

## Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas\*

Ana Paula de Barcellos\*\*

**Resumo:** A Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado. Como é amplamente corrente, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. A construção do controle das políticas públicas depende do desenvolvimento teórico de três temas: (i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação; e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle.

**Abstract :** The Constitution is a central legal norm in the system and links all inside the State, especially the Public Powers. And, of all constitutional norms, the fundamental rights integrate a normative nucleus that, for several reasons, should be given much prestige specifically. As it is widely current, the promotion and the protection of the fundamental rights demand omissions and nationalized actions. In that context it is up to the Public Administration to bring into effect the general commands contained in the legal order and, for that purpose, it is up to it to implement actions and programs of the most varied types, to guarantee the rendering of certain services, etc. That set of activities can be identified as "public policies". Well, each and every nationalized action involves the spending of public money and the resources are limited. Since there are no unlimited resources, it will be necessary to give priority and choose what the public money at disposal will be invested in. Those choices, therefore, receive the direct influence of the constitutional options about the aims that should be pursued in priority character. In other words, the choices regarding public expenditure do not constitute a theme totally reserved to the political deliberation; on the contrary, the point receives important incidence of constitutional legal norms. The building up of the control of public policies depends on the theoretical development of three themes: (I) the identification of the control parameters; (II) the guarantee of Access to information; and (III) the elaboration of control instruments.

\* Texto da palestra proferida na Primeira Jornada de Direito Constitucional – Neoconstitucionalismo, da Unibrasil, organizada pelos Profs. Dr. Clèmerson Merlin Clève e Dr. Marcos Augusto Maliska, nos dias 20 a 22 de Outubro de 2004.

\*\* Mestre e Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito da UERJ. Professora Adjunta de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ. Advogada no Rio de Janeiro.

## NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

**Palavras-Chaves:** Direito Constitucional – Neoconstitucionalismo – Direitos Fundamentais.

**Key Words:** Constitutional Law – Neoconstitutionalism – Fundamental Rights.

**Sumário:** I. Neoconstitucionalismo: algumas notas; II. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais, Poder Público e políticas públicas; III. Construindo dogmaticamente o controle das políticas públicas; III.1. Identificação dos parâmetros de controle; III.2. Garantia de acesso à informação; III.3. Elaboração de instrumentos de controle; IV. Conclusões.

**Summary:** I. Neoconstitutionalism : a few notes; II. Neoconstitutionalism, Fundamental Rights, Public Power and public policies; III. Building dogmatically the control of public policies; III.1. Identification of control parameters; III.2. Guarantee of Access to information; III.3. Elaboration of control instruments; IV. Conclusions.

### I Neoconstitucionalismo: Algumas Notas

A expressão “neoconstitucionalismo” tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo.<sup>1</sup> O prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história,<sup>2</sup> como se verá adiante.

É possível ordenar as características específicas mais destacadas do chamado neoconstitucionalismo em dois grupos principais, por simplicidade: um que congrega elementos metodológico-formais e outro que reúne elementos materiais. Seguem algumas notas sobre cada um deles.

<sup>1</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; ARIZA, Santiago Sastre. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; BARBERIS, Mauro. “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003.

<sup>2</sup> ORTEGA Y GASSET, José. *Que é filosofia?*, 1971, pp. 11 e ss.; e SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*, 1998, p. 2: “(...) as transformações históricas afetam tanto as perguntas como as respostas (...)”.

Do ponto de vista metodológico-formal, o constitucionalismo atual opera sobre três premissas fundamentais, das quais depende em boa parte a compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos. São elas: (i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade;<sup>3</sup> (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto);<sup>4</sup> e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição.<sup>5</sup> Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que essa expressão carrega.<sup>6</sup>

A particularidade do neoconstitucionalismo consiste em que, consolidadas essas três premissas na esfera teórica, cabe agora concretizá-las, elaborando técnicas jurídicas que possam ser utilizadas no dia-a-dia da aplicação do direito. O neoconstitucionalismo vive essa passagem, do teórico ao concreto, de feérica, instável e em muitas ocasiões inacabada construção de instrumentos por meio dos quais se poderá transformar os ideais da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em técnica dogmaticamente consistente e utilizável na prática jurídica.

Nesse contexto se inserem, por exemplo, as discussões sobre a eficácia jurídica dos princípios constitucionais,<sup>7</sup> as possibilidades de controle das omissões

<sup>3</sup> O elemento essencial do direito, e da norma jurídica em particular, consiste na imperatividade dos efeitos propostos. Trata-se da capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou de algum tipo de consequência ao descumprimento desta, capaz de provocar, mesmo que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um seu equivalente. Sobre o tema, v. ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 1983, pp. 27 e ss.; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1997, pp. 21 e 22; e LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 214.

<sup>4</sup> Uma Constituição é considerada rígida quando sua reforma depende de um processo legislativo mais complexo do que o exigido para a edição de leis infraconstitucionais. Este é, naturalmente, um conceito formal. Muitas vezes, Constituições não rígidas (*flexíveis*) podem ser substancialmente mais estáveis, no tempo, que as rígidas. É o que se passa, como se sabe, na experiência inglesa.

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)". In BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003, pp. 1-49; e ANDRADE, André. *A constitucionalização do direito: a Constituição como locus da hermenêutica jurídica*, 2003.

<sup>6</sup> Sobre o processo histórico que conduziu a Constituição de documento puramente político a documento jurídico, vejam-se Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1985; e Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, 1991.

<sup>7</sup> Sobre o tema, apenas exemplificativamente, v. PEIXINHO, Manoel Messias. *Os princípios da Constituição de 1988*, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, pp. 40 e ss.; e SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, 1992.

## NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

inconstitucionais e os diversos estudos que procuram compreender e interpretar a legislação ordinária a partir do texto constitucional, como acontece de forma especialmente marcante com o direito civil, o direito penal e o direito processual.<sup>8</sup> Como se verá, o tema do controle das políticas públicas – objeto central deste pequeno estudo – está inserido nesse mesmo esforço de concretização técnica das noções de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição.

*Do ponto de vista material*, ao menos dois elementos caracterizam o neoconstitucionalismo e merecem nota: (i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. Explica-se melhor.

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados, em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais<sup>9</sup> – ou a opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais)<sup>10</sup> e específicas (como a prestação, pelo Estado, de serviços de educação).<sup>11</sup> A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e o fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> V. exemplificativamente, GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*, 2003; PIOVESAN, Flavia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, 2003; GOMES, Luís Roberto. *Ministério Público e o controle da omissão administrativa*, 2003; TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil: Estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2003; TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil constitucional*, 2000; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003; PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 2002; e PRADO, Luís Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, 2003; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*, 2003; e MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*, 2003.

<sup>9</sup> Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava, juridicizando, com estatura constitucional, o tema. É o caso, e.g., das Constituições alemã, espanhola e portuguesa. Na França, a dignidade humana é considerada um elemento implícito desde a Declaração de 1789. Constituições mais recentes, como a da África do Sul, também consagram dispositivo nessa linha.

<sup>10</sup> CF/88, art. 3º, III.

<sup>11</sup> CF/88, arts. 23, V, e 205.

<sup>12</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001: "Infelizmente, uma infinidade de exemplos pode ser arrolada neste ponto: Biafra, na Nigéria dos anos 60, o Khmer Vermelho no Camboja, os conflitos étnicos em

Com a superação desses regimes, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias. Essa esperança era reforçada – e continua a ser – pelo fato de tais elementos gozarem do *status* de norma jurídica dotada de superioridade hierárquica sobre as demais iniciativas do Poder Público. Por esse mecanismo, então, o consenso mínimo a que se acaba de referir passa a estar fora da discricionariedade da política ordinária, de tal modo que qualquer grupo político deve estar a ele vinculado.<sup>13</sup>

Essa primeira característica material se liga de forma direta à questão metodológica a que se fez menção acima. Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos. Esse é, sem dúvida, um dos desafios do neoconstitucionalismo.

A segunda característica de natureza material referida acima envolve a questão dos conflitos. No direito constitucional contemporâneo, tanto sob a perspectiva da teoria jurídica, como da experiência observada nos juízos e tribunais, é possível falar de conflitos específicos e de um conflito geral.

Os conflitos específicos se explicam, em boa medida, pelo reflexo, nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se<sup>14</sup> em uma sociedade plural como a contemporânea. Sua configuração envolve, freqüentemente, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual hierarquia, cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa.<sup>15</sup> Assim, direitos fundamentais – elementos

Ruanda, Uganda, Bósnia e Kosovo, as ditaduras na China e no Tibet, em Cuba e na América Latina, a fome e a miséria endêmica na Etiópia e diversos outros países africanos, a pobreza crônica, o analfabetismo e os regimes de semi-escravidão e exploração do trabalho infantil na América Latina e Ásia etc.". Alguns desses fatos são analisados por HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos – O breve século XX*, 1999.

<sup>13</sup> É certo que a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma apenas reconhece; daí por que muitos autores registram que não há um 'direito' à dignidade e sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade. Nessas hipóteses, a pessoa estará sendo submetida à uma situação indigna, incompatível com sua dignidade essencial. V. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2001, pp. 49 e ss.

<sup>14</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1998, pp. 211 e 212: "Numa sociedade plural e complexa a constituição é sempre um produto de um 'pacto' entre forças políticas e sociais. Através da 'barganha' e de 'argumentação', de 'convergência' e diferenças, de cooperação na deliberação mesmo em caso de desacordos persistentes, foi possível chegar, no procedimento constituinte, a um compromisso constitucional ou, se preferirmos, a vários 'compromissos constitucionais'."

<sup>15</sup> Os autores sugerem diferentes formas e técnicas na tentativa de solucionar essas colisões. Sobre o tema, v. ALEXY, Robert. "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica". In *Revista Doxa*, nº 5, 1988, pp. 149 e ss.; SCACCIA, Gino. *Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale*, Giurisprudenza costituzionale, vol. VI, 1998, pp. 3962 e ss.; SERNA, Pedro e TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*.

## NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos – parecem entrar em choque em muitas circunstâncias. Outros elementos constitucionais também podem apresentar uma convivência difícil em determinados ambientes, como acontece, e.g., com a livre iniciativa e os princípios da proteção ao consumidor e ao meio-ambiente. O exemplo já clássico da tensão entre liberdade de informação e de expressão e intimidade, honra e vida privada é apenas um entre muitos outros que poderiam ser citados.<sup>16</sup>

Além dos conflitos específicos, o neoconstitucionalismo convive ainda com um conflito de caráter geral, que diz respeito ao próprio papel da Constituição. Trata-se da oposição entre duas idéias diversas acerca desse ponto. A primeira delas sustenta que cabe à Constituição impor ao cenário político um conjunto de decisões valorativas que se consideram essenciais e consensuais. Essa primeira concepção pode ser descrita, por simplicidade, como *substancialista*. Um grupo importante de autores, no entanto, sustenta que apenas cabe à Constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas. Nenhuma geração poderia impor à seguinte suas próprias convicções materiais. Esta segunda forma de visualizar a Constituição pode ser designada de *procedimentalismo*.<sup>17</sup>

*Una alternativa a los conflictos de derechos*, 2000; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade*, 2001; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005 (no prelo).

<sup>16</sup> Há ampla bibliografia sobre o tema. V., por todos, CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*, 1997; Edilson Pereira de. *Colisão de direitos fundamentais. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e de informação*, 2000; e BARROSO, Luis Roberto. "Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa", *In Revista de Direito Administrativo*, nº 235, 2004, pp. 1-36. Recentemente, a Corte Européia de Direitos Humanos proferiu importante decisão declarando contrária ao art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos a orientação do Tribunal Constitucional Federal alemão em matéria de proteção à privacidade de figuras públicas. A questão foi levada à Corte Européia pela princesa Caroline von Hannover, do Principado de Mônaco, após diversas tentativas de impedir a publicação de fotos suas em atividades cotidianas (e.g., fazendo compras ou praticando esportes). A Corte Européia considerou que os critérios do Tribunal alemão não protegiam satisfatoriamente a privacidade e defendeu a necessidade de uma ponderação orientada pelo seguinte critério: a publicação se justificaria na medida em que trouxesse uma contribuição para o "debate de interesse geral", para além da satisfação de uma mera curiosidade do público. Os eventos da vida cotidiana de uma pessoa pública, a princípio, não poderiam ser objeto de divulgação, ainda quando ocorridos em ambientes que não possam ser considerados como "reservados". Dois juizes da Corte, embora endossando o resultado do julgamento, discordaram do critério fixado, retomando em parte o argumento do Tribunal alemão no sentido de que também há um interesse juridicamente tutelável ao "entretenimento". O critério, para tais juizes, deveria ser a existência ou não de uma "expectativa legítima de privacidade", que não estaria presente quando uma figura pública vai às compras, mas estaria quando pratica esportes em um ambiente aparentemente protegido de observação externa. A íntegra da decisão pode ser obtida no site da Corte Européia de Direitos Humanos (<http://www.echr.coe.int>).

<sup>17</sup> V. sobre o tema do "substancialismo versus procedimentalismo", ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, 1980; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, pp. 213 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional*

É bem de ver que o conflito substancialismo *versus* procedimentalismo não opõe realmente duas idéias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania.<sup>18</sup> Em outras palavras, o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.

Esse conflito, longe de ser apenas um debate de interesse acadêmico, afeta a concepção do aplicador do direito acerca do sentido e da extensão do texto constitucional que lhe cabe interpretar e, *a fortiori*, repercute sobre a interpretação jurídica como um todo. É fácil perceber que uma visão fortemente substancialista tenderá a justificar um controle de constitucionalidade mais rigoroso e abrangente dos atos e normas produzidos no âmbito do Estado, ao passo que uma percepção procedimentalista conduz a uma postura mais deferente acerca das decisões dos Poderes Públicos.

*brasileira*, 2001, pp. 93 e ss.; PIRES, Francisco Lucas. "Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria". In *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, 1995, pp. 167 e ss.; e HAGE SOBRINHO, Jorge. "Democracy and distrust – A Theory of judicial review" – *John Hart Ely: resumo e breves anotações à luz da doutrina contemporânea sobre interpretação constitucional*, Arquivos do Ministério da Justiça nº 48 (186), 1995, pp. 201-225; e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2005 (no prelo).

<sup>18</sup> Na verdade, as diferentes teorias que incorporam elementos procedimentais assumem como pressuposto a igualdade de todos os indivíduos e, *a fortiori*, uma primeira característica legitimadora dos diferentes modelos procedimentais por eles propostos deverá ser seu caráter democrático. A consequência direta desses pressupostos – a igualdade e o caráter democrático do procedimento – é a necessidade de assegurar a liberdade das pessoas para que elas possam participar do procedimento. E, para que essa liberdade possa ser exercida em condições razoáveis, exige-se também um conjunto mínimo de condições materiais, como educação, alimentação, etc.. V. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, vol. I, 2003, pp. 154 e ss.; BAYÓN, Juan Carlos. "Derechos, Democracia y Constitución". In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, pp. 225 e ss.; MAIA, Antônio Cavalcanti. "Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia". In TORRES, Ricardo Lobo e MELLO, Celso Albuquerque (organizadores). *Arquivos de direitos humanos*, vol. II, 2000, pp. 58 e ss.; e NASCIMENTO, Rogério Soares do. "A Ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas". In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*, pp. 451 a 498, 2002.

## NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

### II Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais, Poder Público e Políticas Públicas

No tópico anterior apresentou-se uma rápida visão das características centrais do constitucionalismo contemporâneo ou, como muitos preferem designar, neoconstitucionalismo. Como se referiu acima, um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais. Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem freqüentemente entre direitos fundamentais justamente porque não é possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade.<sup>19</sup> Ainda sob a ótica dos conflitos, substancialistas e procedimentalistas concordam, por razões diversas, que os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.

Em suma: a Constituição é norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram um núcleo normativo que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado. O que se acaba de resumir não representa qualquer novidade. Ao contrário, cuidou-se apenas de sistematizar sucintamente dados básicos do conhecimento já consolidado acerca do constitucionalismo contemporâneo. Estabelecidas essas premissas, passa-se à discussão sobre as políticas públicas e seu controle.

Como é amplamente corrente, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. A liberdade de expressão, *e.g.*, será substancialmente protegida na medida em que o Poder Público não procure cerceá-la ou submetê-la de alguma forma. A omissão, nesse caso, será fundamental. Quando se trate de direitos relacionados, *e.g.*, com a aquisição de educação formal, prestações de saúde ou condições habitacionais, a situação é bastante diversa, já que a promoção de tais direitos depende de ações por parte do Poder Público. O ponto é demasiado conhecido e não há necessidade de discorrer sobre ele, salvo por um aspecto fundamental: as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais em questão envolvem, em última análise, decisões acerca do dispêndio de recursos públicos. Aprofunda-se a questão.

<sup>19</sup> MORESO, José Juan. "Conflictos entre principios constitucionales". In CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003; e BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005 (no prelo).



As atividades legislativa e jurisdicional envolvem, por natural, a aplicação da Constituição e o cumprimento de suas normas. O legislador cuida de disciplinar os temas mais variados de acordo com os princípios constitucionais. O magistrado, por seu turno, estará sempre aplicando a Constituição, direta ou indiretamente, já que a incidência de qualquer norma jurídica será precedida do exame de sua própria constitucionalidade e deve se dar da maneira que melhor realize os fins constitucionais. Ocorre que as decisões judiciais produzem, como regra, efeitos apenas pontuais, entre as partes,<sup>20</sup> e a legislação depende de atos de execução para tornar-se realidade.

Nesse contexto, compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc.<sup>21</sup> Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.

Ora, toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público e os recursos públicos são limitados.<sup>22</sup> Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais – do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos,<sup>23</sup> afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais.

<sup>20</sup> As exceções a essa regra, ainda que em intensidades diversas, se verificam no âmbito da ação civil pública e do controle abstrato de constitucionalidade.

<sup>21</sup> V. SEABRA FAGUNDES, M.. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984, pp. 3-5: "A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, ao passo que as outras duas prendem-se à fase de sua realização. *Legislar* consiste em editar o direito positivo, *administrar* é aplicar a lei de ofício e *julgar* é aplicar a lei contenciosamente. O exercício dessas funções é distribuído pelos órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, sendo de notar que nenhum deles exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde."

<sup>22</sup> HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*, 1999.

<sup>23</sup> GALDINO, Flávio. "O custo dos direitos". In Ricardo Lobo Torres (org.). *Legitimação dos direitos humanos*, 2002, pp. 139-222.

## NEOCONSTITUCIONALISMO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

Na realidade, o conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente, ou poderão mesmo não chegar sequer a avançar minimamente. A questão merece ainda três observações adicionais.

O chamado 'Estado de Direito' significa, de forma propositadamente simples, o Estado no qual o exercício do poder político está submetido a regras jurídicas.<sup>24</sup> Em um Estado de Direito constitucional regido por uma Constituição rígida, essa submissão será ainda mais ampla. Isso porque, mesmo em um Estado de Direito, o poder político poderá, valendo-se dos procedimentos adequados, alterar as regras jurídicas a que está submetido. Essa possibilidade de alteração persiste em face de uma Constituição rígida, embora se exija um procedimento substancialmente mais complexo do que aquele destinado a alterar a legislação ordinária.

Nada obstante, quando a Constituição consagra cláusulas pétreas – que, na Carta de 1988, incluem os direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4º, IV) –, nada há que o poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se. Com efeito, na visão substancialista referida acima, esse conjunto de normas constitucionais imodificáveis constitui justamente um núcleo mínimo de decisões que deve ser observado por qualquer grupo político no poder, sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais. Mesmo sob a ótica procedimentalista, a promoção de tais direitos é condição prévia indispensável ao funcionamento do processo de deliberação democrático. Se é assim, e examinando a questão em abstrato, da mesma forma como é

<sup>24</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1998, p. 91: "A limitação do Estado pelo direito também teria de estender-se ao próprio soberano: este estava também submetido ao *império da lei*, transformando-se em "órgão do Estado"; e SILVA, José Afonso da. *O Estado democrático de direito*, Jurisprudência Mineira nº 101, 1988, pp. 1-10. V., nessa linha, STF, DJ 20.mai.1986, RE 102413/MQ, Rel. Min. Carlos Madeira: "Tal determinação judicial supõe o Estado de Direito, em que o próprio Estado se submete à sua justiça."; e STJ, DJU 5.fev.2001, RMS 10181/SE, Rel. Min. José Delgado: "O repasse das dotações orçamentárias pelo Poder Executivo, nos termos previstos no art. 168 da Carta Magna de 1988, não pode ficar à mercê da vontade do Chefe do Executivo, sob pena de se por em risco a independência desses poderes, garantia inerente ao Estado de Direito."

consistente afirmar que a ação do poder político está submetida à Constituição, não há qualquer óbice teórico à conclusão exposta acima de que uma norma jurídica – a Constituição – interfere em caráter imperativo na definição dos gastos públicos.

O que se acaba de afirmar – e essa é a segunda observação – não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral. A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico-constitucionais.

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. E com isto chega-se à última observação a fazer neste ponto.

Em um Estado republicano, os agentes públicos agem por delegação da população como um todo e em seu favor, devendo prestar contas de suas decisões. Embora não se cogite mais do antigo mandato imperativo,<sup>25</sup> é certo que a delegação envolvida na representação política não é absoluta; não se trata de um 'cheque em branco' que admite qualquer tipo de decisão ou conduta por parte do representante. Nesse sentido, a liberdade do titular de um mandato político simplesmente não justifica ou autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido. Assim, além da vinculação específica aos fins prioritários contidos no texto constitucional, a definição das políticas públicas e, conseqüentemente, do destino a ser dado aos recursos públicos, sofre uma limitação jurídica genérica que decorre do próprio Estado republicano.

<sup>25</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 2001, pp. 143 e 144: "O mandato imperativo vigorou antes da Revolução Francesa, de acordo com o qual seu titular ficava vinculado a seus eleitores, cujas instruções teria que seguir nas assembleias parlamentares; se aí surgisse fato novo, para o qual não dispusesse de instrução, ficaria obrigado a obtê-la dos eleitores, antes de agir; estes poderiam cassar-lhe a representação. Aí o princípio da revogabilidade do mandato imperativo. (...) É livre [o mandato], porque o representante não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma, e se receber não tem obrigação jurídica de atender, e a quem, por tudo isso, não tem que prestar conta, juridicamente falando, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição."