XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ILTON GARCIA DA COSTA

JUVÊNCIO BORGES SILVA

CLILTON GUIMARÃES DOS SANTOS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Clilton Guimarães dos Santos, Ilton Garcia Da Costa, Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-184-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O convite para juntos coordenarmos o Grupo de Trabalho, muito nos honrou, especialmente considerando o momento que o Pais atravessa, ainda mais, por ser este evento em Brasília, o centro do poder da União e num momento politico de certa forma conturbada.

As desigualdades presentes no Brasil, apontam para o necessário caminho da redução destas distancias entre os extremos, em especial com a melhoria de condições sociais dos menos favorecidos para que a sociedade como um todo consiga seguir os ditames expresso na Constituição Federal. Esta é uma luta que não se acaba, na verdade deve ser uma constante na vida de cada um e da sociedade como um todo.

O grupo de trabalho teve brilhantes apresentações, todas em consonância com à temática central do evento, cada artigo ao ser apresentado despertava nos demais pesquisadores a vontade de ali mesmo aprofundar ainda mais as discussões sobre o que artigo aborda, no entanto o tempo não permitia alongamentos naquele momento. Isto gerou sinergia entre o grupo e possibilitou que pesquisadores do Brasil inteiro se atualizassem com o que os outros pesquisadores estão trabalhando.

Desta forma, para estruturar e facilitar a leitura, ordenamos aos trabalhos em três grandes eixos conforme abaixo.

No inicio concentramos principalmente os temas ligados a politica da saúde, são os trabalhos seguintes: O PAPEL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, FALSIFICAÇÃO DE MEDICAMENTOS NO MERCOSUL, A POLÍTICA NACIONAL DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS DECORRENTES DO EXCESSIVO ATIVISMO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE NO BRASIL, UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE A PARTIR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO FUNDADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988., JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O INDIVIDUAL VS. O COLETIVO,PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE POR MEIO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSECUÇÃO DO DESENVOVILMENTO NACIONAL EM TEMPOS DE CRISE e por fim neste bloco o artigo A BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

FUNDAMENTAL À SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DE DESIGUALDADES SOCIAIS E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NESTE MISTER.

Na parte central concentramos os artigos: A EDUCAÇÃO COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PERSPECTIVA DO BRASIL, NOVOS MODELOS DE AUTONOMIA E DESCENTRALIZAÇÃO PARA A EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. VULNERABILIDADE SOCIAL X DESENVOLVIMENTO: O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PARA SOCIOEDUCANDOS EM CONFLITO COM A LEI PENAL, A INVISIBILIDADE DA PESSOA NEGRA NA PÓS-GRADUAÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CRÍTICA DE AXEL HONNETH, POLÍTICAS CULTURAIS: A AFIRMAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA E A MINIMIZAÇÃO DA EXCLUSÃO SOCIAL. e por ultimo o artigo SUB-REPRESENTAÇÃO LEGAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS: A LEI DE COTAS NOS CONCURSOS PÚBLICOS.

Já no terceiro e ultimo bloco temos: OS DIREITOS SOCIAIS E A ESTABILIDADE FINANCEIRA EM PERSPECTIVA COMPARADA (UNIÃO EUROPEIA-BRASIL), O PRINCÍPIO DA DEMANDA NAS AÇÕES COLETIVAS SOCIAIS VOLTADAS AO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – UM FATOR LIMITADOR DA COGNIÇÃO JUDICIAL?, O POLICY CYCLE PARA AVALIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA REFLEXÃO ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL, A (IM)POSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL, A POLÍTICA INTERSETORIAL DE ATENDIMENTO INTEGRAL À INFÂNCIA EM DUQUE DE CAXIAS/RJ, POLÍTICAS PÚBLICAS: COMO MEIO DE EFETIVIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A CONCRETIZAÇÃO DA DIGINIDADE HUMANA e finalmente o artigo A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: FENÔMENO QUE CONCRETIZA O DIREITO HUMANO SOCIAL À PRESTAÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

Temos a certeza que todos os artigos permitem leitura agradável porem profunda sobre os assuntos tratados no decorrer de cada texto.

Convidamos a todos os estudiosos dos temas abordados a leitura, pois é nossa percepção que contribuirá para o debates, em especial no viés dos Direitos Sociais.

Os Coordenadores

Ilton Garcia da Costa – Prof. Dr. – UENP Universidade Estadual do Norte do Paraná

Juvêncio Borges Silva – Prof. Dr. – Universidade de Ribeirão Preto

Clilton Guimarães do Santos – Prof. Dr. – Centro Universitário FIEO

A ATUALIDADE DA TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL: EFETIVIDADE DA CIDADANIA, POLÍTICAS PÚBLICAS E LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL

THE PRESENT THEORY OF THOMAS HUMPHREY MARSHALL : EFFECTIVENESS OF CITIZENSHIP , PUBLIC POLICY AND LIMITS OF JUDICIAL CONTROL

Anajara Carvalho Rabelo Daud [1]
Samira dos Santos Daud [2]

Resumo

O artigo busca demonstrar a atualidade da Teoria de Thomas Humphrey Marshall ao tratar sobre a distinção entre as várias dimensões da cidadania, que passa pela conquista dos direitos civis, políticos e sociais, possíveis apenas quando se garante a educação. Traça-se um panorama histórico da cidadania no Brasil e a sua efetividade diante da força vinculante das normas constitucionais, considerando que muitos dos direitos a ela inerentes dependem da atuação Estatal, mediante o implemento de políticas públicas que, quando inexistentes ou insuficientes, podem sofrer um controle limitado do Judiciário. O presente trabalho foi construído a partir de estudos bibliográficos.

Palavras-chave: Panorama histórico no brasil, Força vinculante da constituição, Políticas públicas, Limites do controle judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The article seeks to demonstrate the relevance of the theory of Thomas Humphrey Marshall to address the distinction between the various dimensions of citizenship , which involves the achievement of civil, political and social , possible only when it ensures education. Plot a historical overview of citizenship in Brazil and its effectiveness on the binding force of constitutional requirements , considering that many of the rights inherent to it depend on the State acting through the public policy implement that when non-existent or inadequate, they may suffer limited control of the judiciary. This work was built from bibliographic studies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Citizenship, Historical panorama in brazil, Binding force of the constitution, Public policy, Limits of judicial review

---

[1] Pós-graduada em Direito Municipal Gestão Fiscal e Tributária pela Universidade Tiradentes, Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes e Procuradora do Município de Nossa Senhora do Socorro - Sergipe.

[2] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Especialista pela UFSC e pela UNIT, Graduada em Direito pela UNIT; Professora do Curso de Graduação e Pós-graduação em Direito da Estácio

1. INTRODUÇÃO

Cuida o presente trabalho de demonstrar a atualidade da Teoria de Thomas Humphrey Marshall ao tratar sobre a distinção entre as várias dimensões da cidadania, que passa pela conquista dos direitos civis, políticos e sociais, possíveis apenas quando se garante a educação.

Segundo José Murilo de Carvalho (2003, p. 9), "uma cidadania plena, que combine liberdade, participação e igualdade para todos, é um ideal desenvolvido no ocidente e talvez inatingível.".

Isso porque, de acordo com a teoria de T. H. Marshall (1967, p.63) o cidadão pleno seria o titular dos direitos civis, políticos e sociais.

Nesse passo, importante mencionar os lineamentos dessa teoria, que pode ser facilmente aplicada aos tempos hodiernos, traçando um panorama histórico do desenvolvimento da cidadania no Brasil, para então conhecer se os direitos a ela inerentes são realmente efetivados ou apenas tutelados em nosso país, tendo em vista a força vinculante das normas constitucionais.

Outrossim, considerando que a prestação de grande parte dos direitos inerentes ao cidadão depende diretamente do Estado, que deve lhes conferir cumprimento por meio de políticas públicas, há que se perquirir também sobre a possibilidade de um controle judicial quando tais políticas não existam ou sejam insuficientes, bem como se há limitações a este controle.

2. CIDADANIA TUTELADA OU CIDADANIA EFETIVA?

2.1. A TEORIA DE THOMAS HUMPHREY MARSHALL – DISTINÇÃO ENTRE AS VÁRIAS DIMENSÕES DA CIDADANIA

Em que pese seus apontamentos datarem de 1950, Thomas Humprey Marshall tem como base dos seus estudos um problema que hodiernamente assola a sociedade brasileira, qual seja a desigualdade social.

Portanto, lançar os olhos sobre a teoria desenvolvida por este importante sociólogo britânico, torna-se, não só esclarecedor, como essencial, para desmistificar o significado conferido pelo uso corriqueiro da palavra "cidadania".

Ao falar sobre cidadania e classe social, Marshall (1967, p. 60) teve que tratar inicialmente sobre o problema da igualdade social, deixando claro que os homens nunca serão iguais, mas que não existem limites intransponíveis para o progresso das classes trabalhadoras, afinal, o traço característico das classes operárias é o trabalho pesado e excessivo, de modo que reduzi-lo, pela qualificação e não só pelo aumento de salário, já é progresso e desenvolve certa independência.

Note-se que o sistema tratado por Marshall (1967, p. 60) aceitava certo grau de desigualdade quantitativa ou econômica, mas condenava a diferenciação qualitativa. Para ele a desigualdade do sistema de classes sociais pode ser aceitável, desde que a igualdade de cidadania seja reconhecida.

Ele concebeu a cidadania como um modo de viver que brotava dentro de cada indivíduo e não como algo imposto de fora, sendo possível essa imposição somente em relação ao direito da criança ir à escola, já que o ignorante não pode escolher livremente as coisas boas da vida.

Segundo Marshall (1967, p. 63), o conceito de cidadania possui três elementos: a) Civil: direitos necessários à liberdade individual (ir e vir; imprensa, pensamento, fé, propriedade, contrato e justiça) – garantidos pelo judiciário; b) Político: Direito de participar no exercício do poder político, seja como membro de um organismo investido de autoridade política, seja como eleitor desses membros – Ligado ao Parlamento e Conselhos de Governo; c) Social: direito ao mínimo do bem estar econômico e segurança, até participar, por completo, da herança social – sistema educacional e serviços sociais.

Para este sociólogo a cidadania seria desenvolvida dentro do "Estado-Nação". A Revolução Francesa (1798) foi uma luta política nacional, com seus ideais de igualdade e fraternidade, de modo que as pessoas se tornaram cidadãs à medida que passaram a se sentir parte de uma nação e, portanto, passíveis de gozar dos mesmos direitos.

Logo, a cidadania pressupõe um sentimento de participação em sociedade, já que o cidadão a reconhece como patrimônio comum, cujo desenvolvimento é estimulado tanto pela luta para adquirir direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos.

Ocorre, porém, que essa realidade só pode ser alcançada com a garantia primeiro do direito à Educação, pois, apesar deste ser um direito social, deve ser imposto até coercitivamente pelo Estado, como única forma de gerar consciência da condição de cidadania perante a sociedade e seus governantes.

Tanto é assim que Marshall (1967, p. 73) afirma ser a "educação um pré-requisito necessário da liberdade civil", haja vista os direitos civis só poderem ser utilizados por pessoas inteligentes e de bom senso, além da democracia política necessitar de um eleitorado educado e a produção científica, de técnicos e trabalhadores qualificados.

Portanto, a Teoria de Thomas Humphrey Marshall nunca foi tão atual e necessária para esclarecer o real significado da tão falada "cidadania", cuja acepção, em toda a sua amplitude, muitas vezes, passa despercebida.

Feitas estas considerações, cumpre verificar agora como esse desenvolvimento ocorreu ao longo dos tempos, analisando mais detidamente essa evolução na sociedade brasileira.

2.2. A CONQUISTA DA CIDADANIA: PANORAMA HISTÓRICO NO BRASIL

Inicialmente é importante mencionar que a formação de cada elemento da cidadania no Brasil ocorreu em ordem inversa ao ocorrido nos demais países, sobretudo da Europa, eis que, via de regra, se verificou primeiro a conquista dos direitos individuais, para em seguida se consolidarem os direitos políticos e se buscarem os direitos sociais, de acordo com o contexto histórico vivenciado, enquanto no Brasil de início se verifica uma proteção aos direitos sociais, em seguida os direitos políticos e só depois se solidificam os direitos civis. (CARVALHO, 2003, p.12)

Isso porque, na Inglaterra, inicialmente se verificou a adição gradativa de novos direitos a um status já existente, o da liberdade, de modo que, quando os direitos civis já haviam conquistado substância suficiente par justificar falar em um status geral de cidadania, mediante a possibilidade de aquisição de velhos direitos por novos setores da população, o cidadão estava capacitado a adquirir os direitos políticos. (MARSHALL, 1967, p. 69)

Ocorre, porém, que o status dominado pelos direitos civis, que conferem a capacidade legal de lutar pelos objetivos que o indivíduo gostaria de possuir, não garante a posse de nenhum deles, demonstrando uma falha e a necessidade dos direitos sociais.

Por isso, no final do séc. XIX começou a se entender que os direitos sociais não afrontavam os direitos civis e se desenvolve um interesse pela igualdade como princípio de justiça social, com uma concepção de igual valor social e não apenas de direitos naturais iguais. (MARSHALL, 1967, p. 83/84)

Todavia, até o século XX o desenvolvimento da cidadania exercia pouca influência direta sobre a desigualdade social, eis que os direitos civis deram poderes legais cujo uso foi prejudicado por preconceitos de classes e falta de oportunidade econômica, os direitos políticos eram um poder potencial cujo exercício exigia experiência, organização e mudança de ideias quanto às funções próprias do governo, enquanto os direitos sociais eram mínimos e não faziam parte do conceito de cidadania.

Nesse contexto, um sistema de impostos comprimiu as rendas e a produção em massa para o mercado interno diminuiu a distância entre as classes e essa diminuição de desigualdade fortaleceu a luta pela sua abolição, ao menos em relação aos elementos essenciais do bem estar social, incorporando os direitos sociais à cidadania, como o mínimo garantido, ou seja, o Estado garante o mínimo de certos bens e serviços essenciais, mas qualquer pessoa capaz de ultrapassar esse mínimo é livre para fazê-lo.

Ocorre, porém, que enquanto a cidadania evoluía na Europa tendo na base da pirâmide os direitos civis, no Brasil ocorria um movimento invertido, com os direitos sociais – arbitrados - surgindo antes dos direitos políticos e civis.

Tal realidade se verifica porque a história do Brasil está carregada de nuances que demonstram o Poder do Estado e a ausência de reconhecimento, pelo povo, dos seus direitos e deveres enquanto cidadãos, quadro que, muitas vezes, se repete até hoje.

Dos meandros da história é possível inferir que para o progresso da cidadania no Brasil, desde o Império (1822-1889) até a Primeira República (1889-1930), o fato mais relevante foi a abolição da escravatura, pois os escravos foram incorporados formalmente aos direitos civis, mas trazendo uma herança colonial composta por uma população analfabeta, sociedade escravocrata, economia de monocultura e latifúndio, num Estado absolutista, de modo que mesmo a população livre dependia dos “Senhores” para viver, impedindo o exercício dos direitos civis.

A própria Constituição de 1824 regulou os direitos políticos, tornando cidadãos os analfabetos ou controlados pelo Governo, mas em verdade não havia noção do que era um governo representativo, de modo que muitos votavam, mas as eleições eram corruptas, fraudulentas e até forçadas, pois o voto em geral era um ato de obediência, lealdade e gratidão, não havendo que se falar em exercício pleno e consciente desses direitos. (CARVALHO, 2003, p.35)

Em verdade, o que existia aqui era uma diversidade de problemas para a concretização real dos direitos políticos, pois o Brasil não havia passado pelo processo de aprendizado democrático, deixando claro que o governo e as elites eram menos preparados que o próprio povo, já que cultivavam a crença de que o tirocínio de tais direitos pudesse ser feito de outra forma que não sua prática continuada e difusão da educação primária.

Frise-se, pois oportuno, que nesse momento os direitos civis só existiam na lei, pois a herança colonial negava condição humana ao escravo, a grande propriedade rural era fechada à ação da lei e o Estado era comprometido com o poder privado.

Desta feita, o que se verifica é que até 1930 o Brasil ainda era um país predominantemente agrícola, baseado no "coronelismo", que não era apenas um obstáculo ao livre exercício dos direitos políticos, mas impedia a participação política porque negava os direitos civis. (CARVALHO, 2003, p.56)

A partir de 1930 há um acelerado avanço dos direitos sociais. Na fase revolucionária (1930-1934) a assembleia constituinte votou nova constituição e elegeu Vargas Presidente. Aqui os direitos civis evoluíram lentamente, pois sua garantia, na prática, continuou precária para a maioria dos cidadãos. (CARVALHO, 2003, p.89)

Também após 1930 iniciou-se uma fase de agitação política, mais ampla e organizada, pois atingiu vários Estados e classe sociais, fazendo surgir diversos sindicatos e partidos. Porém, em 1937 ocorre um golpe que fez o país viver sob um regime ditatorial civil até 1945, o que foi aceito pela população, indicando que os avanços democráticos eram muito frágeis. Durante a ditadura muitos dos direitos civis foram suspensos, mas houve progresso na formação da identidade nacional. (CARVALHO, 2003, p.100/106)

Mas se depois de 1930 os avanços dos direitos políticos e civis foi limitado, o mesmo não aconteceu com os direitos sociais, que sempre receberam muita atenção dos líderes dessa época, mas surgem num ambiente de pouca participação política e precária vigência dos direitos civis, tornando duvidosa sua definição como conquista democrática e sua contribuição para uma cidadania ativa.

Com o golpe de 1964 houve o naufrágio da evolução democrática, colocando a perder os ganhos em termos de mobilização e aprendizado político, à exceção da participação eleitoral. Houve restrição aos direitos civis e políticos e ênfase aos direitos sociais, ampliando-os, com a inclusão, por exemplo, dos rurais, autônomos e domésticas na previdência e a criação do FGTS. (CARVALHO, 2003, p.157)

Quando eleito em 1974, Ernesto Geisel indicou intenção de promover lento retorno à democracia, revogando os Atos Institucionais e diminuindo a restrição à propaganda eleitoral, o que fez com que o governo perdesse as eleições da câmara e senado, deixando de ter maioria para aprovar as emendas constitucionais. Há a retomada dos movimentos de oposição e expansão dos movimentos sociais urbanos (associações de moradores e de profissionais). (CARVALHO, 2003, p.173)

Em 1984 ocorre um importante marco para o desenvolvimento dos direitos políticos, representado pela campanha das diretas já, que foi a maior mobilização da história do país, mas sem dúvidas, foi em 1988, que se verifica o fato mais importante para o desenvolvimento da cidadania no Brasil, com a promulgação da Constituição Cidadã – a mais democrática e liberal já existente, trazendo em seu bojo todo um arcabouço normativo que tutela tanto os direitos civis, como os políticos e os sociais. (CARVALHO, 2003, p.188)

Ou seja, o que se verificou no Brasil foi uma cidadania muito mais arbitrada, pois imposta pelos Governos e pelas Leis, do que conquistada pela consciência da participação em sociedade, como idealizado por Marshall.

2.3. A EFETIVIDADE DA CIDADANIA NO BRASIL

Com o advento da Constituição Federal de 1988 não sopesam dúvidas de que no Brasil há proteção expressamente prevista para a cidadania em todas as suas dimensões – civil, política e social.

Todavia, considerando o contexto histórico em que se desenvolve a cidadania brasileira, surgem questionamentos sobre a efetividade dessa cidadania. Seria a cidadania no Brasil apenas tutelada, pois deferida formalmente, mas com operacionalidade comprometida, ou seria esta uma cidadania realmente efetiva?

Não é demais lembrar que já no artigo 1º, da Constituição Federal se afirma ser fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, enquanto no artigo 5º estão elencados diversos direitos fundamentais, no artigo 6º vários direitos sociais e no artigo 14, direitos políticos, sendo que ao longo de todo o texto não faltam exemplos de previsão dos direitos inerentes à cidadania, bem como de instrumentos processuais a serviço da efetivação desses direitos, tais como Ação Popular, Mandado de Segurança, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Civil Pública, dentre outras.

Apesar disso, as desigualdades e os indicadores sociais não demonstram nenhum indício de que essa cidadania tutelada pela Constituição Federal está realmente sendo efetivada. O fato é que a organização do Estado, o corporativismo do poder político, bem como o não saber e o depender da população, limitam, quando não elidem totalmente, o exercício dessa cidadania.

Em artigo intitulado "Cidadania Tutelada", J.J. Calmon de Passos faz elucidativa ponderação sobre o exercício do poder diante da cidadania:

> "Para que a dominação deixe de ser mera força e se faça poder, necessária, em maior ou menor grau, a cooptação do dominado. E um dos instrumentos mais poderosos para essa dominação é o saber. Entre os que igualmente sabem sobre algo, só a autoridade opera, não o poder, visto como as relações de poder vinculam um saber a um não saber. Fora dessa diferenciação de saber, só o depender vincula em termos de Poder. Quem não depende de outro, nem materialmente, nem intelectualmente, é livre e jamais será dominado, podendo apenas ser subjugado pela força física ou seduzido psicilogicamente." (PASSOS, 2006, p. 10)

Diante disso, é possível inferir que o Poder, do qual o Estado é sempre detentor, pode tanto tutelar a cidadania, como eliminar o seu exercício, mediante a manipulação de fatores como a ignorância – falta de educação - e a dependência.

Ou seja, o que se vislumbra no Brasil é uma falta de interesse dos Poderes Públicos em promover uma educação de qualidade, justamente para limitar ou excluir o exercício da cidadania, que apesar de prevista constitucionalmente, muitas vezes não tem seu cumprimento observado e não há cobrança, exatamente porque não há o reconhecimento dessa cidadania, como patrimônio comum dos que vivem em sociedade e merecem tratamento igualitário.

Entretanto, não se pode esquecer que a própria Constituição Federal também prevê o princípio da igualdade, que deve ser observado tanto na elaboração das leis, como "na obrigatoriedade, ao interprete, basicamente à autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social." (MORAES, 2013, p. 35)

Nesse sentido Fábio Konder Comparato (1996, p. 59) assevera que "as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal."

Porém, não existe um controle eficaz sobre a existência e/ou eficiências dessas políticas públicas, de modo que a separação dos poderes aqui exerce fundamental papel, mediante a utilização dos freios e contrapesos, como mecanismos de controle recíproco entre esses poderes.

Eduardo Ribeiro Moreira (2012, p. 52) lembra que a separação dos poderes não é exercida apenas na clássica tripartição de Montesquieu, pois "a função desempenhada por um órgão não é única, nem um poder detém a sua exclusividade." E complementa: "Se um poder não realiza a função constitucional correspondente, outro poderá substituí-lo ou complementá-lo, se constitucionalmente autorizado." (MOREIRA, 2012, p. 56).

Portanto, não sopesam dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 pode sim ser descrita como uma Constituição Cidadã, pois traz um arcabouço de normas protetivas dos direitos inerentes à cidadania, no entanto, para que esses direitos sejam concretizados é imprescindível a atuação do Estado, no âmbito dos seus diversos Poderes e das suas diversas funções, típicas ou atípicas, para que haja real efetividades dessa cidadania que é, de fato, tutelada.

Todavia, essa atuação estatal por si só não se basta, pois os membros que atuam em nome do Estado lá estão para representar o povo, real titular desses direitos, mas que, em verdade, fica omisso e aguarda passivamente, como se o Poder Público estivesse lhe prestando um favor, numa postura de não saber e dependência que tolhe o exercício da cidadania.

Por isso mesmo aumenta ainda mais a importância do desempenho do Poder Judiciário no controle da eficiência administrativa, numa atuação vinculada à força normativa da Constituição, mediante o emprego da racionalidade e argumentação jurídica.

Ocorre, porém, que até essa atuação judicial precisa de impulso, cabendo ao cidadão buscar a efetividade dos seus direitos, contudo, o que se verifica é que o titular desses direitos carece de educação, único meio idôneo de conseguir maior conhecimento, consciência e discernimento do real significado da palavra cidadania, para então lhe conferir os efeitos desejados pelo texto constitucional.

3. REFLETINDO SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como já visto anteriormente, a Revolução Francesa, ao derrubar a realeza, produziu profundas alterações sociais, políticas e econômicas, influindo em todas as instituições e refletindo na ordem jurídica. É nesse momento que ocorre o passamento do Estado Absolutista e o nascer do Estado de Direito, consagrando o princípio da Tripartição do Poder, de modo que o arbítrio cede lugar à legalidade.

Entretanto, esse Estado Liberal não atentou para as diferenças existentes entre as classes sociais, de modo que a atuação estatal como mero executor das leis e garantidor da propriedade e liberdade não foi suficiente para avalizar a efetividade dos direitos que viabilizassem a diminuição das desigualdades.

É importante lembrar que no segundo pós-guerra surge um grande desenvolvimento da ideia de dignidade humana, como reação à longa dominação do Estado sobre a sociedade, juridicizando o conceito de Estado-instrumento e reconhecendo a força normativa da Constituição.

Nesse sentido convém trazer o pensamento de Cristiana Fortini (2010, p. 332), em artigo intitulado o Controle Judicial de Políticas no Estado Democrático de Direito:

> "Não se pode esquecer ainda que a valorização da Constituição, como diploma superior em que estão dispostos os valores de dada sociedade, em determinado momento, difundida especialmente após a II Guerra Mundial, implica a imprescindibilidade de leitura das demais regras à luz dos ditames constitucionais.
> (...)
> A busca pela maior normatividade da Constituição, vista como diploma em que se depositam os valores da sociedade, e não como mero instrumento organizacional do aparelho estatal, ganha força após as guerras mundiais e passa a reclamar uma leitura do ordenamento jurídico hierarquizadora, principiológica e voltada para o alcance da eticidade, desprezada no período liberal".

Nesse contexto, tem-se a ampliação dos direitos reconhecidos como fundamentais e da necessidade do Estado atuar como instrumento para dar efetividade aos mesmos, acabando por interferir também no desempenho do Judiciário, que passa a atuar como garantidor destes direitos.

Desta feita, sendo o fim precípuo da Administração a satisfação do interesse público, é imperioso salientar que o Estado irá promover a sua finalidade por meio de políticas públicas.

Por isso Fábio Konder Comparato (1998, p. 44) afirma que "a legitimidade do Estado, que antes se fundava na expressão legislativa, passou a se fundar na realização de finalidades coletivas, que poderiam ser alcançadas de maneira programada. A organização das finalidades coletivas é função primordialmente conferida ao Poder Executivo, através das políticas públicas".

Portanto, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, o Ente Público deixa de ser mero executor das leis e garantidor da propriedade e liberdade e passa a ser o garantidor do interesse público, razão pela qual precisa implementar políticas públicas, organizadas e planejadas, com vistas a alcançar a sua principal finalidade.

Assim sendo, para que a atuação Administrativa possa estar de acordo com os preceitos constitucionais, é imprescindível o estabelecimento das políticas públicas, num processo que almeja decidir racionalmente quais as prioridades a serem atendidas, tomando por base, obviamente, os interesses mais importantes para a coletividade.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2002, p. 266-268), o processo de definição de políticas públicas envolve as seguintes etapas:

> 1. Formação: apresentação dos pressupostos técnicos e materiais, pela Administração ou pelos interessados, para confronto com outros pressupostos.
> 2. Execução: medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa.
> 3. Avaliação: apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de todas as escolhas possíveis, em vista dos pressupostos apresentados.

Quer dizer, para a formação das políticas públicas há que se perquirir essencialmente sobre as necessidades coletivas, razão pela qual a sua promulgação deve ser conferida ao Poder Legislativo, como representante do povo, que analisa Projeto de iniciativa do Poder executivo e deve definir as diretrizes e os objetivos gerais a serem posteriormente adimplidos por este Executivo, mas claro ponderando as possibilidades reais.

Não se pode perder de vista também, que a mudança do paradigma do Estado, quando o ente público deixa de ser apenas aquele que cumpre a lei e passa a ser aquele que atua para obter os resultados colimados pela sociedade, requer a eficiência desse Estado, de modo que no momento da elaboração das políticas públicas se faz necessário considerar a estrutura administrativa e seu modo de funcionamento.

Nesse passo, sendo certo que as políticas públicas são escolhas efetuadas pelo Poder Público, enquanto representantes e promotores do interesse público, considerando ainda as suas possibilidades de promovê-las, não se pode negar o caráter discricionário que lhes é inerente, razão pela qual se torna imperioso perquirir sobre a possibilidade do judiciário efetuar um controle sobre elas.

4. FUNDAMENTOS DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS – FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Restou assentado anteriormente que a própria concepção de políticas públicas, como eleição de prioridades feita pelo Estado, enquanto representante da sociedade, que visa a satisfação do interesse público, traz certo conteúdo de discricionariedade, razão pela qual, em tese, não haveria como o Judiciário efetuar um controle em face dessas políticas, para não adentrar no mérito administrativo e ferir o princípio da separação dos poderes.

Isso porque na análise de conveniência e oportunidade que, como é cediço, representa o mérito do Ato Administrativo Discricionário, não poderia haver ingerência do Poder Judiciário, afinal, nos atos discricionários há liberdade, há juízo de valor.

Neste caso, se a decisão tomada pela Administração estiver nos parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico, é vedado ao Poder Judiciário anulá-la sob o fundamento da existência de outra medida também legítima e razoável, pois do contrário, "Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º, da CF)." (CARVALHO FILHO, 2012, p. 50)

Afinal, como enfatiza Américo Bedê Freire Junior, é a própria "Constituição que exige que as escolhas de aplicação dos recursos públicos sejam feitas pelos representantes do povo, eleitos democraticamente e não por juízes." (2005, p. 51-53).

Ocorre, porém, que essa atuação do judiciário torna-se legítima porque decorre do caráter democrático da Constituição. Ou seja, é possível o controle das políticas públicas pelo judiciário quando se considera a força normativa da Constituição, ao definir o Estado do Bem Estar Social e vincular, assim, o Poder Executivo.

Nesse sentido torna-se válido transcrever o ensinamento de Norberto Bobbio:

> "A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe a todos aqueles aos quais se referem às normas constitucionais o dever de obedecê-las." (1995, p. 58-59)

Portanto, partindo do pressuposto de que as normas constitucionais são normas jurídicas que devem ser concretizadas e que a Constituição é superior às demais Leis, os direitos nela previstos devem ser efetivados, e quando não o são, pode o Judiciário atuar para compelir o Executivo a lhe dar essa efetividade, existindo ou não uma política pública para o caso, afinal, no dizer de Kelsen, a "função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder." (2003, p. 240)

Sobre o tema, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, reconheceu, no julgamento da ADPF nº 45, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas como modo de efetivação dos direitos sociais.

Assim, quando a Constituição resguarda os direitos fundamentais o Estado fica obrigado a lhes dar efetividade, de modo que as políticas públicas para atendê-los não podem mais se consubstanciar em promessas, restando uma margem de discricionariedade apenas em relação ao modo e o momento como se dará essa efetividade, desde que seja eficiente, proporcional e razoável.

5. LIMITES AO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Restando assentado que a força normativa da Constituição confere possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, há que se perquirir agora sobre esse ativismo judicial que acaba por determinar a atuação do Executivo na consecução do interesse público.

Para tanto, torna-se importante salientar que essa atuação se dará de forma diferenciada quando existir ou não política pública para dar efetividade a determinado direito.

Assim, quando existem políticas públicas, o Judiciário somente poderá averiguar se esta é insuficiente ou excludente, com respaldo no princípio da igualdade, eis que tais politicas devem, essencialmente, abranger a todos de forma indistinta.

Outrossim, quando não existem políticas públicas desenvolvias pelo Estado, o Poder Judiciário não mais atuará no sentido de corrigi-la, mas sim de garantir o direito constitucionalmente previsto, com supedâneo na própria Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, § 1º, avaliza aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, desde que não haja necessidade de regulamentação por lei, bem como no caso da Administração estar agindo em confronto com o texto constitucional .

Esclarecidos tais pontos, impõe-se averiguar se o controle a ser exercido pelo Judiciário em face das políticas públicas inexistentes ou ineficientes encontra alguma limitação.

5.1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Como já mencionado acima, existe discricionariedade administrativa quando ao Poder Público é permitido escolher, numa análise de conveniência e oportunidade, entre diversas soluções igualmente válidas.

Tal possibilidade existe justamente porque as normas jurídicas nunca vão alcançar a velocidade dos acontecimentos, sendo imperioso ao Administrador, muitas vezes adequar os fatos às normas.

Nesse sentido convém transcrever o esclarecimento de Reinaldo Couto:

> "A discricionariedade na Administração Pública ilustra bem a revolta dos fatos contra as leis. A dinâmica dos fatos que eclodem diariamente no seio da sociedade jamais será – ainda que em país de inflação legislativa – acompanhada pela produção legislativa, visto que o legislador, apesar de ser dotado de diversos poderes no Estado de Direito, não tem o dom da previsão dos fatos futuros." (2011, p. 163)

Frise-se, pois oportuno, que essa opção conferida ao Gestor Público não lhe traduz um benefício ou foi permitida para atender seus interesses particulares, muito pelo contrário, essa margem de liberdade tem por escopo atender da melhor forma o interesse público.

Portanto, em determinadas situações o Administrador poderá não atuar ou atuar de uma ou de outra forma, desde que não esteja contrariando preceito normativo, pois se há previsão legal ou constitucional para que o Estado efetive determinado direito, o Estado deverá fazê-lo, mas poderá escolher a melhor maneira para isso, sem que nesse ponto seja permitido ao Judiciário interferir.

Por exemplo, quando o artigo 6º e artigo 205, da Constituição Federal de 1988 declara a educação como um direito social e a estabelece como direito de todos e dever do Estado e da Família, nasce para o Estado um imperativo de propiciar os artifícios para que os cidadãos possam usufruir desse direito, por meio do estabelecimento de políticas publicas.

Nesse passo, se o Estado, mais especificamente o Poder Executivo, não possui políticas públicas para garantir o acesso universal à educação, pode o Judiciário atuar, compelindo-o a adotar medidas para que as pessoas tenham acesso à educação, mas não poderia determinar que se construísse, exemplificativamente, uma escola em determinado bairro ao invés de outro, pois esta seria uma análise de conveniência e oportunidade, desde que proporcional e razoável, que não compete ao Poder Judiciário.

Tanto é assim que Reinaldo Couto (2011, p. 166) afirma que:

> "a realização desse Juízo de valor deve ser autorizada pela lei e deve ser feita com base em critérios de conveniência e oportunidade, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (...) A conveniência e a oportunidade no agir estão ligados à valoração do motivo e à escolha do objeto, mas estarão sempre limitados pelo interesse público, pela razoabilidade e pela proporcionalidade".

Quer dizer, essa discricionariedade está sendo cada vez mais mitigada, a insindicabilidade do mérito administrativo não vem sendo reconhecida pela Jurisprudência, principalmente quando diz respeito às omissões da Administração Pública, e em especial quando essas omissões se referem aos direitos fundamentais, mas continua tendo relevância em matéria de políticas públicas, que está intrinsecamente relacionada às escolhas administrativas, sobretudo no que pertine aos direitos fundamentais e ao orçamento público.

Nunca é demais lembrar que quando judiciário determina ao executivo que adote medidas suficientes e necessárias para garantir o exercício dos direitos previstos constitucionalmente ou quando o condena à inclusão de cidadãos que não foram albergados pelas políticas públicas, invariavelmente o cumprimento dessa decisão acarretará um custo e aí surge o inevitável questionamento: De onde vai sair o dinheiro?

Cumpre esclarecer que nos artigos 165 a 169 da Constituição Federal/88 resta assentado que a previsão orçamentária deve ser feita, basicamente, por meio de três Leis de iniciativa do Poder Executivo: o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentaria Anual.

Este arcabouço normativo serve para delimitar os gastos públicos, prevendo receitas e despesas, bem como as políticas públicas que serão implementadas com a utilização dos recursos ali destinados, vinculando a Administração, que só poderá efetuar os gastos ali previstos, nos termos do artigo 167, II, da CF/88.

Contudo, a par dessa vinculação, existe discricionariedade do Administrador na fixação dessas receitas, despesas e políticas públicas. É essencialmente ao Executivo que compete, por imperativo também constitucional, o dever de administrar o orçamento, definindo quando, como e quanto dos recursos públicos serão gastos para satisfazer o interesse público, do qual não pode fugir, sem esquecer da possibilidade de remanejar determinados recursos para outras despesas que se mostrem mais necessárias e urgentes durante a execução orçamentária.

Significa dizer que as políticas públicas decorrem de uma ação conjunta entre Legislativo e Executivo, sendo que ao executivo compete idealizar as estratégias a serem adotadas, escolhendo onde investir, que receita utilizar, de que forma será possível viabilizar determinados direitos, bem como o que não será possível concretizar, numa atitude totalmente discricionária.

Por isso mesmo alguns argumentam que haveria impossibilidade jurídica do pedido nas matérias relacionadas às políticas públicas, especialmente quando se buscar uma prestação positiva do Estado, pois o Judiciário não possuiria competência para estabelecer essas políticas públicas genéricas, cabível tão somente ao Executivo.

Todavia, esse entendimento não encontra muito respaldo, eis que mesmo as decisões sobre políticas públicas podem se subsumir ao controle judicial, pautado em critérios constitucionais, afinal, como bem ressalva Ana Paula de Barcellos “o Estado deverá adotar critérios para gastar o dinheiro público e eles devem estar em absoluta harmonia com as prioridades elencadas pela Constituição Federal.” (2002, p. 236)

Ou seja, ao eleger as prioridades orçamentárias, deve o Poder Executivo mensurar o atendimento dos direitos fundamentais, cuja efetividade deve ser alcançada, por imperativo da força normativa da Constituição, e que, mesmo que não integre as políticas públicas, poderá ser garantido por determinação judicial.

Todavia, diante dessa realidade, o grande questionamento que de certo aflige os Gestores Públicos é: Há disponibilidade orçamentária e financeira para atender todas essas demandas? Por isso convém tecer algumas considerações sobre os lineamentos da Teoria da Reserva do Possível no Brasil.

5.2. RESERVA DO POSSÍVEL

É fato que nem sempre todas as metas governamentais podem ser alcançadas, principalmente pela costumeira escassez de recursos financeiros, razão pela qual, somente diante dos concretos elementos a serem sopesados no momento de cumprir determinados empreendimentos é que o administrador público poderá concluir no sentido da possibilidade de fazê-lo, à luz do que constitui a reserva administrativa dessa mesma possibilidade.

A construção da Teoria da Reserva do Possível teve origem na Alemanha, quando nos idos de 1970, a Corte Constitucional Alemã analisou demanda judicial ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique, em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época, e que buscavam a sua admissão nessas universidades, com fulcro no artigo 12 da Lei Fundamental Alemã, segundo o qual "todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação".

Com referida análise, foi proferida decisão no sentido de que o direito à prestação positiva era dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar, para não se negligenciar outros programas ou mesmo comprometer as políticas públicas.

Ou seja, aqui se assinalou a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, segundo a qual "a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos". (SARLET, 2008, p. 29)

Desta feita, conclui-se que a Teoria da Reserva do Possível, na sua origem, não se relaciona exclusivamente à existência de recursos materiais/financeiros suficientes para a efetivação dos direitos sociais, mas, também, à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização.

Apesar disso, no Brasil essa Teoria foi introduzida tomando como parâmetro o que é financeiramente possível e está previsto orçamentariamente, não se averiguando detidamente a proporcionalidade e razoabilidade da medida pleiteada.

Contudo, essa não é a perspectiva mais acertada, afinal, não é só a disponibilidade financeira que deve ser avaliada, é a própria decisão que mensura como os recursos devem ser aplicados, as prioridades da sociedade e a melhor forma de satisfazer essas prioridades.

Seguindo esse raciocínio, não seria permitido obrigar a Administração a fazer o que se revela impossível, e essa possibilidade estaria intrinsecamente relacionada ao mérito administrativo, à análise da conveniência e oportunidade.

Por determinação constitucional é ao poder executivo que compete definir sobre a aplicação dos recursos públicos, pois seria este mesmo Estado quem melhor teria condições de conhecer a realidade social e as suas necessidades mais prementes.

Assim sendo, ao formular o Orçamento Anual deveria o Poder Público balizar essa realidade, escolhendo, no uso do seu Poder Discricionário, de que forma empregará os recursos públicos, sem esquecer a possibilidade de remanejar dotações orçamentárias, se necessário, para atender demandas anteriormente não previstas.

Nesse passo, ao buscar a efetividade de um direito constitucionalmente previsto, mesmo que para o seu acolhimento não exista política pública definida, pode o judiciário determinar o seu atendimento, mas encontra limitação nessa possibilidade financeira do Estado e na previsão orçamentária.

Ocorre, porém, que para ser acolhido o argumento da Reserva do Possível é imperioso haver a prova de que não há recurso disponível para atender àquela finalidade, bem como se verificar a sua urgência, eis que também pode o magistrado determinar a inclusão daquela medida, ou política pública, no orçamento do exercício seguinte, por exemplo.

Todavia, sendo o caso concreto alusivo ao chamado “mínimo existencial” afasta-se a aplicação da Teoria da Reserva do Possível, independente da existência de recursos para atender àquela finalidade, podendo o Poder Público abrir crédito extraordinário ou suplementar no Orçamento para fazer frente àquela despesa.

Ou seja, sendo o mínimo existencial “considerado um direito às condições mínimas da existência humana digna que exige prestações positivas do Estado”, mesmo diante da reserva do possível, estaria o Judiciário autorizado a determinar o atendimento da demanda, claro que utilizando o princípio da razoabilidade, pois defendendo o próprio exercício da cidadania, na concepção de Marshall. (GRINOVER, 2008, p. 15)

Nesse contexto, acaba ocorrendo certo privilégio das demandas individuais em relação às demandas coletivas frente ao argumento da reserva do possível, afinal, é muito mais difícil para o Estado comprovar a ausência de recursos para atender a necessidade de um cidadão, que custará muito menos, do que o atendimento de políticas públicas, que alcançarão um número indeterminado de pessoas e, claro, onerará muito mais os cofres públicos.

E aqui nasce mais uma questão a ser enfrentada pelo Judiciário e que também deve limitar as suas decisões, qual seja, o princípio da igualdade.

5.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Como já dito anteriormente a Constituição Federal de 1988 ficou conhecida como a Constituição Cidadã, pois traz os direitos inerentes às diversas dimensões da cidadania. Tanto é assim que o seu artigo 5º afirma expressamente que "Todos são iguais perante a lei (...)", de modo que não só traçou os lineamentos para garantir os direitos do cidadão, como estabeleceu que esses direitos devem abranger indistintamente todas as pessoas.

Assim sendo, não é possível deixar de questionar a abrangência das decisões judiciais que visam proteger esses direitos, sobretudo quando se tratam de demandas individuais e não diretamente ligadas às políticas públicas.

É importante ter em mente que "O Estado – seja por qualquer de seus órgãos – está obrigado a tratar de maneira igual todos os cidadãos. Assim, não tem o dever de dar a um o que não pode dar a todos." (LOPES, 2008, p. 192)

Nesse passo, também aqui há um limite a ser observado pela atuação jurisdicional, pois ao determinar, por exemplo, que o Poder Público crie mecanismos para viabilizar o direito à educação, por meio de uma política pública, estará garantindo a igualdade de tratamento entre todos, mas ao determinar, que pessoa específica tenha esse direito observado, ainda que mediante matrícula em escola particular a ser paga pelo Poder Público, já não se percebe essa observância, pois preteridos os que estivessem em lista à espera de matrícula.

Quer dizer, mesmo as políticas públicas que existem nem sempre são suficientes para alcançar toda a população, de modo que o Estado deve montar estratégias para abranger o maior número possível, dentro do menor tempo possível, sendo criada uma ordem sucessiva para atendimento das demandas que, muitas vezes, é interrompida pela determinação de que seja deferido determinado serviço de forma individualizada.

Desta feita, não se pode perder de vista que o princípio da igualdade também deve ser mensurado nas decisões judiciais, conjuntamente com a razoabilidade e proporcionalidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, para ser considerado cidadão o homem precisa ser detentor dos direitos civis, políticos e sociais, mas não apenas com a sua possibilidade imposta pelo ordenamento jurídico, e sim com a consciência de que é um ser social, apto a exercer e exigir esses direitos.

É cediço que hodiernamente o Estado passa a ser visto como instrumento para promover o bem estar social, como garantidor dos direitos fundamentais, havendo ainda o reconhecimento da força normativa e vinculante da Constituição, o que não deixa margem para que os direitos ali previstos deixem de ser garantidos.

Ocorre, porém, que tal realidade, ao mesmo tempo em que objetiva o exercício pleno da cidadania, com a garantia de todos os direitos a ela inerentes, também inibe esse exercício, pois gera dependência para com o Estado, num tratamento clientelista do cidadão.

A realidade é que o brasileiro ainda tem muito que aprender em termos de cidadania, a herança colonial e a cultura do coronelismo ainda macula sua vivência como cidadão. Não lhe é inerente a condição de que participa de uma sociedade, que deve ser tratado igualmente em relação a todos e que o Estado só existe para promover meios de satisfazer as necessidades coletivas com respeito a essa igualdade e não para apadrinhar determinadas pessoas ou conceder benefícios assistencialistas que nada acrescentam para o crescimento do povo.

Não se pode esquecer que o Estado Democrático de Direito exige que as escolhas administrativas sejam capazes de representar o interesse público, concretizando os direitos inerentes ao cidadão, em geral por meio do desenvolvimento de políticas públicas, de modo que se não representam o interesse público, deve o judiciário atuar no sentido de compelir o Poder Público a concretizar o seu fim precípuo.

Contudo, mesmo esse ativismo judicial deve ser visto com cautela. É imprescindível averiguar a observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, sem esquecer o Princípio da Separação dos Poderes e das competências impostas constitucionalmente para cada um deles, sobretudo em relação à discricionariedade administrativa de fato existente, ainda que não irrestrita, nas escolhas pertinentes às políticas públicas que devem fazer parte dos orçamentos e no custo da garantia desses direitos.

É bem verdade que a melhor forma de dar efetividade aos direitos inerentes ao cidadão e garantidos constitucionalmente não é pela via judicial, mas num país em que as pessoas não têm consciência do seu Poder esta tem sido a maneira mais eficiente.

Não sopesam dúvidas de que o judiciário tem exercido papel de fundamental importância nesse contexto, pois oferece condições de exigir diretamente a atuação do Poder Público que, cada vez mais, terá que inserir em seus orçamentos as políticas públicas que visam ser preservadas com as demandas judiciais, sejam individuais, sejam coletivas.

O fato é que, como já preconizava Marshall quando idealizou a distinção entre as várias dimensões da cidadania, para ser um cidadão pleno é preciso estar apto a exercer seus direitos civis, políticos e sociais de forma consciente, livre do paternalismo e do clientelismo do Estado, mas para isso é preciso, antes de tudo, ter educação.

É somente através da educação que se forma o senso crítico, que se abrem os horizontes e descortinam os preconceitos, permitindo que as políticas públicas sejam definidas diretamente em concordância com a sociedade, a atuação do Estado seja fiscalizada pelo real detentor do Poder e a corrupção deixe de ser um problema tão arraigado em nossa cultura e passe a viabilizar a eficiência administrativa.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 2ª tiragem. SãoPaulo/Rio de Janeiro: 2002

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed..Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. ***Direito administrativo e políticas públicas.*** São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. ***Manual de Direito Administrativo***. 25ª ed.. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, José Murilo, ***Cidadania no Brasil***. 4. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. ***Direito Público: estudos e pareceres.*** São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. ***Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa***. Brasília, ano 35, n.º 136, p.44, abr./jun.1998.

COUTO, Reinaldo. ***Curso de Direito Administrativo: Segundo a Jurisprudência do STJ e do STF/Reinaldo Couto; prefácio do Ministro Humberto Martins***, São Paulo: Atlas, 2011.

FORTINI, Cristiana. O controle judicial de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coordenadores.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010, Cap 13, p. 329-340.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. ***O controle Judicial de Políticas Públicas***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **O controle de políticas publicas pelo judiciário**. In: *Revista de Processo*, v. 33, n.º 164, p. 20, out. 2008.

KELSEN, Hans. ***Jurisdição Constitucional.*** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional "comparado".** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo Lima. **Em torno da "reserva do possível".** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). ***Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **"*Cidadania, classe social e status*".** Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional.* 29ª Ed. São Paulo. Atlas: 2013.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro**. *Teoria da Reforma Constitucional***. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. *et alli*. ***Cidadania Tutelada***. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com.br, acesso em 10 de fevereiro de 2016.

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