversos direitos a prestações⁸². Nesse sentido os direitos a prestações seriam formulados da seguinte maneira, conforme Gomes Canotilho, o cidadão tem em relação aos poderes públicos um direito que este crie prestações em relação ao direito à saúde ou aperfeiçoe as prestações existentes, de forma a realizar o direito à saúde e os objetivos da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da Constituição de 1988⁸³.

Dentro do quadro normativo proposto, esse direito a prestações em matéria de saúde (ou políticas públicas de saúde) deve ser sopesado pelos poderes públicos, conjuntamente, com a questão da reserva do possível, a fim de garantir com efetividade esse direito. De tal forma, não há a garantia de um direito subjetivo definitivo (como nos direitos, liberdades e garantias), todavia se trata de direitos que o Estado (poderes público) *prima facie* deve efetivar, por conseguinte direitos a prestações constitutivas no âmbito normativo de um direito social⁸⁴. A constatação de que as normas programáticas têm estrutura própria, não lhes retira, assim, vinculatividade, juridicidade e aplicabilidade⁸⁵.

Defende a graduabilidade de realização dos direitos sociais sem que seja possível a reversibilidade social, dito de outra forma, a proteção do núcleo já realizado dos direitos fundamentais. A gradação da realização dos direitos sociais

⁸⁰ Idem, p. 64.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Idem, p. 65.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 66.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2012, p. 211-212.

está associada à sustentabilidade econômico-financeira do Estado. Por outro lado, há a tese de que as escolhas político-legislativas, em matéria de políticas públicas são direitos derivados a prestações ou concretizações legislativas, não cabendo sindicância judicial da decisão executiva ou legislativa (como no caso brasileiro)⁸⁶.

Por certo, os direitos sociais custam aos cofres públicos, não há o que se duvidar quanto a isso, estando tais direitos sob reserva das capacidades financeiras do Estado, na medida em que se tornam prestações ou direitos a prestações (políticas públicas) financiadas pelo Estado⁸⁷. Para solver essa equação, Gomes Canotilho visa apresentar o que significa a reserva do possível, da seguinte forma:

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados. 2. Reserva do possível significa a “tendência para zero” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais. 3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros. 4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.⁸⁸

Para Gomes Canotilho parece imperioso que, com base nas assertivas anteriormente expostas, a realização dos direitos sociais se caracterize por sua gradualidade (na realização), por sua dependência financeira (face ao orçamento do Estado), pela possibilidade de haver um maior grau de conformação do legislador quanto às políticas públicas, pela não controlabilidade judicial das políticas públicas, salvo quando houver contradição com a Constituição ou caso seja uma política desarrazoada⁸⁹. Isso porque, em termos operacionais as declarações apostas na Constituição favor dos direitos sociais dependem de uma prévia regulamentação dos organismos estatais “que elas visam controlar e condicionar no exercício das suas funções executivas em matéria de políticas públicas”⁹⁰.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *Fuzzy*” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 105-106.

⁸⁷ Idem, p. 106-107.

⁸⁸ Idem, p. 107.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *Fuzzy*” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 107.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., 2008. p. 118.

Ao tratar da não reversibilidade social, circunscreve-a da seguinte maneira, se há discricionariedade para o legislador para criar uma determinada matéria em políticas públicas, torna-se possível questionar a razoabilidade – e, portanto, controlar judicialmente – uma medida que vise alterar uma prestação em matéria de direito à saúde representa retroação e afetação aos direitos subjetivamente radicados⁹¹. Nessa perspectiva, os direitos sociais tornam-se direitos sociais positivos a prestações⁹². Dito de outra forma, o Poder Judiciário agiganta-se sob a égide de poder controlar a constitucionalidade das leis e, portanto, a constitucionalidade das políticas públicas. Com base nisso, é inquestionável a justiciabilidade das políticas públicas⁹³.

Portanto, para Gomes Canotilho o controle judicial de políticas públicas baseia-se em dois grandes critérios: a) a graduabilidade da concretização da prestação, ou seja, uma vez constitucionalizado determinado direito social há o dever do Estado em promover políticas públicas, conforme suas condições econômico-financeiras, assim, graduais; b) entretanto, promovidas essas políticas públicas cria-se o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais, em relação ao quais os Poderes Legislativo e Executivo não poderão retroceder.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível perceber, a doutrina constitucional portuguesa possui três grandes posições em relação ao controle judicial de políticas públicas e devido à proximidade das duas tradições constitucionais, torna-se interessante abordar o tema. Especialmente, porque, no Brasil, ainda, apesar da diversidade de escritos, há uma nebulosidade em torno de qual metodologia a ser adotada para o controle de políticas públicas. Por conseguinte, unanimemente se aceita, tanto jurisprudencial e doutrinariamente, a possibilidade do controle judicial da escolha dos Poderes Legislativo e Executivo em matéria de políticas públicas – centralmente de saúde e

⁹¹ Idem, p. 111.

⁹² Ibidem.

⁹³ Quando do 20º aniversário do Tribunal Constitucional português, o Prof. Gomes Canotilho salientou o necessário papel de intervenção do Tribunal Constitucional nas políticas públicas utilizando, inclusive, o exemplo do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ponto em que se concorda com a diletta lição do constitucionalista português. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tribunal Constitucional, Jurisprudência e Políticas Públicas.** Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>> Acesso: 11.01.13.

de educação. Entretanto, os limites ou os critérios para a realização de tal controle tornam-se muito diversificados, beirando à vagueza.

A decisão em relação ao controle judicial das políticas públicas, ou seja, advento da própria materialização dos direitos sociais (das prestações em direitos sociais) não pode ficar ao alvedrio do casuísmo do judiciário, são necessários argumentos que possam justificar a sua controlabilidade e a medida de sua controlabilidade. A intervenção do Poder Judiciário deve estar pautada por fundamentos (justificativas) que apresentem soluções entre a negação da eficácia aos direitos fundamentais sociais e, portanto, a impossibilidade de intervenção do Judiciário em políticas públicas; e aqueles que consideram ser possível tudo em matéria de direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, analisar o grau de intervenção do Poder Judiciário, em última instância, significa analisar fundamentações, como ressalva Alexy “Pode ser considerado como uma proposição verdadeira analiticamente, que cada fundamentação ou é correta, acertada ou boa ou, então, falsa, não acertada ou ruim”⁹⁴. O conceito de fundamentação abrange mais do que apenas uma consequência lógica de determinada decisão judicial. Minimamente para dar fundo a uma decisão judicial é preciso exigir que a decisão seja “reconstruível de modo que a sentença resulte logicamente das proposições citadas nos fundamentos, juntamente com proposições lá pressupostas, em que essas proposições (*ex falso quodlibet*) devem ser livres de contradição”⁹⁵.

A fundamentação, portanto, em Alexy é fulcral para a limitação da discricionariedade do julgador, em outras palavras, da discricionariedade judicial. A fundamentação é mais ampla que a consequência lógica de uma decisão judicial. Trata-se de tão-somente uma condição necessária de uma fundamentação que dá bom resultado, conforme o mesmo Alexy⁹⁶. Para além de decorrer de uma série de proposições, a decisão judicial deve ser deduzida de proposições as quais são verdadeiras, corretas e aceitáveis. Nesse sentido, o citado autor alemão traça dois aspectos da fundamentação das decisões judiciais, quais sejam: a justificação externa e a justificação interna. A última se a sentença é fruto de um resultado lógico

⁹⁴ ALEXY, Robert. **Direito, Razão e Discurso**. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 19.

⁹⁵ Idem, p. 20.

⁹⁶ Ibidem.

de preceitos citados para a fundamentação. A primeira, todavia, a verdade, a correção ou a aceitabilidade dessas premissas da justificação interna⁹⁷. Importante citar a referida lição de Alexy, para salientar acerca da não plausibilidade de decisões que sejam por vezes vazias de sentido, vagas no seu sentido, que realizem o controle judicial de políticas públicas, mas não sejam capazes de se justificar.

Dessa forma, cabem repetir o sumário das ideias representadas por Vieira de Andrade, Reis Novais e Gomes Canotilho. Observe-se:

Quanto ao primeiro: em relação ao controle de direitos fundamentais sociais, em matéria de políticas públicas, a qual parte: a) da premissa do tratamento diferenciado entre direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais; b) da excepcionalidade do controle judicial de políticas públicas, tendo em vista ser competência do Poder Legislativo definir – conforme as condições – as opções político-legislativa; c) do Poder Judiciário deve intervir excepcionalmente em violação de direitos adquiridos ou proteção da confiança, ofensa ao princípio da igualdade e no caso que o legislador não tenha realizado o mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana.

Quanto ao segundo: apresenta uma diferenciação grande em relação a Vieira de Andrade, pois, em primeiro lugar, não realiza a distinção entre regimes dentro dos direitos, liberdades e garantias, e os direitos sociais, econômicos e culturais. Em segundo lugar, critica o argumento utilizado por Vieira de Andrade da consciência jurídica geral das obrigações dos direitos sociais e do mínimo prestacional, pois entende que havendo um avanço, em termos de direitos sociais, há a sindicabilidade com base nos princípios constitucionais estruturantes.

Quanto ao terceiro: controle judicial de políticas públicas baseia-se em dois grandes critérios: a) a gradualidade da concretização da prestação, ou seja, uma vez constitucionalizado determinado direito social há o dever do Estado em promover políticas públicas, conforme suas condições econômico-financeiras, assim, graduais; b) entretanto, promovidas essas políticas públicas cria-se o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais, em relação aos quais os Poderes Legislativo e Executivo não poderão retroceder.

Assim, é importante a fundamentação para não se cair na metodologia fuzzy. Até porque, em matéria de políticas públicas de saúde, por exemplo, conceder um determinado medicamento a um paciente a despeito da política pública formulada pode representar, em termos orçamentários o prejuízo da vida outrem, que atuava dentro da expectativa normatizada pela política pública. Portanto, nada mais necessário que uma metodologia capaz de expor posições constitucionalmente razoáveis, que possam, no caso concreto, auxiliar a compreendê-lo e, destarte, fundamentá-lo.

⁹⁷ ALEXY, Robert, op. cit., 2010, p. 20.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão e Discurso**. Trad. Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica Direito do Estado**. n.º 17, jan/fev/mar, 2009. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>> Acesso: 28.01.2013.

BUARQUE, Cristovam. **O colapso da modernidade brasileira e uma proposta alternativa**. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Tribunal Constitucional, Jurisprudência e Políticas Públicas**. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html>> Acesso: 11.01.13.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. “Metodologia *Fuzzy*” e “Camaleões Normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem & Teatro de Sombras**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, Relume-Dumará, 1996.

FAORO, Raymundo. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **Direito das Políticas Públicas**. Coimbra: Almedina, 2009.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2013.

_____. **Direitos Sociais:** teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010a.

_____. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra, 2010b.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.** Coimbra: Coimbra, 2011.

_____. **Contributo para um Teoria do Estado de Direito.** Almedina: Coimbra, 2006. NOVAIS, Jorge Reis. O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – Direito à segurança social. **Jurisprudência Constitucional.** n.º 6, abr/jun, 2005, p. 3-14.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976.** Disponível em < <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> > Acesso: 20.02.2013.

SOARES, Rogério Ehrhardt. **Direito Público e Sociedade Técnica.** Coimbra: Tenacitas, 2008.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado.** Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 2012.

_____. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos.** Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. O “Direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02. **Jurisprudência Constitucional.** n.º 1, jan/mar, 2004, p. 4-29.