
O NEOCONSTITUCIONALISMO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

THE NEOCONSTITUTIONALISM AND THE
NORMATIVE FORCE OF THE
CONSTITUTION FOR THE
IMPLEMENTATION OF PUBLIC POLICIES
BY THE BRAZILIAN JUDICIARY

Fernanda Vieira da Silveira Santos

Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal
pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo mostrar os principais pontos de atenção no constitucionalismo e a sua evolução para o novo modelo constitucional, para que assim possamos compreender o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. Trata-se de tema atual e muito complexo, pois via de regra a implementação de políticas públicas seria competência típica

dos Poderes Legislativo e Executivo. Várias são as teses contrárias a atuação do judiciário para a implementação destas políticas, sobretudo a ofensa a separação dos poderes e a judicialização excessiva. Por outro lado, demonstraremos que o Neoconstitucionalismo fortaleceu o poder do Judiciário para que haja aplicação concreta da Constituição, de modo a preencher as arestas deixadas pela negligência de outros poderes, notadamente o Poder Executivo. No mais, abordaremos casos concretos em que o STF interferiu para implementar políticas públicas que visam a garantir o mínimo existencial.

PALAVRAS-CHAVES: Neoconstitucionalismo. Estado. Políticas públicas. Poder Judiciário. Separação dos Poderes.

ABSTRACT: This article has the objective of explain the main topics in the constitutionalism and its evolution to a new constitutional model, so it can be possible to better comprehended the role of the judiciary power in the implementation of the public politics. It deals of a very complex and current theme, because usually the implementation of the public politics would typically be of the legislative and executive powers competence. Many are the contrary thesis against the interaction of the judiciary over the implementation of these politics, mainly the offense of the separation of the powers and the excessive judicialization. Although, will be shown that the neoconstitucionalism has strengthened the power of the judiciary so it can have the concrete applying of the Constitution, in a way to fulfill the problems left by the negligence of the other powers, notedly the Executive Power. Beside that, will be aproached concrete cases that the Supreme Court has interfered to implement public politics that has aimed to ensure the minimum existencial.

KEYWORDS: Neoconstitucionalism. State. Public policy. Judicial power. Separation of powers.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Espécies de normas constitucionais brasileiras quanto à eficácia e aplicabilidade – 2.1 Normas de eficácia plena – 2.2 Normas de

eficácia contida – 2.3 Normas de eficácia limitada – 3. Neoconstitucionalismo no Brasil – 4. Atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas – 4.1 Direito à greve dos servidores públicos – 4.2 Direito à saúde – 4.3 Direito à educação e a falta de vagas em creches – 5. Conclusão – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Não há que se falar em neoconstitucionalismo, também denominado constitucionalismo pós-moderno, ou pós-positivismo, sem mencionar introdutoriamente os principais pontos de atenção no constitucionalismo propriamente dito e sua evolução para o novo modelo constitucional.

O constitucionalismo foi um movimento jurídico e político no sentido de limitar o poder do Estado através de uma constituição; trouxe, por meio de normas escritas, que garantem mais tranquilidade e segurança ao povo, limites que o Estado não pode ultrapassar.

Falamos aqui em um modelo estatal absolutista, em que a figura do rei confundia-se com a do Estado, e não se sabia ao certo o que era Estado e o que era rei. Relembremos o exemplo de Luís XIV, o Rei Sol, e a célebre frase “*L’État c’est moi*” (O Estado sou eu).

Nesse quadro de violação estatal, avançou a ideia de constitucionalismo, que pedia uma constituição escrita e que estabelecesse regras de convivência estatal para que o povo não fosse pego de surpresa a partir dos desejos de seu governante. Importante mencionar que uma constituição escrita privilegia a segurança jurídica e, mesmo que em grau acanhado, a isonomia.

Os principais marcos do constitucionalismo foram:

- a) Magna Carta de 1215 do Rei João Sem-Terra da Inglaterra – após este elevar demasiadamente a carga tributária na Inglaterra e desconsiderar a importância do povo inglês como componentes desse país, surgiram movimentos que exigiam um certo conjunto de direitos a serem observados pelo Estado, e o rei foi obrigado a fazer um acordo com os barões ingleses – constituição pactuada;
- b) Constituição Norte-Americana de 1787 aliás, a mesma até hoje, que teve seu embrião nos contratos de colonização e a na *Declaration of Rights* do Estado da Virgínia, de 1776;
- c) Constituição Francesa de 1791 – advinda dos movimentos iluministas da Revolução Francesa e que teve como preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Vê-se claramente que os movimentos do constitucionalismo estão intimamente ligados a uma reação social contra o Estado Absolutista. Dos principais marcos elencados acima, temos direitos muito importantes, como por exemplo, o Devido Processo Legal, o *Habeas Corpus* e a ideia de pactos escritos entre o Estado e o seu povo.

Então, o constitucionalismo visa, imediatamente, limitar o poder do Estado sobre seu povo e, mediamente, criar um conjunto de direitos que dependerão de extremo esforço político para que se concretizem. Daí desenvolve-se a noção de totalitarismo constitucional marcado basicamente por:

- a) normas programáticas que jamais sairão dessa noção, pois são inalcançáveis;
- b) normas não implementadas por falta de motivação política.

Nessa toada, vem ganhando força e espaço o neoconstitucionalismo que visa solucionar tal problema e buscar a máxima eficácia das normas constitucionais

programáticas. Em verdade, é um movimento jurídico e político que visa à precisão da aplicação das normas constitucionais, refuta a ideia de carta política e exige aplicação concreta da Constituição, inclusive, preenche, por comando judicial, as arestas deixadas pela negligência de outros poderes, notadamente o Poder Executivo.

2 ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS QUANTO À EFICÁCIA E APLICABILIDADE

Quanto aos planos de análise das normas constitucionais não há de se analisar o plano de existência e validade, por obviedade. Entretanto, o plano da eficácia, que é o potencial que a lei tem de produzir efeitos, deve ser analisado.

Todas as normas constitucionais têm eficácia, algumas têm eficácia jurídica e eficácia social e outras apenas jurídica como observa o professor Michel Temer:

Eficácia social se verifica na hipótese de a norma vigente, isto é, com potencialidade para regular determinadas relações, ser efetivamente aplicada a casos concretos. Eficácia jurídica, por sua vez, significa que a norma está apta a produzir efeitos na ocorrência de relações concretas; mas já produz efeitos jurídicos na medida em que a simples edição resulta na revogação de todas as normas anteriores que com elas se conflitam.¹

Quanto à eficácia, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, orientado pelas lições do professor José Afonso da Silva, entende haver três espécies: norma de eficácia plena; norma de eficácia contida; e norma de eficácia limitada.

¹ TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 25.

2.1 Normas de eficácia plena

Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas que não necessitam de impulso nenhum para produzirem seus efeitos, ou seja, tão logo a Constituição entrou em vigor, passaram a produzir efeitos.

São, regra geral, normas que distribuem competências dos órgãos e entes, como por exemplo, o artigo 22 da Constituição Federal que estabeleceu a competência legislativa da união.

2.2 Normas de eficácia contida

Normas de eficácia contida ou prospectiva têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Quer-se dizer que, em que pese tenha eficácia para produzir efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição, poderá haver redução de seus efeitos.

O que ocorre nessa espécie de norma é uma limitação, uma verdadeira restrição à eficácia e aplicabilidade. Tal limitação poderá ocorrer por legislação infraconstitucional ou mesmo pela Constituição.

Vale dizer que, caso não haja limitação legal, a norma de eficácia contida será considerada de eficácia plena. Um exemplo clássico de norma de eficácia contida é a que está presente no artigo 5º, XIII, da Constituição Federal e estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Não fosse o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil exigir aprovação em Exame de Ordem, todos os bacharéis em direito poderiam ser advogados, mas isso não ocorre. O Estatuto da OAB, lei infraconstitucional, previu a exigência de uma prova para que os bacharéis em direito se tornassem advogados.

A passagem do artigo 5º, XIII, da Constituição Federal “[...] atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” torna a referida norma em norma de eficácia contida.

2.3 Normas de eficácia limitada

Normas de eficácia limitada, de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida são aquelas que não têm força própria para produzir todos os seus efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição. É exatamente nessa espécie de norma que o neoconstitucionalismo se faz presente através do preenchimento de valores éticos e morais contidos nas normas, que ensejariam amplo campo de escusa por parte do Poder Público.

Tais normas precisam de uma lei integrativa para que produzam seu efeito, servindo de verdadeiro vetor para a aplicação da norma, ou seja, conforme professor José Afonso da Silva, referidas normas têm, ao menos, eficácia jurídica imediata, direta e vinculante, já que:

[...] a) estabelecem um dever para o legislador ordinário; b) condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais a lei ou atos que as ferirem; c) informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção de valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; d) constituem sentido teológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; f) criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.²

Ainda, dividem-se as normas de eficácia limitada em:

a) normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios institutivos ou organizativos (ou orgânicos) são as que contêm as estruturas das instituições, órgãos ou entidades (Por exemplo: artigo 18, §2º, da Constituição);

² SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 164.

b) normas de eficácia limitada, declaratórias de princípios programáticos são as que veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando o atingimento das finalidades sociais (Por exemplo: direito à saúde – artigo 196 da Constituição; direito à educação – artigo 205 da Constituição; etc.).

In Verbis

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

[...]

§ 2º Os Territórios Federais integram a União, e sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão reguladas em lei complementar.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Nota-se facilmente que as normas de eficácia limitada de conteúdo programático criam direitos, portanto, obrigações estatais, mas não bastam por si só para que se atinjam, como no exemplo, a saúde, a educação etc.

3

NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

Trata-se de uma nova abordagem, de uma nova perspectiva do Direito Constitucional, como sendo o centro da hermenêutica jurídica e se desenvolve partir do final do século XX e início do século XXI. Importante marcar aqui, a título cronológico, que os países da Europa alçaram tal remodelamento de seus respectivos constitucionalismos, em sua maioria, após a Segunda Guerra Mundial

e por uma série de questões que vão além das jurídicas, no Brasil, somente próximo dos anos 2000 é que começou a ganhar força tal movimento.

Fatores sociais e jurídicos influenciaram o desenvolvimento de uma consciência política e jurídica com vistas a barrar as violações estatais. A ditadura militar brasileira e as inúmeras violências perpetradas pelo Estado, inclusive, o famoso Ato Institucional nº 5, sob a égide da Constituição de 1967, suprimiu garantias básicas dos brasileiros (1964-1985). Com o fim da ditadura, nasceu a necessidade de uma condição que atendesse à realidade brasileira e, com isso, culminou na instituição de um Estado Democrático de Direito com a promulgação da Constituição Federal (05/10/1988). E ainda, desenvolveu-se um novo olhar para o Direito Constitucional brasileiro, que se tornou mais poderoso, e, embalado pelo movimento democrático do Supremo Tribunal Federal, retirou força normativa máxima da Constituição Federal.

Nessa toada, alguns fatores, impulsionados pelo Poder Judiciário, levaram ao Neoconstitucionalismo brasileiro, quais sejam:

- a) ativismo (ou protagonismo) judiciário: o judiciário passou a ser protagonista político. O Supremo Tribunal Federal assume visibilidade política com suas decisões, como por exemplo, nos casos: das cotas raciais, aborto de feto anencefálico e relações homoafetivas, contando com audiências públicas com a possibilidade de intervenção da sociedade;
- b) fenômeno da judicialização das políticas públicas: não só o Supremo Tribunal Federal como o Poder Judiciário como um todo, como por exemplo, a judicialização da educação (exigência do judiciário que o Estado crie vagas para crianças em creches);
- c) constitucionalização do direito infraconstitucional: toda e qualquer interpretação do direito infraconstitucional é feita sob uma perspectiva da Constituição e qualquer coisa que impeça, ou limite, a máxima abrangência da constituição deve ser afastada.

Pode-se dizer com tranquilidade que o marco histórico dessa nova abordagem constitucional foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 e os movimentos social-democráticos que com ela renasceram.

O Brasil saiu de um regime de exceção para se pregar a liberdade individual e os limites do Estado, para se evitar abusos. Isso, obviamente, é algo que não se vê com certa frequência na história mundial.

Com a Constituição Federal de 1988, o povo brasileiro desenvolveu uma noção de Estado Democrático, de legalidade, de obediência à norma maior. Corroborar tal afirmação o fato de o país, neste momento, passar por situação de instabilidade política, mas continuar com sua estabilidade institucional.

Atualmente, escândalos e mais escândalos políticos desenrolam-se. A corrupção nos poderes da República é tema corriqueiro nos telejornais, notadamente pelo temeroso sistema de financiamento das candidaturas, mas, quanto à instituição e o respeito à legalidade, não há riscos. Podemos afirmar que o povo brasileiro aceitou e introjetou o modelo constitucional democrático, e isso é bom para uma sociedade.

O marco filosófico do Neoconstitucionalismo é a ultrapassagem do positivismo, ou seja, o pós-positivismo, que visa à aplicação da lei para além da lei escrita e estabelecida, leva em conta o valor moral para aplicação da norma.

Até a Segunda Guerra mundial, havia uma supremacia do legislador, marcada pelo positivismo, e o judiciário era mero repassador da norma. No entanto, com o surgimento de constituições com partículas que mereciam um preenchimento axiológico, valoração por parte do magistrado, exige-se dessa realidade um novo papel do Poder Judiciário como intérprete da Constituição.

Como marco teórico há o reconhecimento da força normativa da constituição, que supera a ideia de carta meramente política; bem como a expansão da jurisdição constitucional, que impulsiona uma nova interpretação constitucional.

A força normativa faz com que o judiciário tenha um papel mais central, pois preenche valores abertos contidos nos textos legais e o faz a partir da constituição. Há aplicabilidade direta da constituição pelo magistrado, que passou a ser convocado para tomar decisões de caráter político, com o objetivo de resolver demandas sociais, como nas áreas de saúde, educação, entre outras, não reguladas pelo legislador e, muitas vezes, negligenciadas pelo executivo.

Essa visão pós-positivista traz uma aproximação do direito à moral, visão totalmente incompatível com os positivistas e os defensores da Teoria Pura do Direito, como Norberto Bobbio e Hans Kelsen.

Dessa forma, ao reconhecer a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, etc., o neoconstitucionalismo abre as portas do direito para o debate da moral e para a implementação de políticas públicas, função típica do Poder Executivo, por meio de decisões judiciais.

4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A participação do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais, como já mencionado acima, ganhou força com o surgimento da Constituição.

Na história recente brasileira, o Judiciário representa uma garantia para a sociedade, pois se atribui a ele dar solução aos litígios, inclusive quando não solucionados pelos outros poderes.

Neste sentido, preceitua o professor Luiz Roberto Barroso:

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de

resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *déficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.³

Nunca é demais lembrar que, no Brasil, o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal; é ele que faz a interpretação da Constituição Federal e julga, via recursal, a aplicação da Constituição.

Por esse motivo, selecionamos alguns julgados que demonstram o preenchimento de valores insculpidos nas normas constitucionais, às vezes, preenchimento de lacunas e algumas condutas acerca dessa temática.

4.1 Direito à greve dos servidores públicos

Ao trabalhador é assegurado o direito de greve, verdadeiro escudo contra as violações praticadas pelo empregador. No que diz respeito ao servidor público, prevê o artigo 37, VII, da Constituição Federal:

In verbis

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

VII – o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

[...]

³ BARROSO, L. R. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito*. O triunfo tardio do Direito Constitucional. Ano 2005. p. 51. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 20 de junho.

Nota-se, em rápida leitura, que se trata de norma de eficácia limitada, que necessita de outra norma para sua integração. É, em verdade, norma programática que, no caso, não encontra lei infraconstitucional para que o servidor possa exercer seu direito de greve.

Na Constituição Federal brasileira, há previsão de uma ação constitucional que visa suprir a omissão legislativa, como é o caso aqui analisado. Tal ação encontra-se prevista no artigo 5º, LXXI, da Constituição, aliás, cláusula pétreia.

In verbis

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

[...]

Alguns mandados de injunção foram impetrados, mas aqui trazemos os mais importantes sob o prisma do presente trabalho: MI 670, relator Ministro Gilmar Mendes, e MI 712, relator Ministro Eros Grau, julgados em 25/10/2007, DJE 31/10/2008; e MI 708, relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, DJE 31/10/2008.

Nesses julgados o Supremo Tribunal Federal, adotando a posição concretista geral, julgou procedentes os referidos mandados de injunção e determinou, até que o congresso nacional legisle, a aplicação da lei da iniciativa privada, concernente à greve, aos servidores públicos, observando-se algumas restrições quanto à prestação de serviços essenciais.

Em suma, poder-se-ia sustentar que o Poder Judiciário legislou no julgamento dos referidos mandados de injunção, esbarrando na competência imediata do Poder Legislativo. Mas pela força normativa da Constituição, reforçada pela negligência do legislativo em criar lei que garantisse o exercício

de um direito social pelos servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal deu aplicação e eficácia a uma norma de eficácia limitada com conteúdo programático, demonstrando a nítida abordagem neoconstitucionalista.

4.2 Direito à saúde

O direito à saúde vem plasmado no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal e assim assenta:

In verbis

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Mais uma vez, verdadeira norma de eficácia limitada e conteúdo programático, que não raras vezes, deixa desatendido o administrado.

Nos julgamentos a seguir o Supremo Tribunal Federal indica proposta de concretização da norma de eficácia limitada: RE 271.286, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/09/2000, 2ª Turma, DJE 24/11/2000; STA 175-AgR, relator Ministro Presidente Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, Plenário, DJE 30/04/2010; e AI 734.487 – AgR, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 03/08/2010, 2ª Turma, DJE 20/08/2010.

Assim decidiu o Supremo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade de pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do Vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera

institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável, dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (art. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes STF.

Logo, vê-se que a Suprema Corte brasileira conferiu, em brilhante julgado, obrigatoriedade no atendimento médico e na distribuição de medicamentos para pessoas que estão doentes e imprimiu concretude à norma de eficácia limitada.

4.3 Direito à educação e a falta de vagas em creches

Outra questão recorrente no judiciário brasileiro, desde o primeiro grau até o Supremo Tribunal Federal, é a falta de vagas em creches, o que demonstra violação de direitos por parte do Poder Público, nos termos dos artigos 205 e 208 da Constituição Federal.

In verbis

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II – progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal são: RE 554.075-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 20/08/2009; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 04/06/2009; RE 592.937-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe de 04/06/2009; e RE 410.715-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 03/02/2006.

Entendem, em seus julgados, os Ministros que a criança tem direito assegurado a atendimento em creche e pré-escola, nos termos do art. 208, IV, da Constituição Federal.

Além disso, que o direito à educação se revela como um dos direitos sociais mais expressivos e, nesse sentido, sua concretização implica num dever de prestação positiva que proporcione acesso pleno ao sistema educacional, neste compreendido o atendimento em creche e pré-escola.

No mais, o artigo 208, IV, da CF trata-se norma programática, ou seja, apenas direciona os programas que serão concretizados pelo Estado, sem apontar, contudo, os meios necessários para tanto.

Dessa forma, caso haja embaraços por parte do Poder Público na destinação de vagas em creches, culminando na inobservância do referido preceito constitucional será dever do Judiciário impor o reconhecimento e a garantia de sua efetividade.

Nunca é demais lembrar que o referido direito subjetivo também é deferido às crianças e adolescentes do ensino regular pelos mesmos mecanismos que os requereram as crianças em relação às creches e em qualquer grau de jurisdição.

Como se trata de matéria exaustivamente longa, não haveria espaço para aqui delimitar cada uma das situações que envolvem uma aplicação da Constituição brasileira sob um prisma de Neoconstitucionalismo. Acreditamos ter elencado aqueles que despertam maior curiosidade e que mais representariam prejuízos caso o Poder Judiciário quedasse inerte.

Para finalizar, os Poderes Executivo e Legislativo utilizam como matéria de defesa a violação à Separação dos Poderes, nas situações em que o Poder Judiciário efetua comando judicial para o cumprimento da Constituição.

Querem sustentar que, no exato momento em que o Poder Judiciário exara comando para que o Poder Executivo promova determinada vaga em escola, estaria o Poder Judiciário ultrapassando os limites de suas funções típicas.

Para rebater, no Mandado de Segurança n. 23.452, da relatoria do Ministro Celso de Mello, restou pontuado que não se verifica ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Isso porque é firme no Supremo Tribunal Federal o

entendimento de que “o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes”.

5 CONCLUSÃO

Indubitavelmente o Neoconstitucionalismo enseja implementação, em alguns casos, de políticas públicas pelo Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, quando se está a analisar questões que envolvem normas constitucionais de eficácia limitada e de conteúdo programático frente à carência do jurisdicionado quanto às prestações subjetivas.

O Neoconstitucionalismo tem como sua principal marca a força normativa da Constituição e, por isso mesmo, a saída para o não cumprimento de normas programáticas pelos responsáveis não poderia ser outra, senão um comando de “fazer” ou “não-fazer” exarado do Poder Judiciário.

As teses defensivas que sustentam a impossibilidade da implementação de políticas públicas por ordem judicial observam dois pilares importantes do Estado Democrático de Direito: a separação dos poderes e a judicialização excessiva.

Quanto à separação dos poderes, não vemos maiores riscos. O Poder Judiciário só faz o que os outros poderes deveriam fazer e não fizeram, muitas vezes por ingerência, negligência, quando não, por improbidade.

Basta que o Poder Executivo melhor se organize administrativamente, aparelhe-se de forma mais eficiente, que não haverá ordens judiciais no sentido de que se disponibilize vaga para creche ou ensino regular.

Da mesma forma, se o Poder Legislativo, desde a Emenda Constitucional 19/1998, não elabora lei que instrumentalize o exercício da greve do servidor público, não há que esperar em relação aos reiterados pedidos feitos pelo Supremo Tribunal Federal para elaboração da lei, bem como para aplicação de norma similar para preencher a lacuna da norma programática, quando se está a punir o destinatário, que deveria ter seu direito de greve e não exerce.

Agora, o segundo apontamento – judicialização excessiva – já é um pouco mais delicado e temos que ser concordantes. Em um Estado Democrático de Direito, devemos desenvolver diversas formas de solução de conflitos, não só ver no Poder Judiciário a salvaguarda de seus direitos.

No entanto, de um modo geral, quando se analisa essas questões no cenário atual brasileiro, de uma democracia que ainda engatinha, com uma noção defectiva de sociedade civil organizada, entre outras questões hereditárias e culturais que pedem um judiciário atuante, entendemos que o Neoconstitucionalismo, reforçado pela força normativa da Constituição Federal, vem a ajudar os destinatários de direitos contidos na Carta Magna, que são, não raras vezes (e esperamos que por acaso!), normas de eficácia limitada de conteúdo programático.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/?page_id=39>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 592.075-SP. Primeira Turma. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 19 de maio de 2009 Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595592>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 734.487-PR. Segunda Turma. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 271.286-RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 12 set. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715-SP. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Julgado em 22 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 554.075-SC. Primeira Turma. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 30 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601307>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 592.937-SC. Segunda Turma. Relator: Cezar Peluso. Julgamento em 4 de março de 2009. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3175807/recurso-extraordinario-re-592937>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175- CE. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 17 de março de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670- ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/207_1.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 708-PB. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712 -PA. Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Julgado em 25 de outubro de 2007. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23452-RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16 setembro 1990. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudência/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, P. *Direito Constitucional*. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015;

SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEMER, M. *Elementos de Direito Constitucional*. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.