

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO**

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS: a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas**

**CURITIBA**

**2014**

FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS  
SOCIAIS: a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, ao Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève

CURITIBA

2014

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO

### **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador:**

---

**Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève**  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

**Membros:**

---

**Profa. Dra. Estefânia Maria de Queiroz Barboza**  
Departamento de Direito Público  
Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil)

---

**Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem**  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 26 de março de 2014.

*Ao meu amado Saulo Lindorfer Pivetta, meu grande  
companheiro de caminhada.*

## AGRADECIMENTOS

O mestrado consiste em um grande desafio de busca pelo aprimoramento acadêmico, intelectual e pessoal na vida de um estudante. Tal compromisso, como sabido por todos aqueles que já o vivenciaram, exige bastante tempo, esforço e dedicação. E o resultado de todo este caminhar se consubstancia, ao final, com a redação de um trabalho de dissertação, tal qual este que ora se apresenta.

Ainda que se trate de um projeto que não se esquivava de imperfeições, o conjunto da pesquisa materializada nas próximas páginas é capaz de demonstrar o amadurecimento teórico por mim experimentado até aqui. Esta é a grande relevância deste estudo, o qual conforma certamente um importante marco, um ponto que divide ciclos e indica a ponte para novos projetos.

Por este motivo, sinto-me profundamente feliz e realizada em completar esta etapa acadêmica de vida. Mais ainda porque estou certa de que não percorri este caminho sozinha um segundo sequer. Foi com o auxílio de valiosos amigos e raros mestres que tive a chance de enfrentar este desafio, que foi até hoje um dos mais importantes da minha vida. É um grande privilégio poder contar com pessoas de tão grande generosidade, e por isso serei para sempre agradecida.

Agradeço, primeiramente, ao meu querido Saulo, por ser uma grande inspiração no ambiente acadêmico, mas principalmente por me mostrar, no dia-a-dia, as maravilhas de se caminhar de mãos dadas, de compartilhar. A você, amor da minha vida, eu dedico todas as páginas da dissertação e destino a minha mais profunda gratidão. Muito obrigada por acompanhar de perto a elaboração deste trabalho, e por estar ao meu lado em todos os momentos.

Agradeço também aos meus queridos pais Joana D'Arc e Gilberto e à minha querida irmã Eloisa, pela presença constante no meu dia-a-dia, e pela torcida ininterrupta para que eu seja uma pessoa feliz e realizada. Sinto-me grandemente abençoada por ter nascido em um berço cercado de pessoas justas e tão cheias de amor. Muito obrigada por todo o apoio e afeto. Agradeço também, nesta oportunidade, a todos os demais familiares que sempre estiveram por perto, especialmente à Laureci, Edne, Janete, Cyro e suas lindas famílias pelo companheirismo a mim dedicado.

Agradeço imensamente ao Professor Doutor Titular Clèmerson Merlin Clève, que é seguramente um dos mais brilhantes constitucionalistas brasileiros de todos os tempos. Sou eternamente grata pela generosidade durante a orientação deste trabalho, bem como pelas preciosas lições enunciadas desde a graduação. Sua produção teórica certamente motiva estudantes de todo o país na busca pela concretização de uma sociedade justa e igualitária, e, por isso, sinto-me ainda mais honrada por ter tido a oportunidade desta valiosa convivência.

Agradeço, ainda, aos eminentes Professores Doutora Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Doutor Daniel Wunder Hachem pela gentileza de atenderem com prontidão o convite para a composição desta banca examinadora. Sinto-me absolutamente honrada em submeter este trabalho ao exame de pesquisadores que conhecem profundamente o tema. Suas obras certamente contribuíram diretamente para a construção deste estudo. Aos professores, minha admiração e minha gratidão.

Agradeço também a todo o corpo de professores e servidores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, que me acolheram de braços abertos e criaram um ambiente propício ao desenvolvimento de discussões acadêmicas inesquecíveis. Agradeço especialmente aos professores com quem tive contato mais próximo: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca, Professor Doutor Celso Luiz Ludwig, Professor Doutor Cesar Antonio Serbena e Professora Doutora Vera Fradera.

Da mesma forma, agradeço aos colegas e professores que integram os núcleos de estudo dos quais fiz parte ao longo destes dois anos, o Núcleo de Investigações Constitucionais – NINC e o Núcleo de pesquisa interdisciplinar em e-Justiça da UFPR. As importantes e profícuas pesquisas desenvolvidas em conjunto certamente contribuíram para o amadurecimento do tema que ora abordo.

Agradeço, ainda, aos queridos amigos com quem tive a honra de vivenciar esta trajetória acadêmica, e com quem compartilhei importantes momentos em aulas, congresso e demais atividades curriculares: Edna Câmara, Eduardo Seino, Andressa Jarletti, Larissa Sbrissia, Cláudia Beeck, Ana Lúcia Pretto, Maurício Rezende, Vivian Oliveira, Melanie Merlin, Indiara Fazolo, Fernando Camargo. Muito obrigada pela convivência e pela agradável companhia nos corredores da Faculdade de Direito.

Agradeço também aos meus queridos amigos de vida e de profissão, com quem tenho a alegria de compartilhar bons momentos do convívio diário: Mariana Castro, Caroline Bittencourt, Eduardo Stremel, Michele Bonetto, Marcela Macedo, Brisa Borça, Bruna Rossi, Filipe Goulart, Gerson Tria, Jiuliano Maurer, Caroline da Rocha Franco. Agradeço por fim, nesta ocasião, ao eminente Magistrado Roberto Massaro, pelo apoio e pela motivação a mim conferidos no cotidiano do labor.

## RESUMO

Os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 impõem deveres de condutas ao Estado, dentre eles os de conformação e implementação de políticas públicas. Quando os Poderes Legislativo e Executivo descumprem tal desiderato, emergem pretensões jurídicas relacionadas a tais direitos. Multiplicam-se, por sua vez, as demandas submetidas ao crivo do Judiciário em busca de tutelas relacionadas à dimensão prestacional dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais. Em vista da crescente judicialização de questões deste porte, torna-se imprescindível o exercício reflexivo acerca dos limites, das formas e dos impactos do controle judicial de políticas públicas, objeto central do presente estudo. Considerando-se o Poder Judiciário como um dos atores institucionais responsáveis constitucionalmente pelo aprimoramento da democracia, e tem o dever de proteger a reserva de justiça trazida pelo texto constitucional. Trata-se, então, de se discutir a respeito dos modos mais aptos à qualificação desta espécie de intervenção. Desta forma, em um primeiro momento, o estudo apresenta um apanhado histórico da construção do modelo de Estado Constitucional e os principais contornos do ambiente constitucional contemporâneo. Também são traçadas reflexões sobre o regime unitário dos direitos fundamentais e sobre o fenômeno da judicialização da política, bem como sobre o dever do Poder Judiciário de garantir a tutela jurisdicional efetiva. A segunda parte do estudo, por sua vez, analisa os principais contornos que definem as políticas públicas. São pormenorizadas as suas principais características e a relação entre elas e o Direito. Adentra-se, então, na análise da interação entre os Poderes nos casos que dizem respeito à políticas públicas, apresentando-se os fundamentos jurídicos de atuação e o objeto do controle, bem como as problematizações a respeito de teorias que pretendem limitar o controle de políticas públicas ao controle do orçamento ou ao mínimo existencial. Também são tecidas considerações acerca da teoria da reserva do possível e sua implicação no controle judicial de políticas públicas. Na última parte, o estudo traça um panorama das possíveis vias processuais de tutela dos direitos fundamentais sociais e de controle de políticas públicas. Por fim, são realizadas considerações sobre a necessidade de aprimoramento de técnicas processuais capazes de propiciar uma interação mais ajustada e harmônica entre os Poderes nos casos que exigem soluções globais e gradativas, como no caso do controle da formulação e implementação de políticas públicas.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; políticas públicas; judicialização da política; controle judicial.

## ABSTRACT

The fundamental rights, protected by the Federal Constitution of 1988, impose duties of conduct to the State, among which there are the duties of shaping and implementing public policies to put in practice the objectives prescribed in the Constitution. When the Legislative and Executive powers do not follow these rules, legal requests rise seeking the protection of the fundamental rights. Consequently, the requests submitted to the Judiciary power demanding the actual implementation of the fundamental rights multiply, in special the ones related to the social rights. Given that this scenario is becoming more often, it is of great importance to think over the limits, manner of action and impact of the legal controlling of public policies, which it is the main object of this work. It is defensible that the Judiciary power consists of institutions that are constitutionally responsible for improving democracy, and have the duty of protecting the reserve of justice of the Brazilian judicial system expressed on the Constitution. Hence, the issue here is to discuss the more appropriate manners to qualify this form of intervention. In this sense, this study presents, in a first moment, the historical development of the construction of the constitutional State model and the main aspects of this system nowadays. Thoughts are also exposed about the unitary regime of the fundamental rights and about the phenomena of bringing politics into the Judiciary system, as well as about the duty of the Judiciary system in guaranteeing an effective protection of the jurisdiction. The second part of this study analyzes the main aspects of the current public policies, presenting their characteristics and their relation to the Law. In addition, this study examines the interaction of the three powers in cases related to public policies, demonstrating the legal fundamentals of practice and control, as well as the issues in respect to theories that intend to limit the control of public policies to the budget or to the minimum required by law. We also present considerations about the clause of “reservation of possibility” and its implications to the legal controlling of public policies. In its last part, this study demonstrates the feasible procedural manners that the social and control of public policies fundamental rights may be protected. Finally, considerations are made in respect to the necessity of improving procedural techniques capable of providing a better and more harmonic interaction among the three powers in cases that require global and gradual solutions, such as the control of public policy case.

**Key-words:** fundamental rights; policies; the judicialization of politics; judicial review.



## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | 11  |
| <b>CAPÍTULO 1 – A JURIDICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> ..... | 20  |
| <b>1.1 O Estado Constitucional e a juridicidade dos direitos fundamentais sociais</b> .....  | 21  |
| <i>1.1.1 A construção histórica do modelo de Estado Constitucional</i> .....   | 21  |
| <i>1.1.2 Constitucionalismo contemporâneo e Constituição como reserva de justiça</i> .....   | 33  |
| <i>1.1.3 A Constituição Federal de 1988 e o regime jurídico unitário dos direitos fundamentais</i> .....   | 42  |
| <b>1.2 O Papel do Poder Judiciário no ambiente constitucional brasileiro</b> .....   | 59  |
| <i>1.2.1 A judicialização da política</i> .....  | 59  |
| <i>1.2.2 Constitucionalismo e democracia: o papel do Poder Judiciário no debate sobre o conteúdo da Constituição</i> .....                               | 67  |
| <i>1.2.3 A transição do Estado Liberal ao Estado Constitucional e sua repercussão na atividade jurisdicional</i> .....                                   | 78  |
| <b>CAPÍTULO 2 – O AGIR ESTATAL ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU CONTROLE JUDICIAL</b> .....  | 86  |
| <b>2.1 As políticas Públicas e seu aspecto dinâmico</b> .....  | 88  |
| <i>2.1.1 As políticas públicas e o Direito</i> .....   | 88  |
| <i>2.1.2 O aspecto dinâmico e complexo das políticas públicas</i> .....  | 103 |
| <i>2.1.3 O orçamento público na concretização das políticas públicas</i> .....   | 114 |
| <b>2.2 O controle jurisdicional de políticas públicas</b> .....  | 124 |
| <i>2.2.1 Fundamentos jurídicos legitimadores da atuação do Poder Judiciário e o objeto do controle judicial em matéria de políticas públicas</i> .....   | 126 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.2.2 <i>O controle de políticas públicas e o controle de orçamento</i> .....   | 142 |
| 2.2.3 <i>O mínimo existencial, a reserva do possível e o controle de políticas públicas</i><br>.....  | 147 |
| <b>CAP. 3 – VIAS PROCESSUAIS DE TUTELA DOS DIREITOS<br/>FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS</b><br>.....   | 160 |
| <b>3.1 Vias processuais de intervenção jurisdicional em matéria de políticas públicas</b><br>.....  | 163 |
| 3.1.1 <i>O controle de constitucionalidade abstrato e as políticas públicas</i> .....   | 164 |
| 3.1.2 <i>A tutela individual e a proteção dos direitos sociais</i> .....  | 176 |
| 3.1.3 <i>A tutela coletiva de direitos fundamentais sociais e o controle judicial de<br/>políticas públicas</i> .....   | 183 |
| <b>3.2 Caminhos de aprimoramento do controle judicial de políticas públicas</b> ....  | 198 |
| 3.2.1 <i>Em busca de um contraditório ampliado e de uma interação processual<br/>dialógica entre os agentes responsáveis pela implementação de políticas públicas</i><br>.....                                      | 200 |
| 3.2.2 <i>Provimentos estruturais: em busca da construção de soluções gradativas e<br/>adequadas à concretização de direitos fundamentais sociais no âmbito do controle<br/>judicial de políticas públicas</i> ..... | 209 |
| <b>CONCLUSÕES</b> .....   | 222 |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....   | 230 |

## INTRODUÇÃO

Desde o final de 2013, o Brasil acompanha diariamente notícias que evidenciam o caos na Segurança Pública do Estado do Maranhão. Em decorrência de um sistema prisional deficitário, práticas violentas são vivenciadas dentro e fora dos presídios maranhenses, o que tem causado pavor público e chamado a atenção da comunidade nacional e internacional.<sup>1</sup>

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, em relatório de inspeção nos estabelecimentos prisionais do Maranhão (Ofício n. 363/GP/2013, de 27 de dezembro de 2013),<sup>2</sup> denunciou a tomada do Complexo Penitenciário de Pedrinhas por duas facções criminosas, autodenominada “anjos da morte” e “Bonde dos 40”. A vistoria, inclusive, só foi viabilizada após negociações com os líderes das facções, pois poderia ser considerada um ato de desrespeito pelos presos. Segundo este relatório, desde 2010 são noticiadas constantes rebeliões e mortes violentas de presidiários: em 2013, houve mais de 60 execuções nos presídios maranhenses, inclusive por decapitação.

O CNJ apontou a absoluta precariedade das unidades prisionais, constatando dentre outros, problemas como superlotação, estrutura deficitária, más condições de higiene, falta de iluminação, alimentação inadequada, servidores desqualificados, péssimas condições de segurança. No Município de Pinheiro, inclusive, atestou-se a existência de doentes mentais que cumpriam medidas de segurança no mesmo ambiente dos presos em condição de normalidade, em decorrência da falta de vagas em estabelecimentos adequados. Nos presídios São Luís I e II, observou-se que os encontros íntimos ocorrem em ambientes coletivos, o que além de caracterizar um violento

---

<sup>1</sup> A mídia retratou no início de 2014 uma série de acontecimentos violentos, como o incêndio de ônibus e o ataque a delegacias, que, segundo o Governo do Estado do Maranhão, ocorreram por ordens emanadas do interior dos presídios. A divulgação de um vídeo gravado dentro do estabelecimento prisional contendo imagens de decapitação de presos também foi repetidamente noticiada pela mídia. Tais informações podem ser obtidas, dentre outros, nos seguintes endereços virtuais: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-07/video-mostra-presos-decapitados-dentro-complexo-pedrinhas>>; <<http://surgiu.com.br/noticia/133353/prisoas-vomitam-violencia-afirma-juiz-do-cnj.html>>; <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/01/em-10-anos-ma-criou-26-das-vagas-previstas-para-presos-diz-governo.html>>; todos com acesso em 22 de janeiro de 2014.

<sup>2</sup> A inspeção foi realizada no dia 20 de dezembro de 2013 nas Unidades do Centro de Detenção Provisória - CDP, Central de Presos de Custódia - CCPJ, Casa de Detenção - CADET, e Presídios São Luís I e II. O relatório pode ser integralmente visualizado em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cnj-presidios-maranhao.pdf>>, acesso em 22 de janeiro de 2014.

atentado ao direito à intimidade e à dignidade dos presos e suas companheiras ou seus companheiros, oportuniza a prática de abusos sexuais de toda ordem.

Por fim, apurou-se que o Estado não investiga com o rigor necessário todos os desvios por abuso de autoridade, tortura, outras formas de violência e corrupção praticadas por agentes públicos. Segundo Douglas de Melo Martins, magistrado relator do relatório de inspeção, o descaso do Poder Público com os presídios faz com que os presos fiquem à mercê das facções. Os detentos são compelidos a cumprir ordens da criminalidade mesmo após deixar as cadeias, sob pena de represália.<sup>3</sup>

O Ministério da Justiça declarou, a este respeito, que enviou ao Estado do Maranhão R\$ 52 milhões de reais nos últimos dez anos, verba que tinha por finalidade a criação de 1.621 novas vagas para presos por meio da construção de presídios ou da ampliação dos já existentes. No entanto, há notícia de que apenas 26% deste objetivo foi cumprido, já que foram criadas apenas 418 vagas durante todo este tempo.<sup>4</sup>

Situações desta natureza, no entanto, não são retratadas apenas no Maranhão. O Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP publicou um minucioso relatório em 2013, produzido a partir dos dados colhidos em 1.598 estabelecimentos prisionais de todo o país. Em um ano de observação (entre fevereiro de 2012 a março de 2013), foram atestadas pelo menos 121 rebeliões, 769 mortes, 2.700 casos de lesões corporais. Segundo o CNMP, o sistema prisional brasileiro possui, atualmente, um déficit de 146.547 vagas, o que equivale a 48% da capacidade atual.<sup>5</sup>

Esta realidade estampa toda a sorte de lesão a vários direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, pelos tratados de Direito Internacional e pela legislação infraconstitucional. O Estado, ao privar a liberdade dos cidadãos, como símbolo máximo do monopólio da violência legítima, tem o dever de lhes assegurar condições minimamente dignas, protegendo a saúde e a integridade física dos apenados.

---

<sup>3</sup> As declarações do magistrado Douglas de Melo Martins podem ser obtidas no seguinte endereço virtual: <<http://surgiu.com.br/noticia/133353/prisoos-vomitam-violencia-afirma-juiz-do-cnj.html>>, acesso em 3 de janeiro de 2014.

<sup>4</sup> Tais afirmações foram veiculadas publicamente por meio do sítio eletrônico: <<http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2014/01/em-10-anos-ma-criou-26-das-vagas-previstas-para-presos-diz-governo.html>>, acesso em 23 de janeiro de 2014.

<sup>5</sup> BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013, p. 38 e ss. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/sistema-prisional.pdf>>, acesso em 22 de janeiro de 2014.

Presidiários sofrem restrições em seu patrimônio jurídico, mas não deixam de ser cidadãos brasileiros. Entretanto, a realidade vivenciada manifesta-se em absoluta discrepância com os objetivos constitucionais.

Para além deste exemplo, muitos outros poderiam ser dados para relatar o descompromisso do Estado com a concretização dos direitos fundamentais, notadamente os sociais. Sistemas deficitários como os de transporte público, saúde, habitação são uma realidade notória. Como afirma Clèmerson Merlin Clève, tais problemas se arrastam há muito tempo, e não são enfrentados com racionalidade e planejamento pelo Estado. Segundo o jurista, a Administração Pública brasileira “não é profissional e nem eficiente”.<sup>6</sup>

E, embora se possa dizer que tenha havido progresso com a diminuição da miséria no Brasil, a desigualdade social ainda é um dos traços mais distintivos da ordem social brasileira. Dados atualizados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE dão conta de corroborar esta afirmação: no Brasil, enquanto 10% da população com maiores rendimentos detêm 41,9% da renda total do país, os 40% dos cidadãos com menores rendimentos se apropriam de apenas 13,3% desta renda.<sup>7</sup> Quando o Estado descumpre o seu desiderato de promoção dos direitos fundamentais, pois, milhares de brasileiros acabam sobrevivendo de maneira sub-humana, privados das necessidades mais básicas para garantia de uma existência digna.

O exemplo e os dados acima apresentados, tal como os demais que seguirão ao longo do texto, demonstram que o Poder Público muitas vezes não tem logrado êxito em promover espontaneamente ações capazes de atender o objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I da CF). Como consequência direta, o Poder Judiciário tem sido recorrentemente invocado a se manifestar em demandas judiciais que reclamam mudanças na postura dos Poderes

---

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 319.

<sup>7</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2013*, n. 32. Rio de Janeiro: IBGE, 2013, p. 173. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2013/SIS\\_2013.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/SIS_2013.pdf)>, acesso em 03 de dezembro de 2013>.

eleitos. Trata-se, no mais das vezes, de situações urgentes, que buscam denunciar um grande vão existente entre a atuação estatal e as promessas constitucionais.

É aí que se encontra a problemática trazida por este estudo. O controle judicial de políticas públicas – tema central deste trabalho – pois, tem sido objeto de constante vigilância dos juristas. Principalmente a partir dos anos 2000, impulsionado também pela construção de uma sólida dogmática constitucional, este fenômeno tem se multiplicado nos tribunais pátrios. E a doutrina, sob os mais diversos enfoques – a partir dos ramos do Direito Constitucional, Administrativo, Financeiro, Econômico, Processual Civil – busca discutir e aprofundar a complexa interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo em casos desta natureza.<sup>8</sup>

Este estudo tem por objetivo debater alguns questionamentos importantes a respeito do tema, dentre eles, os seguintes: (i) possui o Judiciário legitimidade para atuar em rota de choque com as escolhas feitas pelos poderes que gozam do *pedrigree* da representatividade?<sup>9</sup> (ii) do ponto de vista da efetivação dos direitos fundamentais, as intervenções judiciais que interferem em políticas públicas são capazes de promover melhorias concretas na sociedade e atingir aqueles que mais necessitam dos provimentos estatais?; (iii) é possível uma interação entre os Poderes, no controle de políticas públicas, que supere a lógica maniqueísta de divisão estanque de competências em favor de uma lógica de cooperação e diálogo?

Adianta-se que não se pretende apresentar soluções definitivas ou apreender todos os aspectos da complexidade envolvida. Até porque o assunto não admite simplificações mágicas. Reconhece-se que o tema, além de relativamente recente no Brasil, soergue-se em um terreno espinhoso e que exige constante reflexão. Além disso, conforme se verá, as possibilidades de controle judicial de políticas públicas são muitas,

---

<sup>8</sup> Como já registrou Eduardo Appio: “A determinação de compra de medicamentos especiais, a construção de obras públicas, a concessão de reajuste de vencimentos a servidores públicos, a fixação do valor de tarifas públicas e a edição de normas genéricas são exemplos paradigmáticos de uma nova realidade. A vasta gama de provimentos jurisdicionais vocacionados a interferir, de modo direto, nas funções desenvolvidas pelos demais poderes da República cresce diariamente”. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 18.

<sup>9</sup> Esta expressão é utilizada por Conrado Hubner Mendes em: MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203.

praticamente infinitas, cabendo ao estudioso buscar construir trilhas aptas a contribuir para o desenvolvimento do debate.<sup>10</sup>

Desse modo, o objetivo principal da reflexão que segue é sedimentar os principais aspectos teórico-dogmáticos que circundam o tema, buscando concatenar os conhecimentos de maneira multidisciplinar, na medida do possível, arquitetando pontes principalmente entre o Direito Constitucional e o Direito Processual Civil. Algumas ideias e conceitos, inclusive, serão trazidos de outros ramos do saber, como a Ciência Política e a Administração Pública, de maneira a contribuir para a formação de uma reflexão jurídica mais densa e ligada à realidade brasileira.

Importa salientar que alguns cuidados preliminares foram tomados.

O primeiro deles diz respeito ao foco do estudo sobre o controle judicial de políticas públicas. Acredita-se que a essência desta problemática deve ser a necessidade de efetivação de direitos fundamentais no plano da realidade concreta. Assim, a perspectiva ora adotada enxerga no controle judicial de políticas públicas a possibilidade de construção de mecanismos que viabilizam a transformação de uma realidade de miséria e exclusão, em busca do desenvolvimento democrático e igualitário preconizado pela Constituição.<sup>11</sup> Tratar-se-á, assim, somente das políticas públicas que dizem respeito diretamente à concretização de direitos fundamentais.

A partir desta premissa, as ideias desenvolvidas nas próximas linhas revelam-se alinhadas à chamada *doutrina da efetividade*. Este movimento é salientado por António Manuel Hespanha, que identifica no Brasil um discurso jurídico crítico e socialmente comprometido com o fornecimento de respostas aos problemas da sociedade. Segundo o autor, nota-se, assim, que “a ética dos juristas tende a assumir mais militantemente a causa dos interesses subalternos, do interesse público, da garantia

---

<sup>10</sup> Como afirma o ministro Marco Aurélio de Mello: “De fato, as possibilidades de controle judicial de políticas públicas são praticamente infinitas, e exigiria uma boa dose de pretensão tentar lidar com todas as variáveis e possibilidades”. MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Prefácio. In: FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 12.

<sup>11</sup> Veja-se, nesse sentido: FONSECA, Juliana Pondé. Violação de Direitos e Inefetividade do Judiciário: revendo o problema da efetividade dos direitos sociais de acordo com as particularidades do caso brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Jurisdição e questões controversas de direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 84. Ainda, como aponta Eduardo Cambi, “A Constituição e as leis não resolvem, imediatamente, os problemas da sociedade. Para a realização do Estado Democrático de Direito, não basta a *formalidade* do Direito. A dimensão textual é necessária, mas deve ser associada com a efetivação das *condições sociais e institucionais* inerentes ao respeito às leis e à Constituição”. Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 498.

da efetividade dos programas sociais e das políticas públicas”.<sup>12</sup> Destaca-se, a este respeito, o compromisso de construção de uma dogmática constitucional emancipatória levantado por Clèmerson Merlin Clève, que se centra na valorização de uma militância que se volta à construção de soluções comprometidas com a realização das “promessas libertárias e igualitárias da Lei fundamental”.<sup>13</sup>

Tem-se também como ponto de partida a premissa fundamental de que o controle judicial de políticas públicas não é capaz, por si só, de resolver todos os problemas relativos à má atuação dos Poderes Legislativo e Executivo acerca da insuficiência da promoção de direitos fundamentais.<sup>14</sup> A atuação judicial, nestes casos, é por vezes essencial, mas não única e nem suficiente.<sup>15</sup> Conforme se argumentará, o Judiciário não deve ser considerado o guardião entrincheirado da Constituição, “o oráculo da justiça”, mas sim um importante ator na composição de coordenadas que, com base na Constituição Federal, direcionam o Estado para a busca da realização dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.<sup>16</sup>

Assim, como se abordará detidamente nas linhas seguintes, levando em conta que a Constituição Federal não consiste somente em um documento político, mas um instrumento de compromissos dotado de normatividade, e que o Estado tem o dever de concretizar os direitos por ela protegidos, o controle judicial de políticas públicas nada mais é do que um controle de constitucionalidade existente quando, no plano concreto,

---

<sup>12</sup> HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Curitiba, n. 47, p. 29-64, 2012, p. 15 e 17.

<sup>13</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 10.

<sup>14</sup> Comunga-se, assim, do entendimento esposado por Estefânia Maria de Queiroz Barboza. Como afirma a jurista: “Não se quer colocar o Poder Judiciário como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, mas que ele atue junto com os outros poderes, e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente”. Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 207.

<sup>15</sup> Como explica Felipe de Melo Fonte, a partir da Constituição Federal de 88, é possível apontar “a existência de quatro mecanismos de avaliação das políticas públicas, cujos parâmetros de controle são distintos, a saber: i) político-eleitoral; ii) administrativo-interno; iii) legislativo e iv) judicial”. Cf. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59.

<sup>16</sup> Como bem ressalta Daniel Sarmento, “o princípio democrático demanda que se reconheça um vasto espaço de liberdade de conformação do legislador nesta seara, revelando-se incompatível com compreensões que depositem no Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas correlacionadas à construção de uma ordem social mais justa”. Cf. SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 565.



há o desacordo entre a atuação ou omissão do Poder Público e o plano de desenvolvimento do projeto democrático.<sup>17</sup> Nestes casos, como argumenta Clève, a democracia não repele, mas reclama a atuação do Judiciário, já que este órgão tem o dever constitucional de zelar pelos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

Isto implica um maior aprofundamento das formas e limites dessa intervenção. Se é certo que o Poder Judiciário revela-se um ator capaz de participar do desenvolvimento e aprimoramento da democracia, é fundamental que esta atuação seja realizada de maneira lúcida e racional, sob pena de comprometer os postulados do Estado Democrático de Direito. De acordo com Clève, é necessário encontrar um equilíbrio entre “os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não haja papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer”.<sup>19</sup>

Partindo de tais premissas é que se desenvolve esta pesquisa.

O primeiro capítulo busca desenvolver o arcabouço teórico que fundamenta a legitimidade do Poder Judiciário para a realização do controle de políticas públicas. Para introduzir o assunto, realiza-se um apanhado histórico da construção do modelo de Estado Constitucional, buscando, em seguida, apresentar o Constitucionalismo contemporâneo e o papel do Poder Judiciário na proteção das normas constitucionais. Neste capítulo também são promovidas abordagens sobre o regime jurídico dos direitos fundamentais, sobre o fenômeno da judicialização da política e sobre o compromisso do Judiciário pela promoção da tutela jurisdicional efetiva.

Por sua vez, o capítulo segundo trata de delinear, em sua primeira parte, os principais contornos que definem as políticas públicas, trazendo suas principais

---

<sup>17</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, Junho de 2012, p. 73.

<sup>18</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória... Op. Cit.*, p. 25. É preciso considerar, como afirma o constitucionalista, que a democracia não significa apenas o governo da maioria, já que “o que é minoria hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário, que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 104.

<sup>19</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem, Ibidem*. No mesmo sentido, cf. SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 557.

características e situando a relação entre elas e o Direito. Dentre os vários processos juridicamente articulados que dizem respeito ao desenvolvimento das políticas, atenta-se para o orçamento público e o seu desenvolvimento, vez que a conformação da peça orçamentária revela-se etapa fundamental para a realização dos direitos fundamentais que demandam prestações. Por conseguinte, o controle judicial das políticas públicas envolve necessariamente a verificação da constitucionalidade das escolhas alocatícias dos representantes eleitos, bem como da visualização da sua afetação ou não no desenvolvimento das políticas públicas. O que não significa, conforme se argumentará, que o controle de políticas públicas deve limitar-se à investigação da conformidade das peças orçamentárias com os objetivos constitucionais.

Na segunda parte do segundo capítulo adentra-se com maior profundidade na análise da interação entre os Poderes nos casos que dizem respeito à políticas públicas. Busca-se apresentar os fundamentos jurídicos da atuação do Poder Judiciário nesse tipo de matéria, bem como analisar criticamente alguns critérios levantados pela doutrina como limitadores desta intervenção. A este respeito, serão tecidas considerações sobre a insuficiência da realização do controle de políticas públicas quando limitado ao controle de orçamento, bem como da insuficiência da utilização do mínimo existencial para estruturar a esfera da legitimidade jurisdicional no controle de políticas públicas. Nesta etapa também são tecidas considerações acerca da reserva do possível e de seu papel na análise judicial de políticas públicas.

Por fim, o capítulo terceiro tem por objetivo trazer um panorama das possíveis vias processuais de tutela dos direitos fundamentais sociais e de controle de políticas públicas. Neste ponto, serão trazidas discussões acerca da viabilidade do controle de constitucionalidade abstrato como mecanismo de controle de políticas públicas. Também será feita uma breve análise sobre a diferença entre a tutela individual de direitos fundamentais e o controle de políticas públicas. A reflexão deságua em apontamentos sobre a via coletiva como meio processual por excelência de controle de políticas, através da enunciação dos principais argumentos que justificam esta afirmação. Por fim, são realizadas considerações sobre a necessidade de aprimoramento de técnicas processuais capazes de propiciar uma interação mais ajustada e harmônica

entre os Poderes nos casos que exigem soluções globais e gradativas, como no caso do controle de políticas públicas.

## **CAPÍTULO 1 – A JURIDICIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO**

O controle jurisdicional de políticas públicas é assunto diretamente ligado à concretização dos direitos fundamentais. Embora se trate de tema que tem sido foco de discussão em vários países, pode-se dizer que, em ambientes em que a desigualdade social se revela de maneira acentuada, o debate ganha contornos ainda mais fortes. Isso porque, diante de uma realidade de exclusão e miséria, as políticas públicas que materializam direitos fundamentais são urgentes. E a judicialização de tais questões, por conseguinte, é decorrência diretamente ligada a esta premência.

Antes, porém, de aprofundar o ponto central de investigação desse trabalho – a atuação do Judiciário quando provocado a decidir questões envolvendo políticas públicas –, faz-se necessário costurar um conjunto de saberes essenciais à adequada compreensão da questão principal. Assim, como ponto de partida, este primeiro capítulo busca delinear a conformação jurídica dos direitos fundamentais no Brasil, explicitando por que a Constituição Federal de 1988 constitui uma verdadeira reserva de justiça ao sistema político brasileiro.

Desta forma, o primeiro ponto (1.1) iniciará a discussão por meio da análise da construção histórica do modelo do Estado Constitucional, para compreender os ventos que trouxeram o constitucionalismo até a contemporaneidade. Adiante-se que o estudo da História jamais pode desembocar em uma percepção de desenvolvimento linear e evolutivo do Estado (no sentido de que o modelo posterior necessariamente é melhor que o anterior), servindo sim a elucidar a conformação/adaptação temporal de um modelo capaz de fazer frente às demandas de um determinado momento histórico. Serão também expostos os principais traços do constitucionalismo contemporâneo e as repercussões jurídicas da previsão dos direitos fundamentais sociais no texto constitucional de 1988.

O segundo ponto (1.2) abordará algumas das causas da expansão da atuação do Poder Judiciário no Brasil após a Constituição Federal de 1988. Conforme se verá, trata-se de assunto bastante debatido e abordado sob diferentes enfoques entre os estudiosos,

revelando-se um fenômeno derivado de uma complexidade de fatores. Na sequência, serão feitas considerações sobre a interação entre as esferas de Poder que compõem o Estado, buscando desmistificar por completo a ideia da separação de poderes como um modelo rígido e estanque.<sup>20</sup> Por fim, será feita uma análise do atual papel da jurisdição no Estado Constitucional.

## 1.1 O Estado Constitucional e a juridicidade dos direitos fundamentais sociais

### 1.1.1 A construção histórica do modelo de Estado Constitucional

Pietro Costa – historiador italiano catedrático da *Università degli Studi di Firenze* – produziu valioso aporte teórico ao estudo da construção histórica do Estado Constitucional. Ao se debruçar sobre questões relacionadas à democracia, soberania, Estado de Direito e Constitucionalismo, o pesquisador demonstrou a complexa relação entre tais institutos e a fluidez de seus significados ao longo da história. Especificamente quanto à conformação do Estado Constitucional, se dedicou a explicar como a fórmula *democracia constitucional*, aparentemente dotada de uma coerência inerente, foi construída ao longo do tempo com ingredientes considerados por muito tempo opostos.<sup>21</sup>

A aproximação entre democracia e Estado Constitucional ocorre principalmente após a Segunda Guerra Mundial – quando, em contrapartida às atrocidades sofridas pela humanidade com os regimes totalitários, buscou-se firmar direitos de ascendência jusnaturalista de maneira entrelaçada à tradição democrática dos sécs. XIX e XX.<sup>22</sup> Como explica Costa, pode-se dizer que a ideia do constitucionalismo – em um sentido amplo – é a de vincular a vontade soberana a certos limites indiscutíveis<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Impende consignar que não se desconhece que o Estado compõe um único poder político indivisível, e que os “Poderes”, em verdade, nada mais são do que especializações das atividades estatais. Entretanto, optou-se neste trabalho por utilizar a terminologia tradicional, uma vez que é a reproduzida pela literatura jurídica no Brasil.

<sup>21</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 241.

<sup>22</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.

<sup>23</sup> Pietro Costa atenta, no entanto, para o fato de que a utilização no sentido amplo do termo constitucionalismo – como tentativa da limitação do poder do soberano – pode, por abranger momentos históricos muito diferentes, induzir à falsa sensação de que haveria homogeneidade nas etapas históricas, que conservam, ao contrário disso,

Segundo o historiador, a tensão entre poder e direito, entre *voluntas* e *ratio*, atravessou toda a cultura político-jurídica do Ocidente – partindo sua análise do período medieval. Ao mesmo tempo em que, em diferentes etapas históricas, houve a exaltação de um poder soberano irresistível, pode-se dizer que, ainda que timidamente, sempre esteve presente a necessidade de impor um limite indiscutível (uma *ratio* superior) à vontade do soberano. Para Costa, é possível constatar muitos exemplos disso, ligados a diversos ambientes históricos e a diferentes construções jurídicas justificadoras.<sup>24</sup>

No período medieval, acreditava-se na existência de uma ordem imanente, posta e inquestionável. A organização da sociedade era piramidal, tendo como vértice do sistema a figura do soberano. Nesta ordem natural das coisas, todos os poderes se concentravam no imperador, na realeza. No entanto, como explica Costa, acreditava-se que o soberano seria aquele capaz de dizer o direito, e não criá-lo. Trata-se de uma figura que mais se aproxima da ideia de um juiz, pois através dele é que seria externada a *ratio* proveniente da ordem imanente e objetiva das coisas. O Imperador, neste sentido, poderia ser considerado um tirano caso pretendesse perturbar a estrutura natural das coisas.<sup>25</sup>

Na Modernidade, há um completo remanejamento da compreensão da imagem de soberania em relação ao medievo. Sob forte influência do paradigma hobbesiano,<sup>26</sup> há o completo distanciamento entre a vontade e a razão. Ao contrário do período medieval, não se sustenta mais que ao soberano caberia exercer a soberania a partir da explicitação da ordem natural das coisas. Ao soberano caberia, ao contrário, modificar o ambiente natural da existência humana, já que este estado natural significava um completo estado de guerra e de desorganização social. Acreditava-se, pois, que o

---

profundas diferenças (constitucionalismo medieval, constitucionalismo moderno, constitucionalismo contemporâneo). Cf. COSTA, Pietro. *Idem*, p. 242.

<sup>24</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.

<sup>25</sup> COSTA, Pietro. *Idem*, p. 243.

<sup>26</sup> O filósofo Thomas Hobbes considerava-se o inaugurador da filosofia política e criticava autores que o antecederam e consideravam a política uma questão de arte e de prática. Hobbes foi considerado o primeiro pensador a construir teorizações sobre o Estado Moderno. Na obra *Leviatã*, defende a inescapável necessidade de um governo de autoridade absoluta e inquestionável para assegurar a paz em uma sociedade. A sociedade, pois somente nasce com o Estado. Do contrário, há a permanência de uma condição de guerra, decorrente da própria natureza humana. Para uma explicação pormenorizada de sua teoria, cf. RIBEIRO, Renato Janine. *Hobbes: o medo e a esperança*. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política* – vol. 1. São Paulo, Editora Ática, 2004 e GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 71 e ss.

soberano seria responsável por criar a ordem pelo exercício de sua *voluntas*, e que somente assim seria possível garantir a paz e a formação da sociedade. Para tanto, nenhum limite poderia vincular o soberano, já que isto significaria a impossibilidade de conter o temido estado de guerra. Como afirma Costa, neste período histórico, enuncia-se de maneira sem igual uma vocação absolutista da soberania.<sup>27</sup>

Ainda assim, existia, de outro lado, a exigência de conformação de uma ordem independente da soberania, ou seja, a busca por uma ordem objetiva para conter o arbítrio do soberano. Tentativas variadas surgiram em culturas diversas com o objetivo de conter a *voluntas* através da *ratio*.<sup>28</sup> Na Inglaterra, em meados de do século XV, por exemplo, notabilizaram-se as ideias de Edward Coke – considerado o fundador do constitucionalismo inglês. Segundo Coke, haveria um sistema normativo capaz de confrontar a vontade do soberano – a *common law* – que poderia ser constatada racionalmente, por meio de um corpo profissional de magistrados.<sup>29</sup> Em outros contextos, outras construções jurídicas foram delineadas, como por exemplo as ligadas à defesa da existência de direitos naturais dos indivíduos, como os direitos de liberdade e propriedade defendidos por Locke.<sup>30</sup>

Segundo Costa, em todas estas teorizações, a proteção da ordem objetiva (capaz de conter o soberano) foi ligada ao exercício da jurisdição. Ao juiz foi atribuída historicamente a possibilidade de agir com imparcialidade e transparência na sua missão de *declarar* os direitos. Ligada a esta compreensão conformou-se o modelo de separação de poderes clássico de Montesquieu, que conferia aos juízes a identidade de um “poder nulo”.<sup>31</sup> Aos juízes, portanto, era atribuído o acertamento de uma ordem objetiva, indisponível à vontade dos soberanos. O julgamento de uma determinada situação de conflito não deveria depender de um ato de vontade, e sim refletir a emanção de uma

<sup>27</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 243.

<sup>28</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.

<sup>29</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*. Ainda, segundo Ingo Sarlet, Edward Coke foi de decisiva importância na discussão em torno da *Petition of Rights* de 1628, o qual, em sua obra e nas suas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de direitos fundamentais (*fundamental rights*) dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento no direito de propriedade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

<sup>30</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 244.

<sup>31</sup> Como explica Simone Goyard-Fabre, Montesquieu acreditava que a condição *sine qua non* da estabilidade política era a organização constitucional das competências pelas quais o poder se manifesta. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno...* *Op. Cit.*, p. 102.

racionalidade imparcial e objetiva, a partir de normas que não estariam submetidas à *voluntas* do soberano.<sup>32</sup>

Assim, conclui-se que, ainda que a vontade do soberano apareça de maneira inflada no período da Modernidade, esta *voluntas* não ocupou inteiramente aquele ambiente histórico. Nas palavras de Pietro Costa, a vontade constituiu “o polo de um campo de tensão, enquanto que no polo oposto estão normas e princípios que repousam sobre uma ordem ‘objetiva’ e ‘não voluntária’”. Esta segunda extremidade foi conferida ao Poder Judiciário, “a quem uma antiga tradição atribui a honra de dar voz a uma imparcial e objetiva racionalidade”.<sup>33</sup>

O pensamento moderno caminhou aos poucos para o entrelaçamento da figura de soberania e de *povo*. Como explica Pietro Costa, ainda, na Modernidade, os termos que configuram os polos de tensão – soberania e direitos – se contornam de uma forma inconfundível: o soberano toma cada vez mais a forma de um povo detentor do seu próprio destino – e a defesa dos direitos dos cidadãos aparece como coroação da grande revolução antropológica, que coloca o sujeito como ser pensante e centro de toda ordem.<sup>34</sup>

A ideia de democracia foi compreendida durante muito tempo na Antiguidade como um regime desequilibrado (com o predomínio dos muitos pobres sobre os poucos ricos). No século XIV – no medievo, portanto –, teve o seu significado remodelado com Marsílio di Padova, definição esta, no entanto, ainda distante do significado de democracia delineado na Modernidade.<sup>35</sup> Marsílio di Padova promoveu uma leitura alternativa das obras gregas, ocasião em que a ideia de desequilíbrio da democracia começou a ser suplantada pela de “primado de muitos”. Mesmo assim, para o pensador, a ideia de povo ainda seria de uma entidade coletiva de sujeitos desiguais, e não de sujeitos iguais, como era identificada a democracia para os modernos.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 244.

<sup>33</sup> COSTA, Pietro. *Idem*, p. 245.

<sup>34</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.

<sup>35</sup> Importante ressaltar que o termo “democracia” é antigo, mas a sua conceituação de maneira positiva é recente. Na perspectiva de Aristóteles, na obra Política, por exemplo, defendia-se a supremacia de poucos. Na idade média esta ideia também era forte. Os intérpretes medievais de Aristóteles apresentam objeções à democracia, com o receio de que o governo de muitos pudesse se converter em uma massa anárquica e irracional, uma *multitudo bestialis*. Cf. COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.

<sup>36</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.



A antropologia individualista dos séculos XVII e XVIII modificou a compreensão do fenômeno da democracia. Nasce a ideia do sujeito como centro da ordem, e de que o soberano corresponderia à totalidade dos sujeitos.<sup>37</sup> Neste período histórico, as ideias de Rousseau foram muito influentes: a democracia consistiria no autogoverno de um povo que é composto por indivíduos livres e iguais. Tais indivíduos, por sua vez, seriam eram dotados de direitos naturais, transformados pelo povo soberano em direitos civis exigíveis.<sup>38</sup> As construções teóricas rousseauianas serviram de baluarte às revoluções do século XVIII nos Estados Unidos e na França,<sup>39</sup> e às teorizações político-constitucionais da época, como a de poder constituinte do abade de Sieyès.<sup>40</sup> Nas Revoluções do séc. XVIII, a força do *demos* (povo) é extremada, considerada ilimitada.<sup>41</sup>

No outro polo da tensão, explica Pietro Costa, estavam os direitos, que adentraram na cultura moderna pelo paradigma jusnaturalista.<sup>42</sup> Principalmente com John Locke é construída a ideia de que os direitos de liberdade e propriedade seriam inatos.<sup>43</sup> Eles inclusive foram refrão da Revolução Francesa, que não os criou, somente os reconheceu, pois eram considerados já existentes a partir de uma ordem natural.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> COSTA, Pietro. *Idem*, p. 246.

<sup>38</sup> A ideia de Rousseau era a de que, no processo de legitimação do pacto social, a condição de igualdade das partes contratantes era fundamental. Nesse pacto, ninguém sairia prejudicado, porque o corpo soberano que surge após o contrato seria o único a determinar o modo de funcionamento da máquina política. E obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade. Cf. NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política – vol 1*. São Paulo, Editora Ática, 2004.

<sup>39</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 246-247.

<sup>40</sup> Na França, Sieyès diz que a soberania cabe aos “20 milhões de franceses” e que a soberania é da nação. Cf. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 104. Entretanto, para Sieyès, como a Nação não pode agir, o processo revolucionário deve ser guiado por uma Assembleia representativa, como um próprio poder constituinte, destinada a criar uma nova ordem. Nesse ponto Sieyès se afasta diametralmente de Rousseau, para quem a representação esteriliza a liberdade política. Cf. COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 247.

<sup>41</sup> COSTA, Pietro. *Idem*, p. 247-248.

<sup>42</sup> Mas este paradigma jusnaturalista não é o único instrumento utilizável para atribuir tais características aos direitos. Como aponta Pietro Costa, Edward Coke, a partir de outro ângulo, acreditava que os direitos eram decorrentes de uma ordem normativa imemorial que se colocava acima do rei (a common law, o “direito dos ingleses”). Cf. COSTA, Pietro. *Idem*, p. 249.

<sup>43</sup> John Locke, inclusive, propõe que, em situações de exercício tirano da soberania contra tais direitos inatos, seria oponível o direito de resistência do povo. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. Os princípios filosóficos do direito político moderno... *Op. Cit.*, p. 187.

<sup>44</sup> Como afirma Maria Tereza Sadek: “De fato, as elaborações teóricas jusnaturalistas, desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII, apesar das diferenças entre os autores, têm em comum não apenas a caracterização dos homens como sujeitos, como portadores de direitos, como entes individuais autônomos, mas também a afirmação de que a realização dos direitos naturais e da Lei universal exige que a administração da justiça seja feita por uma instituição pública independente”. Cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 7.

Assim, no período histórico das revoluções liberais, os direitos e a democracia se encontraram. É traçada a ideia de que a Constituição deveria, ao mesmo tempo, conformar juridicamente a ordem política da sociedade e girar em torno dos direitos inatos que asseguram a liberdade dos indivíduos. Nas palavras de Pietro Costa, “a síntese do Estado democrático-constitucional pode ser atribuída às revoluções americana e francesa”<sup>45</sup>.

Como afirma Paulo Bonavides, neste período revolucionário se delineou a conformação do Estado liberal, que partia da premissa inquestionável de que a lei seria capaz de evitar privilégios injustos.<sup>46</sup> A partir disso, na busca pela preservação da segurança jurídica e dos direitos individuais, as Constituições da época foram delineadas com uma tendência fortemente individualista – e por vezes até mesmo antioletivista –, vez que regulavam praticamente apenas a estrutura básica do Estado.<sup>47</sup>

No entanto, como explica Costa, embora se possa observar certa homogeneidade entre o constitucionalismo das revoluções do século XVIII e do contexto pós-segunda guerra, a história dos setecentos ainda haveria de enfrentar tensões não dirimidas entre os direitos fundamentais e a ideia radical de democracia. Segundo o historiador, naquele período, a convivência desses dois polos em um mesmo “campo de força” revelou-se bastante problemática. A busca pela difusão dos direitos políticos – ligados à ideia de liberdade-participação rousseauiana – chocava-se com a concepção de propriedade da época, que, mais do que o teor econômico, era símbolo de maturidade e racionalidade do sujeito.<sup>48</sup>

Já nos primeiros anos de Revolução Francesa, observou-se a impossibilidade de composição entre os polos que se pretendiam, à época, absolutos (direitos fundamentais e soberania popular). O jacobinismo pôs às claras como o poder oferecia risco aos direitos individuais. Verificou-se a necessidade de conceber a igualdade limitada ao

---

<sup>45</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 249.

<sup>46</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229. Explica Luiz Guilherme Marinoni que o Estado Liberal de Direito surgiu da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*... *Op. Cit.*, p. 229.

<sup>48</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 250. Sobre o tema, ainda, conferir: NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

âmbito normativo, e não como a ausência de diferenças materiais (políticas, econômicas, sociais), sob pena de ameaçar os direitos de propriedade daqueles que a detinham.<sup>49</sup> As respostas para enfraquecer a tensão entre direitos individuais e democracia foram diversas nos EUA e na Europa. Como explica Costa, no velho continente foi necessário percorrer um caminho bem mais tortuoso, embora o campo de tensão fosse o mesmo.<sup>50</sup>

Os EUA eram herdeiros da *Common Law* inglesa, motivo pelo qual desde logo a tutela dos direitos fundamentais foi atribuída ao Poder Judiciário, traçando-se um aparato político que combina, nas palavras de Pietro Costa “o fazer e o dizer a lei”<sup>51</sup>. A primeira das cláusulas da Constituição Federal Americana inaugurava expressamente a supremacia da Constituição. Como os colonos tiveram a necessidade de invocar direitos contra a injusta taxaço imposta pelo parlamento inglês, criaram uma norma superior, a que chamaram de Constituição. Além disso, também era necessário limitar a legislação emanada dos Estados, fazendo referência a uma norma superior, assim considerada porque de fonte popular.<sup>52</sup>

Como explica Maurizio Fioravanti, a diferença maior entre as revoluções americana e francesa é que nesta a lógica hobbesiana impunha uma única vontade popular, fundando indistintamente a autoridade da lei e a da constituição.<sup>53</sup> No modelo americano, ao contrário, vigorou desde logo um sistema em si dualista, já que o povo exprimiria duas vontades bem distintas: uma constituinte – capaz de fundar a constituição – e outra política, bem mais contingencial (que de tempos em tempos determina a vontade das maiorias da época).<sup>54</sup>

Por sua vez, buscando tentar superar as divergências entre vontade e razão, o continente europeu passou, nas palavras de Pietro Costa, “por uma engenhosa

---

<sup>49</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 253.

<sup>50</sup> COSTA, Pietro. *Idem, Ibidem*.

<sup>51</sup> COSTA, Pietro. *Idem*, p. 254.

<sup>52</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Constitutionalismo percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 54.

<sup>53</sup> FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*, p. 55.

<sup>54</sup> Como explica Maurizio Fioravanti, uma passagem em “O federalista” é exemplar, pois convida a desconfiar do legislador que a qualquer momento pode imaginar ser ele mesmo o povo. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Idem*, p. 68. Ainda, sobre o assunto, afirma Lenio Streck que “enquanto a Revolução Francesa confia na obra do legislador virtuoso, combinando individualismo e estatalismo, a Revolução Americana, combinando individualismo e historicismo, desconfia das virtudes do 'virtuoso legislador', preferindo confiar os direitos e liberdades à Constituição, isto é, a possibilidade de limitar o legislador através de uma norma de âmbito rigidamente superior” STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional: uma nova crítica do direito*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 331.

construção jurídica”, qual seja, o *Estado de Direito*.<sup>55</sup> As dificuldades, no entanto, continuaram latentes, pois os conceitos de soberania e Estado-nação continuaram centrais, e aos direitos acabou sendo conferida posição enfraquecida, em decorrência da superação da doutrina jusnaturalista seis-setecentista.

O positivismo jurídico,<sup>56</sup> o historicismo e a sociologia da época acabaram fazendo com que os direitos fossem justificados na figura do Estado – e na lei. E, embora se buscasse nesse Estado de Direito a conciliação entre direitos e soberania popular através da edição de normas que vinculassem o soberano e através da intervenção de um órgão jurisdicional competente (para aplicar essa norma de maneira imparcial), a tensão não foi dirimida. Isso porque os vínculos limitadores do poder soberano, do ponto de vista da doutrina jusfilosófica da época, restringiam-se apenas às funções administrativas do Estado. Permanecia a ideia de impossibilidade de limitação do soberano, ou seja, de que a atividade legiferante, esta sim soberana, não poderia sofrer resistência.<sup>57</sup>

A teoria de Hans Kelsen foi capaz de pôr em crise o forte estatalismo, fazendo surgir o Estado de Direito Constitucional na Europa.<sup>58</sup> Nos anos anteriores à Primeira Guerra Mundial, Kelsen buscou construir uma teoria de superioridade da norma constitucional, partindo de um pressuposto epistemológico de diferenciação entre o ser e o dever ser (entre fatos e normas).<sup>59</sup> Para Hans Kelsen, o Estado não seria real, mas apenas um aparato normativo que estabelece direitos e competências – sendo coincidente, portanto, com o Direito. A noção de que a lei seria a expressão típica da soberania desaparece, na medida em que o ordenamento passa a ser concebido como estrutura gradual.<sup>60</sup> A lei não ocupa mais o vértice do sistema – ele passa a ser ocupado pela norma constitucional, viabilizando a submissão das leis ao controle do órgão jurisdicional, superando a periculosidade das maiorias parlamentares.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 255.

<sup>56</sup> Como explica Norberto Bobbio, o positivismo reduziu a justiça da norma à sua validade: justa era a norma válida. BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 35-42.

<sup>57</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 256.

<sup>58</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito...* *Op. Cit.*, p. 176.

<sup>59</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Idem*, p. 175.

<sup>60</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 257-258.

<sup>61</sup> Como explica Pietro Costa, o modelo de ordenamento jurídico de Kelsen caracteriza-se por ser dinâmico. Isso porque o ordenamento jurídico não deveria coincidir necessária e mecanicamente com um sistema de normas gerais. O ordenamento se construiria através das “normas gerais” e das “normas individuais”, ambas integrantes

Através da teorização de Kelsen, o Estado constitucional e a democracia *parecem* se compatibilizar. O Estado não quer dizer Poder, mas Direito, não subsistindo a tensão entre os termos. Todas as pessoas e mesmo qualquer órgão estatal encontram-se submetidos às normas escalonadas do ordenamento. Como ensina Pietro Costa, o absolutismo, para Kelsen, seria a renúncia *em construir o Estado juridicamente*.<sup>62</sup>

Para Kelsen, a democracia significa proteção das minorias, a partir dos dispositivos jurídicos do Estado constitucional: (i) exigência de maiorias “reforçadas” para ser modificada a Constituição, garantindo proteção aos direitos fundamentais; e (ii) a previsão de uma Corte de justiça com atribuição de controle da atividade do Poder Legislativo. Sua teoria elimina o Direito natural, e considera que somente dentro do ordenamento jurídico os indivíduos podem ser juridicamente classificados como pessoa. Ainda assim, o princípio majoritário conforma a base do Estado de Direito na teoria de Kelsen, pois embora a Constituição sirva de limite à atividade legiferante, pode também ser modificada, por uma maioria qualificada. Segundo Pietro Costa, a tensão entre os polos de tensão, em razão desta ideia de possibilidade de alteração da Constituição pela maioria qualificada, “descola-se para cima”.<sup>63</sup> Direitos, pois, não estariam imunes às maiorias qualificadas.

As atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, quando os regimes totalitários estavam formalmente de acordo com o Estado de Direito, demonstraram a ineficácia de uma teoria puramente formal como a de Kelsen.<sup>64</sup> A temática do segundo pós-guerra, então, focou-se no sujeito como centro do ordenamento jurídico,

---

de um processo unitário de produção do Direito (afasta, assim, a oposição entre produção e aplicação do Direito). E na medida em que a lei perde sua posição “absoluta” no ordenamento, passando a integrar um degrau intermediário no processo de criação-aplicação das normas, torna-se compreensível a defesa de que os atos do Poder Legislativo também são suscetíveis de controle. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito... Op. Cit.*, p. 176.

<sup>62</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Idem*, p. 175. Para uma leitura aprofundada das ideias de Kelsen sobre o Direito e o Estado, cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (trad. João Baptista Machado). 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2008; KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

<sup>63</sup> COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional... Op. Cit.*, p. 259.

<sup>64</sup> Kelsen buscou garantir ao Direito o caráter de cientificidade, para que fosse utilizado de maneira previsível. O positivismo jurídico seria o método a ser aplicado pelo operador do Direito. Como afirma Ana Lucia Pretto Pereira, na visão de Kelsen, “interpretar o direito, para o doutrinador, consistiria em descrever o que se pudesse extrair da norma jurídica. E, para o julgador, consistiria em conhecer o que a norma e a doutrina lhe pudessem oferecer, e a partir daí construir uma decisão”. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22.

direcionando a democracia e os direitos à negação do totalitarismo.<sup>65</sup> Preservou-se a construção teórica de Kelsen – quanto ao sistema escalonado de normas e superioridade da Constituição – mas buscou-se obtemperá-la para garantir a proteção de determinados direitos substanciais, dos quais não se poderia abrir mão de nenhuma forma.<sup>66</sup>

O constitucionalismo passou a se preocupar com a resistência de determinados direitos em relação à democracia. Os direitos fundamentais passaram a ser cada vez mais consagrados nas Cartas constitucionais.<sup>67</sup> Segundo Paulo Bonavides, das mutações do elemento constitucional da sociedade e da gradual acomodação dos interesses políticos e sociais surge o Estado social propriamente dito: não o do figurino totalitário de extremismos políticos, mas da inspiração de justiça, igualdade e liberdade, sendo, nas palavras do autor, “o princípio governativo mais rico em gestão no universo político do Ocidente”<sup>68, 69</sup>.

Mas a tensão entre constitucionalismo e democracia no pós-Segunda Guerra ressurge mais uma vez, agora sob outra roupagem: em relação às limitações ou não do Poder Constituinte Originário, que se pretende soberano e incontrolável. Como afirma Costa, ainda assim pode-se dizer que foi solucionada – ao menos em relação aos

---

<sup>65</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 261.

<sup>66</sup> Segundo Bucci, “o que há de inovador no constitucionalismo do pós-Segunda Guerra, inaugurado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, não é apenas a estruturação em regras e princípios, nem a aparente generosidade com a referência a direitos, especialmente os direitos sociais. O que realmente altera o paradigma do constitucionalismo é a instituição dos Tribunais Constitucionais, mais uma vez sob o pioneirismo do Tribunal Constitucional da Alemanha, em 1950. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5-6.

<sup>67</sup> Embora não seja possível neste trabalho redesenhar todos os acontecimentos históricos do desenvolvimento do constitucionalismo – eis que a própria história não é linear, mas complexa –, é pertinente pontuar que a questão da constitucionalização do social tem um momento de vigor no período entre as duas grandes guerras. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, “este processo, que se estende ao menos até a Constituição da Segunda República espanhola de 1931, dará lugar à denominação característica de ‘constitucionalismo social’, para referir-se ao movimento de incorporação de cláusulas programáticas de conteúdo econômico e social nos textos constitucionais”. Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13.

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

<sup>69</sup> Segundo Paulo Bonavides: “Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu o Estado, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade”. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Idem*, p 74.

contornos até então apresentados, a tensão entre constitucionalismo e democracia, ao se colocar o sujeito, e a proteção substancial de seus direitos, como centro inobjetable do ordenamento jurídico.<sup>70</sup>

No período contemporâneo, ainda, novas problematizações emergem a respeito do Estado Democrático Constitucional.<sup>71</sup> Em relação à democracia, por exemplo, questiona-se a possibilidade de participação dos sujeitos no discurso político, já que o que se vê na maior parte das vezes é a imposição das vontades das elites, sendo que o sistema representativo muitas vezes serve apenas como uma “simulação legitimante: não dá voz ao povo soberano, mas simplesmente oferece um método eficaz para a formação da classe dirigente (...) além de permitir sua troca de maneira frágil e indolor”.<sup>72</sup>

Discute-se, ainda, na sociedade atual, como conciliar vontades tão diferentes e opiniões sobre os critérios de justiça, já que há uma grande multiplicidade de grupos sociais e políticos interagindo.<sup>73</sup> Há também de se lidar com a questão da globalização e da cada vez mais estruturada ordem jurídica internacional (tribunais internacionais, convenções, tratados internacionais), que põem em questão a soberania dos Estados e

---

<sup>70</sup> Acerca do assunto, aduz Maurizio Fioravanti que a queda progressiva do princípio da soberania é o que determina tal superação, sobretudo aquilo que se refere à supremacia da constituição, porque também no estado nacional europeu, a partir do último pós-guerra, foram determinadas as condições para a afirmação de uma norma jurídica suprema claramente colocada no vértice das fontes do direito. Essa norma desempenha um papel diverso e bem mais amplo em relação ao passado da jurisdição, que o modelo construído a partir da revolução francesa havia reduzido a atividade de mera aplicação da lei. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali... Op. Cit.*, p. 68. (tradução livre). Sobre o assunto, explica Conrado Hubner Mendes que a combinação entre democracia e constitucionalismo foi a escolha da maior parte dos regimes políticos ocidentais durante a segunda metade do séc. XX. Cf. HUBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação... Op. Cit.*, p. 19.

<sup>71</sup> Existem diferentes expressões que buscam definir o Estado contemporâneo. Para alguns, como Paulo Bonavides, trata-se, do Estado Social “propriamente dito”, sem extremismos de esquerda ou direita políticas. Como explica Luís Roberto Barroso, no pós-guerra, a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende pelos nomes de Estado democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145.

<sup>72</sup> COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional... *Op. Cit.*, p. 268-269.

<sup>73</sup> Como aponta Jeremy Waldron: “Há muitos de nós, e discordamos sobre o que é justo”. Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1. Surgem, atualmente, diversas teorizações de justiça. Dentre outras vertentes, há aqueles que defendem concepções mais substanciais de Direito, e aqueles que acreditam que a justiça consiste no respeito ao procedimento de deliberação. Sobre as diferenças entre deliberativos e substancialistas (das correntes comunitária e liberal), Cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

demonstram a existência cada vez mais recorrente de conflitos sobre qual o direito a ser aplicado (nacional ou internacional).<sup>74</sup>

No plano interno dos Estados, após as duas guerras mundiais e a crise de 1929, surgem as novas linhas mestras do constitucionalismo contemporâneo.<sup>75</sup> O Poder Judiciário, através do controle de constitucionalidade, tornou-se mais e mais o protetor dos direitos dos cidadãos. Como destaca Clèmerson Merlin Clève, principalmente as consequências nefastas da Segunda Guerra Mundial indicaram uma grande modificação do exercício dos Poderes estatais. Houve a potencialização dos órgãos responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional e a restrição da esfera de liberdade conferida ao legislador.<sup>76</sup> Como bem pontua Rodrigo Brandão, se durante o século XIX a revisão judicial era uma peculiaridade norte-americana, “no limiar do século XXI nada menos que 158 países contam com a previsão formal de algum instrumento de jurisdição constitucional”.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Acerca do fenômeno da transnacionalização e da limitação da soberania em favor dos mercados, cf. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Diritto è secolarizzazione: Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Trad. Mario Carpintella. Editora Laterza, p. 205-225; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>75</sup> COSTA, Pietro. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 166. Segundo Carlos Miguel Herrera, uma segunda onda de constitucionalismo social, da segunda metade do século XX, que surge em países liberados de ditaduras totalitárias, vai constitucionalizar os direitos sociais em uma direção particular, a da integração social. Para o autor, “é também o momento em que se opera uma coincidência entre o reconhecimento dos direitos sociais e o desenvolvimento de um Estado intervencionista de novo tipo, o Estado de Bem Estar. Nesta constelação concreta e complexa fixam-se os fundamentos jurídicos dados aos direitos sociais até nossos dias.” Cf. HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 18.

<sup>76</sup> Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 152 e ss. Como explica Luís Roberto Barroso, “a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, p. 3. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdição+Constitucional+A+tênue+fronteira+entre+o+Direito+e+a)

[Jurisdição+Constitucional+A+tênue+fronteira+entre+o+Direito+e+a](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdição+Constitucional+A+tênue+fronteira+entre+o+Direito+e+a)> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

<sup>77</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013, p. 176. O processo de proliferação do controle de constitucionalidade se deu em ondas, como explica Rodrigo Brandão: “a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da judicial *review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (em que, como se sabe, neste célebre caso a Suprema Corte dos EUA afirmou que a possibilidade de o Judiciário declarar inconstitucional uma lei, apesar do silêncio da Constituição norte-americana, seria uma consequência natural da supremacia da Constituição sobre as leis, do estado de direito e da natureza legal da Constituição); a segunda se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex. Alemanha e Itália) e com o processo de independência de antigas colônias (i.e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina) e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (incorporação da



No Brasil, a atividade jurisdicional passou a ser cada vez mais discutida, eis que questões de grande repercussão política passaram a ser lançadas hordienamente ao Poder Judiciário. É o que se verá a seguir.

### 1.1.2 Constitucionalismo contemporâneo e Constituição como reserva de justiça

Como afirma Ana Paula de Barcellos, a expressão “neoconstitucionalismo” tem sido utilizada pela maior parte da doutrina para definir o constitucionalismo contemporâneo. O prefixo *neo* transmite a ideia de que algo substancialmente novo separou o atual constitucionalismo das *démarches* históricas passadas, o que, para a autora, faz sentido, uma vez que de fato é possível visualizar elementos particulares que justificam o sentimento do novo, notadamente a busca pela passagem do teórico ao concreto.<sup>78</sup> Autores como Anna Candida Ferraz e Fernanda Dias Almeida criticam a expressão, vez que entendem que o constitucionalismo dos nossos dias é uma etapa evolutiva natural do constitucionalismo clássico, surgido no século XVIII, sem renegar seus alicerces.<sup>79</sup>

Daniel Sarmento, como Ana Paula de Barcellos, acredita que o neoconstitucionalismo<sup>80</sup> diz respeito a um novo paradigma, o qual emergiu no Direito brasileiro sob a Constituição Federal de 1988. Segundo o autor, embora se trate de um fenômeno recente, e não seja possível estabelecer uma homogeneidade segura entre os pensadores que são considerados neoconstitucionalistas, é possível traçar uma série de

---

Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia)”. Cf. BRANDÃO, Rodrigo. *Idem*, p. 177.

<sup>78</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 83-103 abr./jun. 2005, p. 84.

<sup>79</sup> FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32. No mesmo sentido, Paulo Ricardo Schier ressalta a necessidade de compreensão do neoconstitucionalismo não como ruptura de paradigmas, mas apenas como um momento teórico de tentativa de superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas até então operante na dogmática constitucional, manifestamente insuficientes ao momento histórico contemporâneo. Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoConstitucionalismo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun.2005, p. 149.

<sup>80</sup> O uso da expressão advém da obra Neoconstitucionalismo(s), organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003. Cf. CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

fenômenos que caracterizam este momento constitucional.<sup>81</sup> Como características principais deste novo constitucionalismo é possível mencionar: (i) o reconhecimento da força normativa dos princípios; (ii) a utilização de técnicas de ponderação e de teorias da argumentação; (iii) a reaproximação entre o Direito e a Moral e (iv) a judicialização da política e das relações sociais.<sup>82</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, no ambiente da Europa continental, houve um fortalecimento da ideia de supremacia da Constituição, aproximando-se da tônica já vivenciada há tempos nos Estados Unidos, que desde os primórdios de seu constitucionalismo já garantia esse *status* à Carta Magna – embora entre a Constituição americana e as europeias haja diferenças importantes, notadamente quanto ao fato de aquela ser sintética e as europeias do pós guerra, bastante abrangentes.<sup>83</sup>

Do ponto de vista metodológico-formal, como ressalta Ana Paula de Barcellos, o constitucionalismo desde então operou a partir de três premissas fundamentais, quais sejam: (i) a normatividade da Constituição, com a aceitação da imperatividade das normas jurídicas ali contidas; (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica e (iii) a centralidade da Constituição na compreensão e interpretação dos diversos ramos do Direito. Tais premissas, argumenta Barcellos, são decorrentes do processo histórico que transformou a Constituição de um documento político e de baixa normatividade à norma jurídica suprema.<sup>84</sup>

Em decorrência dessa intensa constitucionalização do Direito, e de que as normas contidas nas constituições acabam muitas vezes trazendo conceitos abstratos e fluidos, a participação do Poder Judiciário acabou por se expandir.<sup>85</sup> Novas técnicas surgiram na aplicação do Direito, diferentes da subsunção e do positivismo formalista,

---

<sup>81</sup> Conforme explica Daniel Sarmento, os autores adeptos do neoconstitucionalismo usam como fontes pensadores bastante heterogêneos, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, sendo que nenhum destes se define como neoconstitucionalista. O jurista ainda explica que dentro desse novo constitucionalismo é possível observar correntes positivistas e não-positivistas, liberais, comunitaristas, procedimentalistas. Cf. SARMENTO, Daniel. *Idem, Ibidem*.

<sup>82</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem, Ibidem*. Sobre as variáveis que compõem o fenômeno da judicialização da política, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política: um fenômeno jurídico ou político? *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 39, p. 113-126, 2010.

<sup>83</sup> Sobre as origens históricas do *judicial review* nos Estados Unidos da América, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional... Op. Cit.*

<sup>84</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>85</sup> Esta questão, central para a compreensão da nova dogmática constitucional, será retomada abaixo, no item 1.1.3, quando se analisará a distinção entre regras e princípios.

ou do reconhecimento da discricionariedade política do intérprete, como defendiam Kelsen e Hart.<sup>86</sup>

O ambiente em que se desenvolveu este novo constitucionalismo foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças, em relação ao positivismo, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.<sup>87</sup> Vale ressaltar que este ambiente pós-positivista não decorre da busca de uma negação do positivismo, mas da necessidade de seu aprimoramento, através da aproximação do ordenamento jurídico às noções de legitimidade e justiça.<sup>88</sup>

No neoconstitucionalismo, há uma tendência de elaboração de teorizações de democracia mais substantivas. A democracia já não é vista mais como a vontade da maioria – ou de seus representantes eleitos. Inclui, mais do que isso, a garantia de direitos básicos, proteção das minorias, respeito às regras do jogo.<sup>89</sup> O intérprete do Direito busca a solução mais justa possível para cada caso, e a moral ganha espaço na argumentação jurídica.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> Kelsen entendia que a atividade do juiz criava direito nas situações em que a lei não dispusesse solução para o caso concreto. Como explica Ana Lucia Pretto Pereira, Kelsen foi até o ponto de reconhecimento da existência de vontade judicial na interpretação do direito, mas não se ocupou de impor limites à discricionariedade. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões... *Op. Cit.*, p. 22. Por sua vez, H. L. A. Hart, professor de Filosofia do Direito e Oxford na década de 50, foi também defensor do positivismo jurídico, divergindo, no entanto, em pontos bastante cruciais quanto às ideias de Kelsen. Para Hart, o direito consiste na união de regras primárias (que impõem deveres) e secundárias (regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento ou de prestação jurisdicional), e uma regra é considerada válida (fundamento de validade) quando satisfaz aos critérios especificados pela regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento seria uma questão de fato, uma “prática social”, de modo que não poderia ser considerada válida ou inválida, apenas existente. Para Hart, esta é uma solução mais atraente do que a solução proposta por Kelsen, que postula uma *Grundnorm* como um constructo (um “pressuposto” ou uma “hipótese) teórico. Cf. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 445 e ss.

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 195.

<sup>88</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

<sup>89</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012. Acerca do assunto, afirmam Anna Candida Ferraz e Fernanda Dias Almeida, quanto à democracia, que há no constitucionalismo contemporâneo uma “tendência de ampliação ou aprimoramento na democratização do exercício do poder, como na participação popular direta na elaboração legislativa (Arts. 1º, par. único e 14, CF), a eleição de cidadãos para participar no Conselho da República (Art. 89, VII, CF), a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil e a obrigatoriedade de receber petições, reclamações, representações e queixas (Art. 58, par. 2, II, IV e V) etc.” Cf. FERRAZ, Anna Candida da Cunha.; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF... Op. Cit.*, p. 41-42.

<sup>90</sup> Como ensina Barroso, em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do séc. XX. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 148.

Daniel Sarmiento define o neoconstitucionalismo como uma teoria otimista, oposta ao desencanto pós-moderno – o qual critica as “metanarrativas” construídas pela visão moderna.<sup>91</sup> O constitucionalismo contemporâneo aposta na razão e na valorização dos direitos fundamentais, reafirmando o projeto político da Modernidade de proteção dos direitos, desta vez sob um espectro ampliado. Como assinala Clèmerson Merlin Clève, o Direito Constitucional deve, pois, ser emancipador, ou seja, buscar transformar princípios constitucionais e objetivos e direitos fundamentais “em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”.<sup>92</sup>

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi adotado desde a proclamação da República, mas somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pode falar propriamente em Constitucionalismo. Isso porque as Constituições anteriores, ao invés de buscarem a valorização dos sujeitos e a limitação do poder, em verdade serviam de fachada para legitimar situações de manutenção do *status quo*. A História do Brasil relata uma realidade distante dos direitos previstos nas constituições: escravidão, fraudes eleitorais, regimes militares.<sup>93</sup>

Além disso, o Poder Judiciário até então não desempenhava um papel importante, nem era verdadeiramente independente. Em épocas de crise a Constituição não era respeitada, já que o poder era quase sempre arbitrado pelos quartéis.<sup>94</sup> Segundo Barroso e Barcellos, a experiência constitucional do Brasil, da independência à

---

<sup>91</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Idem, Ibidem*. A obra de Jean-François Lyotard, intitulada “A condição pós-moderna” foi a precursora do pós-modernismo. Como característica marcante desse pensamento pós-moderno, cita-se a crítica aos termos abstratos como “direitos humanos”, “lutas de classes” – utilizados constantemente pelo pensamento Moderno, que seriam, para os pós-modernos, construções abstratas e totalizadoras. Cf. ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 9.

<sup>92</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 96.

<sup>93</sup> Leitura bastante interessante sobre a História do constitucionalismo no Brasil é a produção de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, publicada no ano de 1968 na Revista de Direito Público 3/62. Nela o autor descreve detalhes das Constituições brasileiras até então existentes, analisando seus improvisos e graus de profundidades das Cartas até então vigentes no Brasil. Cf. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. História breve do constitucionalismo no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>94</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012. Importante ressaltar, no entanto, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891. O controle abstrato e concentrado no STF foi previsto foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional n. 16, de 26 de novembro de 1965, através da chamada “ação genérica”, similar à atual ação direta. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... Op. Cit.*, p. 151.

Constituição de 1988, foi uma triste experiência de abandono de direitos de várias gerações. Nas palavras dos autores: “Quase dois séculos de ilegitimidade renitente do poder, de falta de efetividade das múltiplas Constituições e de uma infundável sucessão de violações da legalidade constitucional.”<sup>95</sup>

Diferentemente, a Constituição Federal de 1988 foi fruto de um amplo processo de participação popular e mostrou-se comprometida com a realidade.<sup>96</sup> Como afirma Rogério Bastos Arantes, os constituintes e a sociedade, dispostos a remover o “entulho autoritário” do período antecedente, e na tentativa de proteger o futuro contra recaídas antidemocráticas, produziram uma constituição extensa, generosa em direitos e antecipadora de políticas públicas.<sup>97</sup> A Constituição cidadã inaugurou o mais longo período de estabilidade democrática do país, uma vez que a experiência democrática anterior durou apenas 18 anos (1946-64) – desconsiderando-se a República velha, em decorrência de sua estruturação oligárquica e repleta de fraudes eleitorais.<sup>98</sup>

Ao fundar o Estado Democrático de Direito (Art. 1º *caput* da CF), a Constituição Federal de 1988 elencou dentre objetivos a serem alcançados pelo Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, inciso I) e a erradicação da pobreza e a marginalização (Art. 3º, inciso III), estampando a prioridade absoluta da pessoa e da proteção de sua dignidade.<sup>99</sup> Os verbos elencados nos objetivos fundamentais da República – “construir”, “garantir”, “erradicar”, “promover” – denotam por si mesmos um inconformismo com a realidade e o compromisso pela sua modificação.

---

<sup>95</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 328.

<sup>96</sup> Como afirma Barroso: “A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Percorremos em pouco tempo todos os ciclos de atraso.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... Op. Cit.*, p. 146-147.

<sup>97</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Prefácio. In: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?... Op. Cit.*, p. 10.

<sup>98</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política... *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>99</sup> Acerca dos acontecimentos e disputas partidárias travadas por ocasião da confecção da Constituição Federal de 1988, Cf. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008; e SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Explicitou a Carta Maior em seu corpo um extenso rol desses direitos, delineados de maneira não exaustiva<sup>100</sup> no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. E, para além dos direitos civis e políticos, a Constituição Federal de 88 inseriu os direitos sociais no título dos direitos fundamentais. Embora em outros textos constitucionais brasileiros já houvesse disposições que os previam de maneira fragmentada,<sup>101</sup> a Constituição cidadão contempla os direitos sociais como “verdadeiros direitos”, juridicamente exigíveis.<sup>102</sup>

Tais dispositivos constitucionais, além de gerarem para seus titulares o poder de pleitear junto ao Estado a sua satisfação,<sup>103</sup> criaram parâmetros de comportamentos dos agentes públicos.<sup>104</sup> Assim, ao Poder Público objetivamente incumbe agir da maneira mais apta a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais,<sup>105</sup> tanto os chamados “direitos de liberdade” como os “sociais”, embora se saiba que, na dimensão prestacional desses direitos, o horizonte é sempre infinito, e a eficácia, progressiva, conforme se verificará mais detidamente a seguir.<sup>106</sup>

Além disso, no Brasil, um abrangente conjunto de cláusulas pétreas constituem o cerne inalterável da Constituição. O artigo 60, § 4º e incisos<sup>107</sup> limitam materialmente o poder de reforma da Constituição, com o intuito de evitar o regresso social a

---

<sup>100</sup> O próprio § 2º do artigo 5º da Constituição Federal garante isso, ao prever que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>101</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>102</sup> Flávia Piovesan afirma categoricamente que o artigo 5º, § 1º da CF tem por finalidade firmar a força vinculante dos direitos fundamentais – inseridos nestes os sociais, tornando tais direitos plenamente exigíveis em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Da mesma forma entende o professor Osvaldo Canela Junior que os direitos cristalizados no Art. 6º da CF são subjetivos e não dependem de reconhecimento subconstitucional. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas...* *Op. Cit.*, p. 92 e CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

<sup>103</sup> CANELA, Osvaldo. *Idem*, p. 62.

<sup>104</sup> Nas palavras de Paulo Bonavides, “as constituições de hoje asseguram direitos de liberdade e igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado, prevendo-se, ainda, instrumentos de garantia e de proteção desses direitos. Em vista disso decorre a proteção constitucional dos direitos do trabalho, da previdência, da educação, a intervenção do Estado na economia, a fixação de salários, a manipulação da moeda, a regulação dos preços, o combate ao desemprego, a proteção aos enfermos, os financiamentos, o enfrentamento de crises econômicas, enfim, toda uma estrutura estatal que leva ao que se convencionou chamar de Estado social.” Cf. BONAVIDES. Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186.

<sup>105</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 101.

<sup>106</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. Curitiba: [s.n.] n. 22, 2003, p. 21.

<sup>107</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

experiências autoritárias e violadoras dos direitos dos cidadãos de épocas anteriores. Trata-se, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, de uma limitação *habilitadora* e *emancipatória*, em busca da autopreservação da experiência constitucional contemporânea.<sup>108</sup> A Constituição Federal de 1988, pois, é uma das representantes mais características de um constitucionalismo de caráter social e dirigista, que se iniciou com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.<sup>109</sup>

Como explica Oscar Vilhena Vieira, no entanto, o constituinte de 1988, de maneira desejada ou acidental, estabeleceu um procedimento formal extremamente simplificado para a realização da reforma constitucional. O artigo 60, § 2º da Constituição estabelece que o procedimento para alterá-la envolve duas votações em cada casa do Congresso Nacional e a necessidade, em cada turno, da aprovação por três quintos dos respectivos membros, respeitadas, obviamente, as limitações materiais e circunstanciais.<sup>110</sup> Embora em um primeiro momento isto possa representar um procedimento dificultoso, as inúmeras emendas promovidas na Constituição Federal de 1988 comprovam o contrário: somam, em vinte cinco anos de vigência, mais de setenta e quatro alterações.<sup>111</sup>

Para demonstrar o afirmado, ainda, basta comparar com o processo de modificação da Constituição Federal brasileira e da Constituição dos Estados Unidos da América. No Estado norte-americano, a proposição de emenda à Carta requer o voto de dois terços dos membros de cada uma das duas Casas do Congresso, ou o endosso de dois terços das Assembleias Legislativas dos Estados. Depois disto, as emendas devem ser aprovadas por três quartos das assembleias ou então pelo mesmo número de Convenções Estaduais convocadas para este fim.<sup>112</sup>

<sup>108</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 22.

<sup>109</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *Idem*, p. 26.

<sup>110</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

<sup>111</sup> Bastante pertinente a crítica de Eduardo Cambi, que ressalta que “É mais fácil atribuir a responsabilidade dos problemas sociais e políticos à Constituição, propondo-se programas de governo voltados a sua reforma. Contudo, emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas, mas as estruturas sociais e as relações de poder permanecem inalteradas.” Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso...* *Op. Cit.*, p. 499. Também conferir NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011, p. 186 e ss.

<sup>112</sup> Sobre a Constituição dos EUA, Cláudio Gonçalves Couto elucida importantes dados históricos: “A Constituição dos EUA foi aprovada na Convenção Constitucional da Filadélfia em setembro de 1787, sendo ratificada em julho

Assim, observa-se que as limitações materiais e circunstanciais de reforma da Constituição são de suma importância, pois do contrário os elementos fundamentais da Constituição estariam seriamente fragilizados. Experiências históricas, conforme abordado em tópico anterior, atestam que a regra da maioria não é suficiente para assegurar uma comunidade baseada na igualdade e autonomia dos cidadãos.<sup>113</sup> Há que se proteger um núcleo do qual não se pode abrir mão, nem sequer por vontade da maioria.

A Constituição Federal de 1988, pois, conforma uma verdadeira *reserva de justiça*<sup>114</sup> ao sistema político e jurídico que organiza,<sup>115</sup> reserva esta composta notadamente pelos direitos fundamentais inscritos na Carta. Isto para que as disposições constitucionais não sejam uma mera promessa libertadora àqueles que, historicamente, sempre estiveram à margem da proteção estatal.<sup>116</sup> As limitações de reforma, bem como a atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos pela Constituição conformados são de primordial importância ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Vale mencionar que a Constituição Federal de 1988 é alvo constante de críticas, as quais não raro apontam supostas incoerências internas e pregam a impraticabilidade das promessas na realidade. Segundo Oscar Vilhena Vieira, tais considerações não merecem acolhida, mormente porque a constitucionalização é um processo que apenas se inicia na etapa constituinte e envolve um construir contínuo. Desta forma, a tensão entre a realidade e o texto é plenamente desejável, mesmo porque, se a Constituição Federal não buscasse desafiar a realidade, “seria um relato da miséria, arbítrio e injustiça”<sup>117</sup>.

---

do ano seguinte. Em dezembro de 1791 foi ratificado um pacote de 10 emendas que ficou conhecido como a *Bill of Rights*, cuja aprovação já havia sido negociada à época da ratificação original, como uma condição para que esta se desse. Neste sentido, tais emendas compõem como que uma parte adicional ao próprio texto constitucional originário. Desde então, apenas 17 emendas foram aprovadas, em mais de 200 anos de história, dentre elas, por exemplo, a que banuiu a escravidão (emenda XIII, 1865)”. Cf. COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, Aug. 2005, p. 95-135. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452005000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452005000200005&lng=en&nrm=iso). Acesso em 09 de setembro de 2013, p. 119.

<sup>113</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça...Op. Cit.*, p. 28 e 113.

<sup>114</sup> Como explica Ingo Sarlet, foi Joaquim José Gomes Canotilho quem utilizou primeiramente a expressão “reserva de justiça”, ao se referir ao Poder Constituinte e à própria Constituição. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 113 e ss.

<sup>115</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça...Op. Cit.*, p. 203.

<sup>116</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, UERJ, p. 1-22, 2012, p. 66.

<sup>117</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça...Op. Cit.*, p. 132.



Compondo o cerne dos direitos que categorizam as limitações materiais do poder de reforma, estão os direitos e garantias individuais (Art. 60, §4º, IV). Como salienta Paulo Bonavides, tal expressão não diz respeito somente aos direitos de caráter liberal – ditos de primeira geração, pela doutrina tradicional. Em verdade, levando em conta que a distinção entre *gerações* de direitos não pode ser analisada de maneira superficial, e que não há distinção de grau nem de valor entre direitos sociais e de liberdade – conforme se abordará no tópico seguinte – já que todos os direitos fundamentais se destinam de maneira conjunta à proteção da dignidade da pessoa humana, excluir do rol de proteção máxima os direitos sociais seria uma interpretação inconstitucional, regressiva e indesejável.<sup>118</sup> Os direitos sociais, portanto, também conformam limitações materiais.

Assim, o constitucionalismo contemporâneo consubstancia-se essencialmente na construção de um arcabouço teórico que fundamente uma compreensão prospectiva do texto constitucional, voltada à efetividade dos direitos fundamentais. Isto implica que se compreenda que na Constituição não há dispositivo despido de normatividade.<sup>119</sup> Aponta Clèmerson Merlin Clève que a militância dos operadores do direito deve estar focada na efetividade dos direitos fundamentais, a fim de tornar realidade a Lei fundamental.<sup>120</sup>

Em suma, levando em conta que a Constituição Federal é dotada de normatividade e que compõe uma reserva de justiça para o desenvolvimento do sistema político e jurídico da sociedade, bem como que o núcleo central das promessas constitucionais reside na proteção e garantia dos direitos fundamentais, e conformam a busca de uma democracia em que todos possuam liberdade e capacidade de interagir nas decisões coletivas, o Estado deve buscar uma atuação, tanto negativa (de abstenção) quanto positiva (de prestação e proteção), de realização desses direitos.<sup>121</sup> Conforme se abordará adiante, quando os Poderes Legislativo e Executivo descuidam da promoção e proteção desses direitos, ao Poder Judiciário cabe interagir de modo a sanar a

---

<sup>118</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 588-595.

<sup>119</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória... Op. Cit.*, p. 42.

<sup>120</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*, p. 10.

<sup>121</sup> Sobre o dever do Estado de concretização dos objetivos constitucionais, cf. HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 53, p. 133-168, 2013.

inconstitucionalidade. Antes, contudo, de abordar com maior profundidade o papel dos juízes, cabem algumas considerações quanto ao regime jurídico dos direitos fundamentais.

### *1.1.3 A Constituição Federal de 1988 e o regime jurídico unitário dos direitos fundamentais*

Segundo Clèmerson Merlin Clève, o Direito brasileiro vive um momento adequado à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Dentre outros fatores, porque a Constituição Federal em vigor alterou significativamente o quadro de direitos fundamentais sociais, especialmente quando, no artigo 6º, os nominou expressamente: direito à saúde, ao lazer, à moradia, à educação, à alimentação, à previdência, entre outros, garantindo ampla e irrefutável normatividade a estes direitos.<sup>122</sup> Não obstante, a aplicação de um texto tão amplo como o de 1988 gera, evidentemente, uma série de dificuldades, principalmente face ao caráter principiológico de muitas das normas – sem descurar do fato de que a Constituição Federal é composta tanto por regras quanto por princípios. Por conta disso, os operadores jurídicos são recorrentemente invocados a utilizar processos de argumentação e ponderação, destinados a revelar o sentido jurídico dos preceitos constitucionais.<sup>123</sup>

É comum haver várias, na doutrina e no direito aplicado, diferenciações entre os direitos civis e políticos, ditos de liberdade, e os direitos sociais. Tais distinções, normalmente estabelecidas quanto à natureza jurídica dos direitos e ao seu grau de aplicabilidade, buscam, em geral, justificar uma suposta debilidade dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade.<sup>124</sup> Como argumenta Carlos Miguel Herrera, os

<sup>122</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* Op. Cit., p. 17.

<sup>123</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça...* Op. Cit., p. 233.

<sup>124</sup> Ricardo Lobo Torres, por exemplo, entende que os direitos sociais somente são fundamentais no âmbito do mínimo existencial, razão pela qual apenas poderiam ser justicializáveis nesse aspecto: “(...) há que se manter a distinção, que se tem feito ao longo deste livro, entre direitos fundamentais e direitos sociais: aqueles são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas; os direitos sociais, sujeitos à reserva do possível, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificam a judicialização”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 80-81 e 113. Confirma-se, também, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 205 e ss.

direitos sociais aparecem sempre como fruto de uma revolução inconclusa, dependente, portanto, da economia e do agir estatal.<sup>125</sup> Um olhar mais atento, no entanto, revela que se trata de distinções que, ainda que bem intencionadas, são equivocadas, verdadeiros *prejuízos ideológicos*<sup>126</sup> que andam na contramão da efetivação dos direitos fundamentais.<sup>127</sup>

Gerardo Pisarello apresenta quatro mitos desenvolvidos pela doutrina tradicional para a diferenciação dos direitos fundamentais sociais em relação aos direitos civis e políticos: (i) *a tese histórica* (de que os direitos sociais estariam em uma segunda ou terceira geração de direitos); (ii) *a tese normativa* (de que o fundamento dos direitos civis e políticos está relacionado à noção de liberdade, enquanto que o fundamento dos direitos sociais está conectado à noção de igualdade); (iii) *a tese de diferenciação estrutural* (de que os direitos sociais possuem, em vários aspectos, estrutura jurídica distinta dos direitos de liberdade) e; (iv) *a tese dogmática* (de que os direitos sociais seriam princípios programáticos cuja efetividade depende da configuração que lhes dá o legislador).<sup>128</sup>

Em sua obra, Pisarello busca demonstrar de maneira decantada que as diferenciações construídas dogmaticamente não são capazes de separar os direitos fundamentais em naturezas distintas. Assim, tem-se que todos os direitos fundamentais se apresentam como direitos complexos – dotados de uma *conformação poliédrica* – pois podem se configurar como direitos positivos e negativos, custosos e não custosos, transindividuais e individuais.<sup>129</sup> Tal compreensão, conforme se verá, está em consonância com a visão de Robert Alexy, que destaca o caráter multifuncional dos

<sup>125</sup> HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 13.

<sup>126</sup> Expressão utilizada por Gerardo Pisarello. Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

<sup>127</sup> Como explica Daniel Wunder Hachem, há na doutrina brasileira acirrada divergência quanto aos direitos que estão submetidos a regime jurídico dos direitos fundamentais. É possível identificar ao menos quatro posições a respeito desse tema: a) exclusão dos direitos econômicos e sociais do âmbito de proteção do regime jurídico dos direitos fundamentais; b) limitação da aplicação do regime jurídico dos direitos fundamentais ao conteúdo dos direitos econômicos e sociais coincidente com o mínimo existencial c) incidência do regime jurídico dos direitos fundamentais somente sobre a parcela dos direitos econômicos e sociais necessária a garantir as condições procedimentais da democracia; d) submissão integral dos direitos econômicos e sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>128</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías*... *Op. Cit.*, p. 30 e ss.

<sup>129</sup> PISARELLO, Gerardo. *Idem*, p. 102 e ss.

direitos fundamentais, os quais assumem variadas possibilidades de eficácia jurídica, pois constituem feixes de posições jusfundamentais.<sup>130</sup> Oportuno examinar cada uma dessas teses enumeradas por Pisarello, bem como, através também de elucidações construídas por outros autores, apresentar a fundamentação que as contra-ataca.

Quanto à dimensão histórica, os direitos sociais, segundo leituras clássicas, teriam sido reconhecidos apenas na segunda metade do século XX. Assim, comporiam uma segunda geração de direitos, posterior à consagração dos direitos de liberdade. A abordagem a partir das ideias de dimensões de direitos, segundo o autor, traz a falsa sensação de substituição gradativa de uma geração por outra, ou ainda, de que a concretização dos direitos estaria submetida a uma ordem cronológica, para privilegiar, assim, direitos das gerações anteriores em detrimento das posteriores.<sup>131</sup>

Como explica Pisarello, embora se saiba que os direitos sociais foram, de fato, positivados e reconhecidos com maior intensidade no séc. XX, a tese de geração ou dimensão de direitos revela-se equivocada. Isso porque mesmo no séc. XVIII a Constituição Francesa de 1791 se preocupou, além dos direitos conhecidos como de liberdade, com o direito à educação e a assistência aos pobres. Assim, reduzir direitos sociais a categorias de direitos reconhecidos sempre depois dos direitos civis e políticos seria minimizar a complexidade histórica e a verdadeira realidade dos fatos, limitando a compreensão dos direitos a etapas estanques e sucessivas.<sup>132</sup>

Há de se atentar, portanto, para a necessidade de apreensão do processo cumulativo de consagração de direitos, independentemente de gerações que dividam os direitos fundamentais civis e políticos e sociais em etapas históricas diferenciadas. Um olhar histórico sobre o tema revelará, segundo Pisarello, que o reconhecimento dos direitos fundamentais não ocorreu de maneira temporalmente linear, como a ideia de dimensões pretende supor, mas de maneira aleatória, em épocas diversas, a depender do local analisado, como nos exemplos apresentados.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 185 e ss.

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 45.

<sup>132</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...* *Op. Cit.*, p. 19-24.

<sup>133</sup> Como explica Norberto Bobbio, os direitos surgem nos ordenamentos jurídicos a partir de uma lógica dialética, eivada de avanços e retrocessos, e consistem em categoria passível de constante modificação, já que materialmente aberta a este movimento. Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 30 e ss.

Além disso, importa salientar que, embora possa se concentrar, para fins didáticos, a emersão de direitos a partir da ideia de uma maior preponderância de cada modalidade em cada período histórico, há de se perceber que esta construção acaba por privilegiar um ponto de vista eurocêntrico, uma vez que em outros Estados tais etapas podem ter sido vivenciadas em ordens cronológicas distintas.<sup>134</sup>

Quanto à percepção filosófico-normativa, por sua vez, Pisarello atenta para o fato de que os direitos civis e políticos, habitualmente, estão ligados de modo mais estreito a bens fundamentais como a dignidade, a liberdade e a diversidade. Por sua vez, os direitos sociais são comumente assimilados, pela doutrina tradicional, ao valor da igualdade – bem caro principalmente aos mais vulneráveis.

Para o jurista, tais conexões também evidenciam um equívoco. Isto porque todos e quaisquer direitos fundamentais remetem, de um ponto de vista global, às ideias de liberdade, dignidade e igualdade. Os direitos sociais, como a educação, a saúde, a segurança, por exemplo, são absolutamente fundamentais para que os indivíduos possuam liberdades de escolha e de manifestação de suas opiniões através do voto, por exemplo. A existência de garantias ligadas à liberdades, em uma democracia, portanto, depende direta e inevitavelmente da realização de prestações estatais ligadas a direitos sociais, que assegurem a efetiva liberdade dos cidadãos. Todos os direitos fundamentais são complementares e essenciais ao desenvolvimento da dignidade humana.<sup>135</sup>

Além disso, alerta Pisarello, quando se relaciona direito civis e políticos com posições ligadas à noção de liberdade e direitos sociais com posições de igualdade, corre-se o risco de realizar preferências entre um grupo e outro, ou seja, partir da falsa percepção de que liberdade e igualdade são excludentes ou se anulam. Na Guerra Fria, por exemplo, esta distinção – entre liberdade e igualdade – gerou a criação de pactos internacionais absolutamente polarizados e que privilegiavam um ou outro ideal, quando, em verdade, todos os direitos fundamentais se complementam e servem ao mesmo fim, o desenvolvimento digno de indivíduos livres e iguais. Na tarefa de possibilitar a liberdade e autonomia dos cidadãos, os direitos sociais são indispensáveis.

---

<sup>134</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, jul./dez. 2013, p. 620.

<sup>135</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías... Op. Cit.*, p. 37-52.

Para garantir a igualdade entre os cidadãos, os direitos de liberdade, da mesma forma, são imprescindíveis.<sup>136</sup>

A terceira tese levantada por Pisarello como um prejuízo ideológico à proteção dos direitos sociais diz respeito à diferenciação estrutural entre os direitos fundamentais. Parte da doutrina acredita que os direitos civis e políticos possuem uma estrutura de direitos negativos, não dispendiosos e de imediata proteção, porque demandariam apenas um dever de abstenção estatal. Os direitos sociais, em contrapartida, seriam direitos vagos, de conteúdo indeterminado, e que demandam um agir estatal sempre dispendioso. Sob este ponto de vista, os direitos sociais seriam sempre dependentes, pois, das reservas econômicas. Além disso, haveria outra diferença estrutural: direitos sociais seriam direitos de cunho coletivo, ao contrário dos direitos de liberdade, de conformação individual, sendo que, somente estes conformariam direitos subjetivos. Os direitos sociais, portanto, não conformariam pretensões jurídicas individuais tuteláveis via Poder Judiciário.

Mais uma vez, enfatiza Pisarello, trata-se de uma série de equivocadas diferenciações.

Os direitos fundamentais possuem aspecto multifuncional. A um só passo, portanto, cada um deles irradia deveres de conduta do Estado e garante feixes de posições jusfundamentais de titularidade aos indivíduos, posições estas que podem indicar pretensões jurídicas que exigem uma atuação ou uma abstenção do Estado, bem como ser de natureza individual ou transindividual, a depender do enfoque analisado.<sup>137</sup> Os direitos fundamentais, ainda, podem ser analisados sob duas perspectivas, uma subjetiva e outra objetiva.

Como ensina Ingo Sarlet, em sua conformação objetiva, os direitos fundamentais cuidam de valores e fins que uma comunidade deve respeitar e concretizar.<sup>138</sup> Isso quer dizer que os direitos fundamentais não representam somente garantias de posições jurídicas individuais, mas funcionam como um conjunto de valores que obrigam o Estado a respeitar, proteger e promover tais direitos, por meio de

---

<sup>136</sup> PISARELLO, Gerardo. *Idem, Ibidem*.

<sup>137</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., 2007, p. 180 e ss. e PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantias...* Op. Cit., p. 37-52

<sup>138</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 145.

atuações que atinjam a generalidade dos bens pelo direito resguardado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por si só, impõe deveres de conduta estatal que podem ser juridicamente tuteladas.<sup>139</sup> Esta afirmação, será mais bem explorada oportunamente, no capítulo segundo.

Por sua vez, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste na possibilidade de o titular do direito fundamental demandar judicialmente sua pretensão individualizada. Do ponto de vista da dimensão subjetiva do direito, há de se reconhecer, como argumenta Sarlet, que dos direitos fundamentais emanam posições jurídicas complexas, que envolvem direitos, liberdades, pretensões e poderes, e que podem, por sua vez, se dirigir a distintos destinatários. Além disso, deve-se pontuar que existem diferenciações quanto ao grau de exigibilidade dos direitos a depender da função que eles desempenhem no caso concreto, o que denota a complexidade de determinação, em princípio, do direito subjetivo em questão.<sup>140</sup>

Como explica Clèmerson Merlin Clève, os direitos fundamentais desempenham, ao menos, as funções de *defesa, prestação e não discriminação*. Isto quer dizer que os direitos fundamentais, ao mesmo tempo, (i) posicionam o titular do direito na condição de se opor à atuação estatal violadora do mandamento constitucional (função de defesa); (ii) exigem do Poder Público prestações imprescindíveis à concretização desses direitos, sejam elas de caráter normativo ou fático (função de prestação); e (iii) afastam discriminações não justificadas pelo princípio da igualdade (função de não discriminação).<sup>141</sup> A dimensão prestacional, por sua vez, envolve as seguintes funções: (ii.1) o direito a proteção (devendo o Estado adotar condutas que evitem o perecimento do direito); (ii.2) direitos a organização e procedimento (cabe ao Poder Público desenvolver estruturas e fixar procedimentos tendentes à concretização dos direitos fundamentais); e (ii.3) direito a prestações fáticas propriamente dito (quando

<sup>139</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 634 e 644.

<sup>140</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 153. Sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, cf. PÉREZ LUÑO, António Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 20 e ss.

<sup>141</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 23.

deve o Estado entregar ao cidadão o bem jusfundamental necessário à tutela de sua esfera jurídica).<sup>142</sup>

Em vista desta complexidade, e da própria inviabilidade fática e jurídica de o ordenamento jurídico antever de maneira expressa absolutamente todos os contornos que a dimensão subjetiva de um direito fundamental pode assumir, remete-se aqui à doutrina de juristas como Robert Alexy e Martin Borowsky,<sup>143</sup> entre outros, acerca da natureza eminentemente principiológica dos direitos fundamentais.<sup>144</sup> Sem descuidar do fato de que existem pretensões ligadas aos direitos fundamentais que se expressam no ordenamento jurídico sob a forma de regra, o caráter preponderantemente principiológico das normas que positivam direitos fundamentais confere a eles o contorno de direitos garantidos *prima facie* (à primeira vista). Explica-se.

Segundo Robert Alexy, princípios e regras são normas que se diferenciam estruturalmente. Enquanto as regras representam comandos definitivos – porquanto entabulam todos os elementos necessários à sua aplicação<sup>145</sup> –, os princípios consistem em mandados de otimização. Isto quer dizer que, diferentemente das regras, os princípios se amoldam à realidade a partir de uma lógica gradualista, que implica em uma maior ou menor incidência do princípio no caso concreto, delineadas as contingências de fato e de Direito pertinentes a ele.<sup>146</sup>

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 443.

<sup>143</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

<sup>144</sup> Sobre o assunto, Antônio Maia Cavalcanti relata que, quando Robert Alexy esteve pela primeira vez no Brasil, em 1998, apontou em conferência a pertinência da utilização de sua teoria em relação à eficácia dos direitos fundamentais, no seguinte trecho: “Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, como base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A Teoria dos Princípios pode levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, não de passar pelo processo de ponderação. E assim, sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade.” (ALEXY, Robert. “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 10.12.1998.”). Cf. MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988... *Op. Cit.*, p. 25-26. Sobre a colisão de direitos fundamentais, ainda, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Sociais da Faculdade do Brasil*, p. 29-42, mar./ago. 2002.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales... Op. Cit.*, p. 101.

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. *Idem*, p. 81-86; Como explica Ingo Sarlet, “Muito embora o próprio Alexy reconheça que seu modelo não define quais direitos sociais o indivíduo efetivamente possui, demonstrando apenas que pode tê-los, sua concepção estabelece alguns parâmetros genéricos, que permitem o reconhecimento de direitos originários a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação dos poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros) forem atingidos de forma



A partir da ideia de que possuem uma natureza principiológica, os direitos fundamentais, tanto os de liberdade quanto os sociais podem ser concretizados em vários níveis. No modelo de Alexy, em caso de conflito entre direitos fundamentais ou entre eles e outras normas de caráter principiológico (como o princípio da separação de poderes, o princípio da competência decisória do Legislativo, por exemplo), tais direitos são aplicados ao caso concreto através da técnica da ponderação, que envolve o manejo do princípio da proporcionalidade e seus critérios parciais de adequação (aptidão do meio à finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e proporcionalidade *stricto sensu* (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins).<sup>147</sup>

Como informa Ingo Sarlet, a ideia de proporcionalidade, quanto à concretização dos direitos fundamentais, sempre incidirá em uma dupla dimensão: como proibição de excesso – coibindo posturas estatais positivas que violem direitos – e como proibição de insuficiência, para sanar condutas por parte do Poder Público que se revelem inaptas a concretizarem de maneira suficiente os direitos fundamentais, em virtude da omissão completa ou parcial do Legislativo e do Executivo.<sup>148</sup>

Além disso, em decorrência desta estrutura complexa e multidimensional dos direitos fundamentais, pode-se dizer que todos eles congregam os traços que geralmente

---

relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde. Será realizada a ponderação levando em conta os pressupostos genéricos referidos à luz do caso específico de cada direito social”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 344.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf), acesso em 06 de setembro de 2013. Como argumenta Daniel Sarmento “Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional.” Cf. SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 568. Sobre a ponderação de princípios, cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*... *Op. Cit.*; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*... *Op. Cit.*, p. 32 e ss. Para uma abordagem crítica da utilização da técnica da ponderação nos direitos fundamentais, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

<sup>148</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais*... *Op. Cit.*, p. 267 e ss.

são ligados a cada uma das gerações de direitos, envolvendo concomitantemente deveres de prestação e de abstenção por parte do Estado e mesmo dos indivíduos.<sup>149</sup>

O reconhecimento dos direitos civis e políticos nas Constituições escritas do período das revoluções liberais foi marcado por um pensamento de cunho eminentemente individualista, que buscava proteger direitos dos indivíduos frente ao Estado. Como aduz Ingo Sarlet, por esta razão, tais direitos frequentemente são associados à função de defesa dos direitos fundamentais – que implica deveres de abstenção do Estado para que o direito seja tutelado. Assim, os direitos de liberdade são constantemente apresentados como direitos de cunho negativo, de resistência.<sup>150</sup>

Uma visão mais acurada, no entanto, revela que nenhum direito é exclusivamente negativo ou positivo. Todos os direitos fundamentais possuem também uma feição positiva, porque a depender da função desempenhada podem exigir medidas prestacionais por parte do Poder Público para sua concretização. Por conseguinte, como explica Sarlet, todos os direitos implicam algum custo, de modo que esta característica não pode se restringir aos direitos sociais de cunho prestacional.<sup>151</sup>

Os direitos sociais, por sua vez, são em geral reconhecidos por sua dimensão prestacional: acredita-se, em uma visão superficial, que deles emanam apenas deveres que envolvem a atuação positiva estatal e o dispêndio de recursos públicos. Tal ideia decorre do fato de que, principalmente em países periféricos, em que se exige uma maior atuação estatal contra a miséria, a dimensão prestacional de tais direitos acaba por se apresentar de maneira mais evidente.<sup>152</sup> Ocorre que também os direitos sociais envolvem a necessidade de atuação negativa, impondo por vezes deveres de abstenção ao Estado.

Vale citar exemplos que elucidem a conformação poliédrica dos direitos de liberdade e dos direitos sociais no tocante aos deveres de atuação positiva e negativa do Estado.

---

<sup>149</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 621-622. Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>151</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 285.

<sup>152</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* *Op. Cit.*, p. 41.

O direito à liberdade de expressão (Art. 5º, IV, da CF), por exemplo, que comumente é classificado como um direito de liberdade, também exige para a sua concretização atuações positivas do Estado. Dentre outras situações, isso ocorre quando se reclama a elaboração de lei que assegure a divulgação da plataforma ideológica dos partidos políticos através do acesso gratuito aos meios de comunicação, bem como quando se pleiteia a proteção do aparato policial para garantir passeatas de grupos sociais que buscam defender e expor suas opiniões.

Assim também ocorre com o direito de ir e vir (Art. 5ª, XV, da CF): ao mesmo tempo em que o Estado possui deveres de abstenção – no sentido de não proibir a livre locomoção dos indivíduos sem argumento jurídico que sustente tal proibição –, o Poder Público recebe também a incumbência de promover políticas que garantam o acesso à rede de transporte público por grupos mais vulneráveis, como os portadores de necessidades especiais e os idosos.

O direito à moradia, por sua vez, que em geral é classificado como um direito social, inclusive assim reconhecido pelo Art. 6º, *caput*, da CF, não demanda somente prestações estatais, como a construção de casas populares para aqueles que não conseguem aceder ao bem com seus próprios ganhos. Esse mesmo direito implica também que o Estado se abstenha de intervir na esfera jurídica do cidadão, como na vedação de que os sujeitos que sejam proprietários ou posseiros de suas residências sejam retirados de suas moradias indevidamente sem motivo razoável e juridicamente amparado. O direito à saúde, também dito social (Art. 6º, *caput*, da CF), exige prestações estatais – como a garantia de construção e funcionamento de rede de saneamento básico, bem como de hospitais e postos de saúde – e deveres de abstenção. O Estado deve, por exemplo, se abster de praticar políticas que vulnerem a saúde do cidadão, como desenvolver atividades nucleares em grandes centros urbanos ou promover a depredação do meio ambiente.

A classificação dos direitos fundamentais como direitos de liberdade e direitos sociais, portanto, não significa a existência de regimes jurídicos distintos para cada uma dessas categorias. Tanto os direitos de liberdade quanto os sociais podem demandar prestações e abstenções estatais para serem concretizados, a depender da função reclama

para a situação considerada.<sup>153</sup> O que ocorre, em verdade, é que muitas vezes a dimensão prestacional é mais aparente nos direitos sociais, enquanto que a dimensão do dever de abstenção em geral é mais evidente nos direitos civis e políticos.

Trata-se de equívoco, ainda, atribuir uma natureza abstrata somente aos direitos sociais. Como explica Pisarello, vagueza e indeterminação são traços marcantes da própria linguagem, jurídica ou não. Não existe, pois, justificativa para pensar que conceitos como “liberdade de expressão” ou “propriedade” sejam mais específicos que “educação básica” ou “saúde”. Assim, todos os direitos fundamentais podem ser considerados de estrutura abstrata – tal decorre justamente de sua natureza principiológica. Não é o fato de ser o direito social ou não que implica sua maior ou menor densidade.<sup>154</sup> No mesmo sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barboza aduz que “todas as normas que tratam de direitos fundamentais têm conteúdo aberto - não só aquelas que tratam dos direitos sociais”.<sup>155</sup>

Por fim, impende desfazer o equívoco de considerar os direitos sociais como direitos naturalmente transindividuais e os direitos de liberdade como direitos individuais.

Sobre o assunto, Ingo Sarlet esclarece que, em que pese haja uma tendência à equiparação por parte da doutrina entre os direitos de liberdade com os direitos individuais e os direitos sociais com os direitos coletivos, há de se ter em mente que tal equiparação automática não ocorre. Isso porque todos os direitos fundamentais ostentam titularidade simultaneamente individual e transindividual.<sup>156</sup>

Explica Sarlet que esta equiparação equivocada, no Brasil, decorre também de uma confusão terminológica da própria Constituição Federal, que, ao utilizar “direitos e

---

<sup>153</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías... Op. Cit.*, p. 59-75. Na lição de Ana Paula de Barcellos, “a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Na realidade, cada direito pode ensejar obrigações negativas ou de omissão – como o dever de respeito – e positivas ou de ação, como os deveres de proteger o direito ofendido, de garanti-lo ou promovê-lo”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 105.

<sup>154</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías... Op. Cit.*, p. 59-75.

<sup>155</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Jus Navigandi*, v. 3091, p. 1-20, 2011, p. 5.

<sup>156</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 205-228, n. 10 – Jan./Mar. 2010.

garantias individuais e coletivos” para intitular o Capítulo I do Título II (“Dos direitos e garantias fundamentais”) da CF, negligenciou que os demais direitos fundamentais insertos nos outros Capítulos do mesmo Título também pudessem apresentar uma dimensão individual. Por exemplo, o Capítulo II do Título II, que diz respeito aos direitos sociais, não possui referência expressa de que os direitos ali elencados asseguram posições subjetivo-individuais aos seus destinatários, o que transmite a falsa sensação de que dos direitos sociais não emanam pretensões jurídicas individualizadas.<sup>157</sup> Ocorre que todos os direitos fundamentais podem assumir um caráter individual ou coletivo *lato sensu* (categoria que abrange os direitos difusos, coletivo *stricto sensu* e individuais homogêneos), a depender do caso concreto em que sejam visualizados.

Os direitos fundamentais, como visto acima, constituem um feixe de posições jusfundamentais – para utilizar a terminologia de Robert Alexy. Isto quer dizer que não amoldam apenas uma situação jurídica, mas uma série delas, que podem assumir, por sua vez, feições individuais ou transindividuais.

Como explica Pisarello – cuja construção teórica guarda pertinência com a de Alexy –, qualquer direito fundamental quando generalizado conforma potencialmente um direito exercido de maneira coletiva. Pode-se citar, por exemplo, o direito de liberdade de expressão, reconhecido como um direito de liberdade, preponderantemente de feição individual. Ocorre que, ao mesmo tempo em que os indivíduos possuem o direito individual de se expressarem livremente, a coletividade possui o direito de ter garantido, em épocas de processos eleitorais, um ambiente sadio, que garanta o exercício da democracia através da ampla manifestação dos grupos envolvidos politicamente no certame.<sup>158</sup>

Os direitos de cunho social também podem conformar pretensões jurídicas que assumem o caráter individual. Como visto anteriormente, todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva, que implica na possibilidade de o titular do direito acessar ao Judiciário em busca da satisfação de sua pretensão individual. Como

---

<sup>157</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 173.

<sup>158</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías...* *Op. Cit.*, p. 59-75. Confirma-se, também, sobre o assunto, GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales em La Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008, p. 22 e ss.

exemplo, pode-se citar o direito à educação, direito social contemplado constitucionalmente no *caput* do artigo 6º, da CF.<sup>159</sup> O artigo 208, § 1º da Constituição garante que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, possibilitando que cada um de seus titulares pleiteiem de maneira individualizada o direito reconhecido constitucionalmente – o que não significa que a tutela individual dos direitos fundamentais seja a melhor alternativa para promover sua efetivação em níveis globais (o tema será retomado no Capítulo 3 deste estudo).

Assim, as afirmações peremptórias de que direitos de liberdade conformam pretensões jurídicas individuais e que direitos sociais conformam apenas pretensões da coletividade apresentam-se desprovidas de sentido, na medida em que cada direito fundamental, por constituir um feixe de posições jusfundamentais, pode suscitar diversas pretensões jurídicas a partir de uma análise do caso concreto.<sup>160</sup>

Como se argumentará adiante, a ocorrência da busca pela tutela individualizada dos direitos fundamentais via Judiciário tem sido cada vez maior, independentemente, inclusive, de existência de disposição constitucional expressa – como no exemplo do direito ao acesso gratuito ao ensino obrigatório – ou infraconstitucional a respeito. Sobre a necessidade de conformação legal do direito fundamental específico para que seja possível a sua tutela judicial individualizada, se volta a última análise de Pisarello.

A derradeira tese criticada por Pisarello, e que conforma um prejuízo ideológico à tutela dos direitos fundamentais sociais, é a que defende que os direitos sociais comporiam normas programáticas, dependentes, portanto, de configuração legislativa para adquirirem juridicidade. Trata-se de incorreta diferenciação em relação aos direitos fundamentais de liberdade, essencialmente porque todas as disposições inseridas na Constituição Federal são dotadas de normatividade. Além disso, todos os direitos fundamentais, não só os sociais, reclamam especificação legislativa para tornar mais claros os contornos jurídicos de seu exercício – o que não quer dizer que somente quando se encontram dispostos em legislação infraconstitucional adquirem aptidão para investir

---

<sup>159</sup> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

<sup>160</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 676.

seu titular numa posição jurídica exigível do Estado. Tal dever também recai sobre o Poder Executivo, que através do poder regulamentar tem a incumbência de delimitar a forma concreta de exercício dos direitos fundamentais.<sup>161</sup>

Não se desconhece que existem experiências constitucionais que estabelecem na própria Constituição regimes jurídicos distintos aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, como é o caso de Portugal.<sup>162</sup> No Brasil, no entanto, o mito de que os direitos sociais não seriam dotados de normatividade está praticamente superado no ambiente pós-Constituição Federal de 1988, em grande parte devido ao árduo trabalho da doutrina e da jurisprudência.

Nessa toada, insta salientar que em nenhum momento a Constituição Federal de 1988 estabelece uma dualidade de regimes ao tratar dos direitos fundamentais.<sup>163</sup> Segundo Ana Paula de Barcellos, os direitos sociais, inseridos entre os direitos fundamentais, ocupam o centro de todo o sistema jurídico brasileiro, de modo que se irradiam por toda a ordem jurídica, vinculando a conduta do Estado.<sup>164</sup>

Ainda, como aponta Daniel Sarmento, nesta matéria o ordenamento jurídico brasileiro está em plena sintonia com a orientação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, refletida na sua Observação Geral n. 9, de 1998, a propósito da aplicação interna do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A referida Observação Geral, no seu ponto 10, assenta que não se justifica a diferenciação entre direitos de liberdade (“direitos civis e políticos”) e direitos sociais (“direito econômicos, sociais e culturais”) quanto à justiciabilidade.<sup>165</sup> Assim encontra-se redigida a disposição:

10. Em relação aos direitos civis e políticos, em geral se parte da premissa de que é fundamental a existência de recursos judiciais frente à violação destes direitos. Lamentavelmente, no que se refere aos direitos, com demasiada frequência se parte da premissa contrária. Esta discrepância não se justifica nem pela natureza dos direitos, nem pelas

<sup>161</sup> Sobre o tema, confira-se: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>162</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>163</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>164</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoinstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>165</sup> SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 555. Sobre a exigibilidade dos direitos sociais, cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; Cotinda, T.C.Z.. *Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. *Pensar* (UNIFOR), 2014.

disposições pertinentes do Pacto (...) Ainda que seja necessário levar em conta a orientação geral de cada um dos sistemas jurídicos, não há nenhum direito reconhecido pelo Pacto que não se possa considerar que possui, na grande maioria dos sistemas, algumas dimensões significativas, no mínimo, de justiciabilidade. As vezes se afirma que as questões que supõem a alocação de recursos devem ser confiadas às autoridades políticas e não a tribunais. Ainda que se deva respeitar as competências respectivas dos diversos poderes, é conveniente reconhecer que os tribunais já intervêm geralmente em uma gama considerável de questões que têm conseqüências importantes para os recursos disponíveis. A adoção de uma classificação rígida de direitos econômicos sociais e culturais, que os situe, por definição, fora do âmbito dos tribunais seria, portanto, arbitrária e incompatível com o princípio de que os dois grupos de direitos são indivisíveis e independentes. Também se reduziria drasticamente a capacidade dos tribunais para proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis e desfavorecidos da sociedade.<sup>166</sup>

Como explica Flávia Piovesan, a não-acionabilidade dos direitos sociais é, portanto, meramente ideológica, e não se sustenta em vista do fato de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais.<sup>167</sup> Esta constatação também parte da disposição contida no teor do artigo 5º, § 1º da CF, o qual dispõe que as normas definidoras de direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata.<sup>168</sup> Segundo Piovesan, tal dispositivo tem por finalidade firmar a força vinculante dos direitos fundamentais, tornando tais direitos plenamente exigíveis em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> A tradução adotada foi aquela apresentada por Daniel Sarmento em SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* *Op. Cit.*, p. 555. No texto original: “Justiciability - 10. In relation to civil and political rights, it is generally taken for granted that judicial remedies for violations are essential. Regrettably, the contrary assumption is too often made in relation to economic, social and cultural rights. This discrepancy is not warranted either by the nature of the rights or by the relevant Covenant provisions. The Committee has already made clear that it considers many of the provisions in the Covenant to be capable of immediate implementation. (...) It is important in this regard to distinguish between justiciability (which refers to those matters which are appropriately resolved by the courts) and norms which are self-executing (capable of being applied by courts without further elaboration). While the general approach of each legal system needs to be taken into account, there is no Covenant right which could not, in the great majority of systems, be considered to possess at least some significant justiciable dimensions. It is sometimes suggested that matters involving the allocation of resources should be left to the political authorities rather than the courts. While the respective competences of the various branches of government must be respected, it is appropriate to acknowledge that courts are generally already involved in a considerable range of matters which have important resource implications. The adoption of a rigid classification of economic, social and cultural rights which puts them, by definition, beyond the reach of the courts would thus be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent. It would also drastically curtail the capacity of the courts to protect the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society”. O documento pode ser acessado na página do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos: <http://www.onu.org.br/documentos/>, acesso em 27 de janeiro de 2014.

<sup>167</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salmão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 183-184.

<sup>168</sup> Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>169</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 92 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 565. No mesmo sentido, cf. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas...* *Op. Cit.*, p. 41.



Vale frisar, como já dito, que não apenas os direitos sociais, mas quaisquer direitos, inclusive os direitos civis e políticos, podem e devem ter seus contornos mais bem especificados pelo legislador e pela Administração Pública. Isso ocorre, por exemplo, com o direito à liberdade de expressão, que para realizar-se em plenitude depende de legislação que permita e organize o acesso aos meios de comunicação. A regulamentação legal reforçará a possibilidade de tutela jurisdicional, vez que explicitará de maneira inobjetével vários conteúdos ligados ao direito. De qualquer forma, ainda que não exista legislação, parcelas do direito fundamental podem ser imediatamente pleiteadas, inclusive judicialmente.<sup>170</sup> Esse conteúdo que deve ser protegido de imediato, no entanto, terá sempre uma fronteira móvel, histórica e aberta, mas de forma alguma deixará de existir – geralmente associado à ideia de “mínimo existencial”, que será abordada com maior aprofundamento no ponto 2.2.3, *infra*.<sup>171</sup>

Quanto ao fato de ser materialmente impossível que todas as parcelas prestacionais dos direitos sociais sejam garantidos ao mesmo tempo para todos, tendo em vista a escassez de recursos,<sup>172</sup> importa destacar a lição de Clèmerson Merlin Clève, que assinala que as normas definidoras de direitos sociais são dotadas de *eficácia progressiva*. Tal ideia transmite a necessidade concreta de estabelecer de modo continuado as ações ligadas à concretização de direitos fundamentais em um horizonte de tempo factível.<sup>173</sup> Nas palavras do jurista:

(...) esses direitos são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.<sup>174</sup>

<sup>170</sup> Compartilham deste entendimento Clèmerson Merlin Clève e Ingo Sarlet. Tais autores defendem que, ainda que os direitos sociais sejam possuam baixa densidade normativa, em decorrência de uma opção do Constituinte, são aptos à produção de efeitos jurídicos, mesmo que em um patamar mínimo. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 102 e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 281.

<sup>171</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...* *Op. Cit.*, p. 79-102. No mesmo sentido, cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 115 e ss.

<sup>172</sup> Importante destacar que não só os direitos sociais, como também os direitos de liberdade encontram-se sujeitos a uma “reserva do financeiramente possível”, haja vista que o que é custosa é a função prestacional (desempenhada por direitos sociais e de liberdade), e não o direito em si.

<sup>173</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>174</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 21.

Por fim, parece oportuno mencionar, neste aspecto, a lição de Jorge Reis Novais, sobre a possibilidade de não concretização integral dos direitos no plano da realidade. Segundo Novais, a regra geral é a de que todos os direitos fundamentais são limitáveis, ou seja, de que não há direitos absolutos (ponto que, destaque-se, também está intimamente conectado à natureza principiológica dos direitos fundamentais). Assim, qualquer direito fundamental pode ceder, diante do caso concreto, dependendo das circunstâncias e dos valores dignos de proteção que sejam a ele opostos. Trata-se de uma reserva geral de ponderação imanente: “independentemente da forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário”.<sup>175</sup>

Isto quer dizer que, considerando o direito fundamental de maneira global, abarcando todas as posições jusfundamentais por ele abarcadas, bem como a existência inevitável da lógica da escassez e da possibilidade de conflito entre direitos fundamentais, há a possibilidade de que os direitos sejam limitados pelas circunstâncias envolvidas no caso concreto, o que não implica, por si só, em uma violação inconstitucional.<sup>176</sup> De todo modo, a restrição deve ser racional e juridicamente justificável, e o esforço de proteção dos direitos fundamentais deve ser sempre focar em uma lógica de progressão.<sup>177</sup>

Assim, delineados os principais argumentos que sustentam o regime unitário dos direitos fundamentais, passa-se a analisar a função do Poder Judiciário no ambiente

---

<sup>175</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 50.

<sup>176</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 51.

<sup>177</sup> Inclusive alguns autores chegam a defender a inviabilidade de o Estado desconstituir os níveis de proteção já conferidos aos direitos sociais, especialmente por meio da teoria da “vedação do retrocesso social”. Sobre o tema, cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco G. M. de; BEDÊ, Faya (Coord.) *Constituição e Democracia*. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006; COURTIS, Christian. La Prohibición de Regressividad en Materia de Derechos Sociales: Apuntes Introductorios. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni Un Paso Atrás*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006. Adotando uma posição crítica à teoria da vedação do retrocesso social, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

constitucional brasileiro, bem como a sua importância na proteção dos direitos fundamentais.

## **1.2 O Papel do Poder Judiciário no ambiente constitucional brasileiro**

Nesta segunda etapa do primeiro capítulo serão feitas reflexões sobre o papel do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais e, em decorrência disso, na promoção de um ambiente social favorável ao desenvolvimento da democracia. Quando se trata de controle judicial de políticas públicas, há vigoroso debate doutrinário acerca do espaço de legitimidade do Poder Judiciário em prolatar decisões que acarretam a realocação de recursos públicos, uma vez que se trata, na maior parte das vezes, de opções alocativas que possuem forte densidade política – o que, adiante-se, não significa a impossibilidade de atuação jurisdicional nesse âmbito, conforme será demonstrado na sequência do trabalho.

Antes de tratar das objeções recorrentemente levantadas ao controle judicial das decisões dos demais Poderes em matéria de políticas públicas – falta de expertise, ausência de vocação para a análise da macrojustiça, redistribuição dos recursos por ordem de chegada aos tribunais – convém, então, deter a análise preliminarmente sobre a legitimidade do Poder Judiciário quando provocado em questões que exigem discussão sobre as ações estatais que concretizam direitos fundamentais. Assim, as próximas páginas tratarão do fenômeno da judicialização da política (1.2.1), da legitimidade e importância do Poder Judiciário no aprimoramento da democracia (1.2.2) e, por fim, da necessidade da renovação da compreensão da jurisdição diante do Estado Constitucional, em busca do fortalecimento da ideia da tutela jurisdicional efetiva (1.2.3).

### *1.2.1 A judicialização da política*

O protagonismo judicial em questões de cunho político, tal como a temática da efetivação dos direitos fundamentais sociais, tem sido tema amplamente discutido pela doutrina brasileira nos dias de hoje. Segundo Luís Roberto Barroso, trata-se, no entanto,

de fenômeno mundial. Os precedentes, aliás, podem ser visualizados em países com culturas jurídicas diversas entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, Argentina, Colômbia, África do Sul, dentre muitos outros.<sup>178</sup> O crescimento da judicialização de questões políticas, portanto, decorre não de um fator específico ou geral, mas de um conjunto de razões que compuseram esta realidade, podendo ser elencadas determinantes de cunho político, jurídico e institucional, a depender do ambiente concreto sob análise.<sup>179</sup> No Brasil, a doutrina levanta uma série de motivos que ensejaram a propagação de causas envolvendo questões políticas no Judiciário.

Segundo Rodrigo Brandão, as principais teses que buscam justificar a expansão do Judiciário nesse tipo de demanda podem ser divididas em três grupos: (i) teses conceitualistas; (ii) teses funcionalistas; e (iii) teses estratégicas. Como explica o autor, as teses conceitualistas atribuem a expansão do Judiciário à ampliação da positividade e da consciência sobre direitos que se verificou a partir do segundo pós-guerra. As teses funcionalistas, por sua vez, acreditam que a judicialização da política decorre, principalmente, da adoção de sistemas políticos fragmentados, pois, em seu bojo, surgem problemas de coordenação entre entes autônomos que são resolvidos pelo Judiciário. As teses estratégicas, por fim, compreendem que a ampliação dos poderes do Judiciário se deve à concordância, expressa ou tácita, dos demais Poderes.<sup>180</sup>

Pode-se dizer que as análises do fenômeno que apontam para uma modificação histórica do aparato normativo como fator ensejador da ampla judicialização de questões políticas são mais bem enquadradas nas teses ditas conceitualistas. Análises realizadas

---

<sup>178</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 3 (janeiro/junho de 2010). Lisboa: Instituto de Direito Público, 2010, p. 155. Sobre a experiência americana nas dificuldades criadas acerca da atuação pró-ativa da Suprema Corte, valiosa a contribuição de Luís Roberto Barroso, que afirma que de algum tempo pra cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da suprema corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 156. Para um panorama dos desafios estatais na realidade latino-americana, Cf. HACHEM, Daniel Wunder. Gestão pública e a realidade latino-americana. In: Raquel Dias da Silveira; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública da América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 71-94.

<sup>179</sup> Acerca dos motivos políticos, Estefânia Barboza e Katya Kozicki, seguindo o entendimento de Werneck Vianna, concordam que o “boom da litigação”, que se trata de fenômeno mundial, decorre especialmente em decorrência do vão existente entre representantes e representados. Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 61 e ss.

<sup>180</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política... *Op. Cit.*, p. 214.

sob um viés mais próximo da ciência política e da sociologia enquadram-se nos demais grupos elencados por Brandão, pois tendem a investigar profundamente o ambiente político e institucional sob o qual se manifesta o fenômeno. Portanto, embora o presente estudo tenha como foco uma análise normativa, não se descuida, pois, do fato de que há outros enfoques fundamentais à compreensão da judicialização da política.<sup>181</sup>

Sobre o assunto, também importa assinalar que variados termos são utilizados pela doutrina especializada para se referir ao fenômeno. Termos como judicialização da política, protagonismo judicial, politização da justiça, ativismo judicial, juristocracia, dentre outros, são frequentemente utilizados para definir um mesmo objeto. Por outro lado, um mesmo termo por vezes é utilizado para definir conceitos distintos, motivo pelo qual na sequência tentar-se-á esclarecer algumas questões conceituais.

Toma-se como exemplo o termo “ativismo judicial”. Para elucidar, basta contrastar as definições trazidas por Luís Roberto Barroso e Lenio Luiz Streck sobre a referida expressão.

Lenio Luiz Streck entende que o ativismo judicial surge no momento em que o Poder Judiciário extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária – ou seja, produzir decisões distantes de respaldo jurídico e aliadas à opções políticas dos julgadores. O jurista adverte o perigo disso, ao se criar um ambiente em que os avanços democráticos acabem sujeitos às posições da Corte. Para Streck, quando o Poder Judiciário é provocado e age nos limites impostos pela Constituição, não se trata de qualquer ativismo.<sup>182</sup>

---

<sup>181</sup> Neste sentido, ressaltam Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Ubirajara Carlos Mendes que, muitas vezes, as questões políticas submetidas ao crivo do Judiciário decorrem da atuação planejada de partidos políticos e grupos de interesse, o que denota o caráter político do fenômeno da judicialização. Cf. MENDES, Ubirajara Carlos; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Judiciário como portal de respostas obrigatórias: reflexos da potencialização dos Princípios. *Revista Jurídica* (FIC), v. 1, p. 244-270, 2013, p. 258. Para uma análise da judicialização da política sob o ponto de vista analítico. Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, 23, nov. 2004; VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999; POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Acerca da diferenciação entre os fenômenos da judicialização da política e da politização do Judiciário (o uso dos tribunais para concretizar manobras por atores políticos), confira-se em: ROMANELLI, Sandro Ballande. A Constituição Norteadora das Paixões: o Protagonismo Judicial como garantia dos pré-compromissos constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>182</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p 22. Atente-se, neste sentido, que o autor não é contrário a certo grau de intervencionismo da justiça constitucional em questões políticas. Conforme explica Streck, há de se diferenciar a adequada/necessária

Luís Roberto Barroso, por outro lado, utiliza o mesmo termo sob um ponto de vista positivo. Explica o autor que a expressão “ativismo judicial” foi cunhada nos Estados Unidos para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969 – data desta época o famoso caso *Brown v Board of Education*, 1954, que declarou ilegítima a segregação racial nas escolas. Este caso será retomado posteriormente no capítulo terceiro, oportunidade em que será melhor analisado.<sup>183</sup> Em decorrência da utilização do termo por parte de doutrinadores conservadores desde aquela época, a expressão por vezes denota uma opinião negativa e depreciativa.<sup>184</sup>

Ao contrário, Barroso define o ativismo judicial como uma atitude proativa dos juízes na interpretação da Constituição, com vistas a expandir ao máximo o seu sentido e alcance. Este ativismo se instalaria em situações de retração do Poder Legislativo, em decorrência de um vazio existente entre a sociedade e a classe política.<sup>185</sup> Destaca, ainda, que o fenômeno pode ser visualizado por meio de diversas condutas do Poder Judiciário, tais como (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente

---

intervenção da jurisdição constitucional com abjetos e antidemocráticos decisionismos judiciais. Preocupado com a qualidade da interpretação da Constituição, arremata o autor que “é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto da interpretação do texto’, ou que ‘o intérprete sempre atribui sentido ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste – o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma tivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma)”. Cf. STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelã (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 343.

<sup>183</sup> Luís Roberto Barroso enumera alguns exemplos que representam a atuação ativista da Suprema Corte Americana da época: “considerou-se ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board of Education*, 1954); foram assegurados aos acusados em processo criminal o direito de defesa por advogado (*Gideon v. Wainwright*, 1963) e o direito à não-auto-incriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966); e de privacidade, sendo vedado ao Poder Público a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965). Houve decisões marcantes, igualmente, no tocante à liberdade de imprensa (*New York Times v. Sullivan*, 1964) e a direitos políticos (*Baker v. Carr*, 1962). Em 1973, já sob a presidência de Warren Burger, a Suprema Corte reconheceu direitos de igualdade às mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como em favor dos seus direitos reprodutivos, vedando a criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (*Roe v. Wade*)”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, p. 8. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenu+fronteira+entre+o+Direito+e+a>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

<sup>184</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial... Op. Cit.*, p. 159. No mesmo sentido se encontra Roberto Berizonce, que define que o juiz ativista é aquele que é dotado de “uma visão progressista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar a realidade de sua época e confere às suas decisões um sentido construtivo e moderno, orientando-as à consagração dos valores essenciais em vigor”. Tradução livre. Cf. BERIZONCE, Roberto Omar. *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. RePro*, n. 190, São Paulo, RT, dez. 2010, p. 45.

<sup>185</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (Orgs.). *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p. 279.

contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.<sup>186</sup>

Os termos “judicialização da política” e “ativismo judicial” também são rotineiramente utilizados para definir a mesma situação. No entanto, parece adequada a diferenciação entre eles apresentada por Luís Roberto Barroso, visto que se trata de questões com especificidades próprias que justificam uma distinção conceitual.

Como visto, a partir da definição de Barroso, o ativismo judicial diz respeito a um comportamento dos juízes para buscar através das técnicas interpretativas expandir ao máximo o alcance da efetividade da Constituição Federal no plano da realidade.

A judicialização da política, por sua vez, configura-se a partir de questões alheias ao comportamento do magistrado. Barroso elenca dentre estas questões: (i) a redemocratização do país, (ii) a recuperação das garantias dos magistrados e seu verdadeiro poder político com a CF de 1988, (iii) a cidadania reavivada pela nova ordem constitucional, (iv) a constitucionalização abrangente, sendo que uma norma constitucional disciplinada se transforma potencialmente em uma pretensão jurídica,<sup>187</sup> (v) o controle de constitucionalidade brasileiro, que pode se dar pela via difusa e concentrada, de forma que quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal, e ao Judiciário como um todo.<sup>188</sup>

<sup>186</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem, Ibidem*. Sobre o tema, cf., também, BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A legitimidade do 'ativismo judicial' aos olhos da Teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica* (Fortaleza), v. X, p. 71-82, 2013.

<sup>187</sup> Nas palavras de Maria Tereza Sadek: “Com efeito, os números relativos à entrada de processos no Poder Judiciário mostram um crescente e contínuo aumento na quantidade de ações. Para ilustrar bastaria recorrer a indicadores relativos à evolução na demanda nos últimos anos: em 2003, registrava-se uma média de um processo para cada 10,20 habitantes; cinco anos depois, em 2008, essa média atingiu um processo para cada três habitantes”. Cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 17.

<sup>188</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática... *Op. Cit.*, p. 277-278. Sobre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, interessante a explicação da aproximação dos modelos americano e europeu ao brasileiro. Como explica Marcus Onodera, o controle difuso de constitucionalidade, intimamente ligado ao caso *Marbury v. Madison*, proferido pelo *Justice John Marshall*, é de influência norte-americana. O primeiro grande momento de aproximação da Constituição norte-americana de 1787, no Brasil, veio por influência de Ruy Barbosa já em 1890, com os Decretos ns. 510 e 848 e, então, com a Constituição da República de 1891. A partir daí, o Brasil e adotou o modelo americano de controle de constitucionalidade. Por sua vez, continua o autor, o controle de constitucionalidade concentrado em tribunal

Em decorrência de fatores alheios à postura dos magistrados, portanto, observa-se que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado a intervir em questões centrais do Estado. Não se trata de ativismo, mas de judicialização. Como elucida Maria Tereza Sadek, cada vez mais são diversos os temas tratados judicialmente que dizem respeito a questões que interferem no dia-a-dia dos cidadãos: o uso de algemas, o registro de candidatos a cargos eletivos, o nepotismo, a demarcação de terra indígena, a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, a lei de imprensa, as cotas nas universidades, união homoafetiva, transposição do Rio São Francisco, poder de investigação do Ministério Público, escuta telefônica, fidelidade partidária etc.<sup>189</sup> Além destas, questões que envolvem a concretização de direitos fundamentais por meio de políticas públicas acessam o Judiciário de maneira torrencial.

Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, XXXV da CF, observou-se que o Judiciário passou a decidir sobre assuntos que em princípio não são considerados de seu domínio. Como explica Rodrigo Brandão, os órgãos judiciais passaram a dominar progressivamente “a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas (ou, como é amplamente aceito, que devem ser decididas) por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo”.<sup>190</sup>

Sobre o tema, especificamente quanto à judicialização da política e a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci apresenta importante contribuição doutrinária. Para a autora, através do resgate do percurso histórico da legislação infraconstitucional é possível demonstrar que a ampliação da atuação dos magistrados em questões que envolvem política não decorre de uma atuação invasiva por parte dos julgadores, mas sim da criação de um ambiente jurídico propício ao acesso à justiça neste tocante. Trata-se, segundo Bucci, de um movimento de judicialização consistente, com o claro objetivo de evitar a procrastinação

---

constitucional influenciou de forma razoável a Constituição portuguesa de 1976, que, por sua vez, serviu de inspiração ao constituinte brasileiro da Carta de 1988. Cf. ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 421.

<sup>189</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política... *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>190</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política... *Op. Cit.*, p. 177.



das decisões sobre conflitos que envolvem a concretização de direitos, como ocorre com o controle judicial de políticas públicas, por exemplo.<sup>191</sup>

Para Bucci, os marcos da judicialização de questões envolvendo políticas públicas, além de constitucionais, são, basicamente, legislativos.<sup>192</sup> Em 1985, a edição da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) inaugurou o paradigma das ações coletivas. A partir de então, os bens tutelados por esta Lei – como o meio-ambiente, bens de valor histórico e turístico, dentre outros – foram ampliados com a promulgação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor - CDC, que modificou a Lei de Ação Civil Pública e estendeu as hipóteses de cabimento da tutela coletiva aos casos de infração da ordem econômica e da economia popular, além da ordem urbanística ou “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (Art. 1º, IV da Lei n. 7.347/85). O CDC também disciplinou a possibilidade de tutela dos interesses individuais homogêneos pela via coletiva, ampliando ainda mais a possibilidade de atuação judicial na concretização de direitos de grupo. Assim, além da Constituição Federal de 1988, a própria legislação ordinária possibilitou uma maior tutela de interesses relevantes socialmente através da sua procedimentalização jurídica.<sup>193</sup>

Maria Paula Dallari Bucci ressalta ainda a ampliação da tutela de urgência como inovação processual que alterou profundamente a relação da política com a justiça. Segundo a autora, a utilização desse tipo de tutela cresceu em quantidade e variedade na década de 80, embora já houvesse previsão anterior da figura da liminar, como, por exemplo, no mandado de segurança ou na medida cautelar prevista no Código de Processo Civil.<sup>194</sup> A utilização das tutelas de urgência, hoje, têm possibilitado uma maior eficiência no deslinde das questões relativas às políticas públicas e tutela de direitos fundamentais.<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 175.

<sup>192</sup> Cândido Dinamarco entende que foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se a ela a “desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo”, provocando “sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo”. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. V. I, p. 434.

<sup>193</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 174.

<sup>194</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem, Ibidem*.

<sup>195</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*, p. 176.

Como afirma Bucci, o fenômeno da judicialização da política é legítimo e amparado juridicamente. Não se trata, portanto, de ingerência voluntária dos magistrados. Cuida-se, em verdade, de uma crescente proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, como exposto, que ampliou a possibilidade de questionamento judicial do agir do Estado. Além disso, a ampliação da tutela judicial de interesses ligados a questões políticas é sentida de maneira marcante nos dias de hoje devido à contraposição a um Estado de significativa passividade judicial que vigorava no contexto anterior à Constituição Federal de 1988.<sup>196</sup>

Enfim, trata-se a judicialização da política de um “*fato inelutável*”<sup>197</sup>, ou seja, um fenômeno consistente e decorrente do próprio desenho institucional e normativo vigente.<sup>198</sup> Isto não quer dizer, de forma alguma, que o Poder Judiciário deve ser a esfera de poder estatal responsável por protagonizar políticas públicas e demais questões afetas aos direitos fundamentais. Como afirma Ana Paula de Barcellos, em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical.<sup>199</sup> As decisões políticas, portanto, não podem ser simplesmente transferidas do povo e de seus representantes eleitos para os operadores do Direito em geral.<sup>200</sup>

Por outro lado, respostas que buscam neutralizar a atuação do Poder Judiciário sob o argumento da separação de poderes e da ausência de legitimidade para analisar questões de cunho político restam absolutamente fragilizadas diante do arcabouço teórico e normativo que justifica a possibilidade de intervenção jurisdicional em questões desse jaez. Vale sublinhar, entretanto, que, embora a judicialização da política e a atuação expansiva do Poder Judiciário sejam bastante discutidas doutrinariamente, um olhar detido sobre a experiência jurisprudencial revela que, ao fim e ao cabo, a

---

<sup>196</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*, p. 175. Ainda, segundo Mauro Cappelletti, “Os poderes cada vez maiores dos órgãos Legislativo e Executivo justificam, e inclusive exigem, um crescimento paralelo do poder judicial com a finalidade de conservar um sistema equilibrado. Este é um inevitável princípio do sistema de freios e contrapesos.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2009, v 1, p. 157-158.

<sup>197</sup> Expressão utilizada por Luís Roberto Barroso em: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial... Op. Cit.*, p. 158.

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Idem, Ibidem*.

<sup>199</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 125.

<sup>200</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... Op. Cit.*, p. 107.

atuação dos magistrados na prática é bastante contraditória, notadamente quando se trata de controle de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais que envolvem prestações.

Não obstante haja muitos casos em que a experiência jurisdicional contribuiu efetivamente para reativar programas sociais relevantes – envolvendo a provisão de medicamentos, garantia de vagas em escolas, proteção da população indígena –, existem diversas outras situações apresentadas ao Judiciário que não tiveram receptividade alguma, com argumentos de rejeição à possibilidade de uma postura judicial interventiva. Muitas vezes, o que se observa é que tutelas deixam de ser concedidas com base em fundamentos que revelam uma visão estanque da separação dos poderes ou que julgam o Poder Judiciário incapaz de lidar com medidas que envolvam orçamento e políticas públicas.<sup>201</sup> Desta maneira, o ponto seguinte se deterá a analisar a legitimidade e a importância do Poder Judiciário em casos que envolvem questões desta natureza.

### *1.2.2 Constitucionalismo e democracia: o papel do Poder Judiciário no debate sobre o conteúdo da Constituição*

Segundo Alexandre Costa, impera no senso comum a ideia de que o Poder Judiciário é uma instituição que tem como função aplicar o Direito elaborado pela Política. O Direito conformaria um conjunto de regras e a política consistiria na atividade de promover escolhas envolvendo interesses da coletividade, a qual caberia, portanto, à própria comunidade por meio de seus representantes eleitos – Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, este é o desenho de um sistema idealizado e

---

<sup>201</sup> Exemplificam esta postura as reiteradas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Paraná a respeito da questão das cadeias públicas no Estado. O Ministério Público, em vários municípios, tem empenhado esforços na interdição das cadeias públicas, por conta das péssimas condições das instalações. Na maior parte dos casos, o juízo de primeiro grau, com base na lei de Execução Penal, determina a interdição e realocação dos detidos às demais unidades, mas, em praticamente todos os processos, as liminares são suspensas em grau de recurso, sob a alegação de risco de lesão à ordem e à economia pública, ausência de previsão orçamentária, separação dos poderes. Cf, dentre outras: (BRASIL, TJPR, Suspensão de Liminar 0760689-3, Órgão Especial, Rel. Miguel Kfoury Neto, DJ n. 584, publicação em 04/03/2011). Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1&AcordaoJuris=1067632>, acesso em 04 de fevereiro de 2014. Gerardo Pisarello mapeia esta mesma realidade no cenário espanhol. Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...* Op. Cit., p. 109.

absolutamente descolado da realidade constitucional contemporânea.<sup>202</sup> Ainda assim, este imaginário mitológico – que separa de maneira estanque e absoluta Direito e Política – inspirou recentemente no Brasil a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011, que busca impor limitações à atividade do Poder Judiciário em situações que envolvem questões políticas.<sup>203</sup>

Quando surge o tema do controle de políticas públicas pelo Judiciário, as posturas que sustentam a impossibilidade de intervenção jurisdicional recorrentemente se focam em dois argumentos principais: (i) a violação ao princípio da separação dos poderes, previsto constitucionalmente (Art. 2º da CF);<sup>204</sup> e (ii) a ausência de legitimidade dos magistrados ante o fato de que não são representantes eleitos por meio do voto popular. Os demais argumentos levantados contra a intervenção judicial – como a ausência de *expertise* para tratar de assuntos de cunho político e a falta de vocação para lidar com a macrojustiça – também são comumente suscitados pela doutrina e jurisprudência, mas se voltam mais à preocupação com os resultados da atuação judicial do que propriamente com os pressupostos legitimadores deste tipo de interferência. Neste ponto, serão feitas considerações acerca dos dois primeiros argumentos elencados. Oportunamente, ao longo dos próximos capítulos, os demais serão abordados.

---

<sup>202</sup> COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In. *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, v. 18, n. 1, p. 10-11. Neste sentido, também aponta Luís Roberto Barroso: “A separação entre Direito e política tem sido considerada como essencial no Estado constitucional democrático. Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No Direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão. A crença mitológica nessa distinção tem resistido ao tempo e às evidências. Ainda hoje, já avançado o século XXI, mantém-se a divisão tradicional entre o espaço da política e o espaço do Direito”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, p. 15. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenu+fronteira+entre+o+Direito+e+a>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

<sup>203</sup> Na justificativa da PEC, o deputado Nazareno Fonteles argumentou que “o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo”. Sobre o tema, não se desconhece a presença de robusto embate doutrinário. Apresentando argumentos contra o referido projeto, vale conferir a contribuição de Egon Bockmann Moreira: MOREIRA, Egon Bockmann. Golpe de Estado contra o Judiciário. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 04 de maio de 2012. Seção: Direito&Justiça. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1250468>>. Acesso em: 10 de julho de 2012. Em sentido oposto, Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam de Chueiri constroem valiosos argumentos para o debate no artigo: Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição: a PEC 33, seus limites e possibilidades, disponível em <http://www.constitucionalismoedemocracia.blogspot.com.br/2013/05/quem-detem-ultima-palavra-sobre-o.html>, acesso em 27/08/2013.

<sup>204</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Neste sentido encontra-se a posição de Rogério Gesta Leal, que acredita que o comportamento do Judiciário brasileiro, ao conceder cada vez mais tutelas que interferem no orçamento público, tem ofendido a independência e harmonia dos poderes. Cf. LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38 e ss.

A formulação original da teoria da separação de poderes é atribuída a Montesquieu e sua obra “O Espírito das Leis”, na qual o autor se debruça sobre o sistema político inglês do século XVIII. O modelo elaborado pelo pensador foi construído a partir da ideia da supremacia da legalidade, em um ambiente de conformação do Estado Liberal.<sup>205</sup>

O pensador se focou, à época, na busca pela proteção da esfera de liberdade dos indivíduos contra os arbítrios do Estado. Para tanto, promoveu um constructo teórico baseado na diferenciação do Legislativo e do Executivo, e na proteção do império da lei. Aos juízes, a partir da teoria de Montesquieu, competiria a solução dos conflitos nos estritos limites legislativos. Em uma passagem da sua obra, inclusive, afirma que os juízes não seriam mais do que “a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.<sup>206</sup>

Embora sirva de valiosa contribuição teórica ao desenvolvimento das esferas de competência do Estado, a teoria elaborada por Montesquieu não deve ser reproduzida sem as devidas cautelas. Como bem pontua Virgílio Afonso da Silva, esta teoria se revela, contemporaneamente, absolutamente anacrônica. Consiste em uma visão enviesada, desconectada da realidade contemporânea e que tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas atuais.<sup>207</sup>

A teoria da separação dos poderes, tal qual delineada no ambiente de afirmação do Estado liberal, no século XVIII, não deve ser reproduzida no Estado Constitucional do século XXI para justificar a desproteção jurisdicional dos direitos fundamentais frente às omissões estatais.<sup>208</sup> Não se trata, no entanto, de negar o princípio da separação

<sup>205</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 589.

<sup>206</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 175. Interessante a observação de Saulo Penna, de que Montesquieu dedica, na sua obra apenas seis parágrafos sobre a separação de poderes. Em todos os demais setenta e um parágrafos trata da harmonia entre eles. Cf. PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 29. Para uma leitura pormenorizada das ideias de Montesquieu, cf. ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política* - vol. 1. São Paulo, Editora Ática, 2004.

<sup>207</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 589.

<sup>208</sup> Luís Roberto Barroso atenta para a necessidade de busca do modelo real das relações entre Direito e política. Segundo o autor, é fundamental “Uma análise sobre o que de fato ocorre no exercício da prestação jurisdicional e na interpretação das normas jurídicas, e não um discurso convencional sobre como elas deveriam ser. Com isso, procura-se superar a persistente negação com que os juristas tradicionalmente lidam com o tema, proclamando uma independência que não é desse mundo.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e*

dos poderes. Trata-se, sim, de se buscar uma adequada análise sobre a interação e especialização das esferas de competência que compõem o Estado – Legislativo, Judiciário e Executivo.

Como afirma Eduardo Appio, o princípio da separação de poderes deve ser compreendido como a conformação das responsabilidades políticas de cada um dos Poderes, a especialização das funções em cada esfera de competência, o balanceamento entre as esferas de competência. Nas palavras do autor, tal princípio não veda a título ocasional, o exercício de determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com a sua atividade fim. Neste sentido, o Poder Judiciário pode – e deve – eventualmente intervir nas atividades dos demais poderes, “na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidades dessas atividades com a Constituição Federal.”<sup>209</sup>

Recorrentemente, para negar a intervenção judicial em assuntos que envolvem política, também é utilizado o argumento de que o Poder Judiciário não seria legitimado a influenciar em decisões de cunho político porque os magistrados não são representantes eleitos pelo povo. Ocorre que a ausência de legitimação judicial em

---

Supremacia Judicial... *Op. Cit.*, p. 152. Nesta linha também se posiciona Sergio Cruz Arenhart, que afirma que “o sistema adotado no Brasil não é o da “separação de poderes”, mas sim o do “balanceamento dos poderes”. (...) o direito nacional não concebe a vedação de o judiciário controlar atividades de outros ‘poderes’ – seja negando força a estas atividades (controle negativo), seja impondo condutas (controle positivo). Ao contrário, no Brasil, o Judiciário tem sim a prerrogativa de interferir na atividade do Executivo e do Legislativo, para controlar a atuação destes na sua conformidade com o Direito – aí incluídos os princípios e diretrizes constitucionais”. Cf. ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus navegandi*. Teresina, ano 9, n. 777.

<sup>209</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil...* *Op. Cit.*, p. 148-149. Ana Paula de Barcellos menciona um extenso rol de funções atípicas que as esferas de competência do Estado realizam. Conforme a autora: “o Legislativo, no direito pátrio, além de legislar, exerce atividade administrativa, ao organizar o seu pessoal (Arts. 5º, inc. LV e 52, inc. XIII, da Constituição), e judicial, ao processar e julgar os crimes de responsabilidade (Art. 52, incs. I e II da Constituição); também o Executivo, fora administrar, atua na tarefa legislativa, por meio das medidas provisórias (Art. 62 da Constituição) e dos decretos (Art. 153, § 1º, da Constituição), e na judicial, nos casos de processos administrativos (Art. 5º, inc. LV, da Constituição); ao passo que ao Poder Judiciário incumbe, além da tarefa de julgar, as funções de administrar, gerenciando o seu pessoal (Arts. 93, inc. X e 96, da Constituição), e de legislar, quando os Tribunais elaboram os seus regimentos internos (Art. 96, inc. I, alínea “a”, da Constituição). Ademais, incumbe a todos os poderes a tarefa de fiscalizar uns aos outros, constituindo um sistema de freios e contra-pesos. A título de exemplo, cite-se que os membros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pelos membros do Legislativo, bem como que ao Judiciário incumbe a análise acerca da constitucionalidade e legalidade dos atos produzidos pelos demais poderes, invalidando-os se necessário, restando, portanto, nítida a interferência de um poder sobre o outro (Arts. 5º, inc. LXIX; 102, inc. I, alínea “a”; e 125, § 2º, da Constituição)”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 222-224.

decorrência do não amparo eleitoral não prospera quando realizada uma análise mais detida sobre o assunto.

Luís Roberto Barroso afirma que, ainda que os magistrados não tenham o respaldo do voto popular, desempenham, por legitimação da própria Constituição Federal, um poder político, capaz inclusive de invalidar atos dos outros dois Poderes. A legitimidade, portanto, é normativa, pois decorrente da própria Constituição Federal.<sup>210</sup> E, além desta, há ainda a legitimidade de cunho filosófico. É que, como já exposto no início do capítulo, o Estado Constitucional conjuga democracia (soberania popular, governo do povo) e constitucionalismo (respeito aos direitos fundamentais, poder limitado).<sup>211</sup> Nesse sentido, como bem assenta Estefânia Maria de Queiroz Barboza, a democracia, ao invés de repelir, reclama o exercício da jurisdição constitucional. Isso para proteger a reserva de justiça garantida pela Constituição Federal, e que é pressuposto à sustentação e desenvolvimento do sistema político que estrutura.<sup>212</sup> A jurisdição constitucional se presta, portanto, à preservação do sistema político conjecturado pela maioria Constituinte das intempéries das maiorias eventuais, conjunturais e temporárias, como afirma Clèmerson Merlin Clève.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> A respeito do papel intensificado dos magistrados, Boaventura de Sousa Santos apresenta antecedentes e as condições da contribuição da sociologia do direito para o aprofundamento das complexas interações entre o direito processual e a administração da justiça, por um lado, e a realidade social e econômica em que operam, por outro, analisando de modo sistemático o âmbito diversificado dessa contribuição com vista a apontar as linhas de investigação mais promissoras e o perfil de uma nova política judiciária – uma política judiciária comprometida com o processo de democratização do direito e da sociedade. Distingue três grandes grupos temáticos: o acesso à justiça; a administração da justiça enquanto instituição política e organização profissional dirigida à produção de serviços especializados; a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução existente na sociedade. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 167 e ss.

<sup>211</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática...* *Op. Cit.*, p. 283-284.

<sup>212</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional...* *Op. Cit.*, p. 19.

<sup>213</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 25. Ainda nessa linha, vale observar a diferenciação feita por Roberto Gargarella entre controle judicial e supremacia judicial. O primeiro conceito remete à atividade através da qual os juízes verificam a validade das normas legais e administrativas, enquanto que o segundo termo diz respeito à noção de que os juízes devem ter a última palavra sobre a interpretação constitucional. No âmbito da filosofia política, os adeptos da corrente dos deliberativos criticam a supremacia judicial por entender que tal postura viola a ideia do respeito igualitário, ao concentrar poderes nas mãos de uma minoria de juízes. Isso, contudo, não quer dizer que toda atividade jurisdicional nesta seara seja prejudicial. Segundo Gargarella, algumas das decisões sobre concessão de direitos sociais podem ser consideradas como favoráveis ao ideal regulatório da democracia deliberativa (por exemplo, ao ajudar integrar grupos indevidamente marginalizados do sistema político; ou ao obrigar as autoridades políticas a justificar suas decisões de maneira mais apropriada), enquanto outras podem ser vistas como orientadas na direção oposta (por exemplo, ao supor que a Constituição é compatível com um único modelo econômico). Nas palavras do autor, “é relevante reconhecer essa distinção, ao menos para deixar para trás um dogmatismo que às vezes parece afetar nossa comunidade jurídica: o que sustenta que a “Democracia”, com letra maiúscula, exige sistematicamente que os juízes não ponham em prática os direitos sociais econômicos”. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Democracia*

Ademais, importa salientar mais uma vez que a ideia do Direito como um mero conjunto de regras já foi superada há muito tempo. No ambiente pós-positivista contemporâneo, compreende-se que o ordenamento jurídico é composto tanto por regras como por princípios, e a atividade de interpretação de tais normas é inevitavelmente criativa, cabendo o esforço da argumentação racional para que sejam devidamente aplicadas pelos atores do Direito.<sup>214</sup>

A necessidade da argumentação racional quer dizer que os juízes não podem fazer a interpretação que lhes convém, e que, portanto, não estão autorizados a intervir sem limites nas decisões dos representantes eleitos. Por outro lado, tendo em vista que o Poder Judiciário, segundo a Constituição Federal, é quem vela, em casos de inconstitucionalidade, pela proteção dos direitos fundamentais, é comum no meio jurídico dizer que, ao funcionar como um fórum de princípios e de razão pública, o Judiciário seria o guardião da Constituição, dotado de legitimidade para tanto.<sup>215</sup>

Acerca do tema da legitimidade do Poder Judiciário, Conrado Hubner Mendes apresenta uma análise teórica fortemente comprometida com a realidade. Segundo o autor, o modo convencional de olhar para o controle de constitucionalidade (encarando os juízes como guardiões) superestima o papel e a responsabilidade do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que atrofia a participação dos outros Poderes. Esta cultura jurídica centrada nas cortes constitucionais como oráculos da moral empobrece, assim, a experiência democrática.<sup>216</sup> Mas, se ao Poder Judiciário cabe agir quando enfrenta casos envolvendo a violação dos direitos fundamentais, mas ele não detém, segundo Mendes, a responsabilidade por dar a última palavra sobre a Constituição, como compreender o seu âmbito de legitimidade?

O autor propõe uma visão gradual para a análise da questão. É que, normalmente, a discussão acerca de quem detém a legitimidade para dar a última palavra sobre a Constituição se constrói a partir de uma compreensão binária do fenômeno, que

---

Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 224-227.

<sup>214</sup> Robert Alexy é expoente na busca por critérios que orientem uma argumentação jurídica racional na prática jurídica. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

<sup>215</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática... *Op. Cit.*, p. 283-284.

<sup>216</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* *Op. Cit.*, p. 23.



se limita a verificar se um determinado objeto de estudo tem ou não determinada qualidade (autoritário/democrático, constitucional/inconstitucional, esquerda/direita). Ao contrário disso, ao pensar a revisão judicial de maneira gradual, há a possibilidade de avaliar a medida de certa qualidade, ou seja, o quanto se aproxima ou não de determinado ideal.<sup>217</sup> Desta forma, a compreensão sobre a interação entre os Poderes e o grau de legitimidade de suas ações torna-se muito mais compatível com a realidade, facilitando um entendimento teórico mais coerente sobre o tema.

Segundo o autor, o desafio da teoria normativa, quando analisa a legitimidade das instituições para atuar na concretização da Constituição, não deve ser o de aprisioná-las em um esquema rígido de separação de Poderes, mas fazer com que o princípio regulador das oscilações e acomodações dos espaços de cada estrutura de competência seja permeável a “bons argumentos”. Assim, deve-se entender a Constituição como máquina procedimental que dilui as funções da soberania para que elas se controlem mutuamente, e não para que tenham missões rígidas e substantivamente demarcadas.<sup>218</sup>

Se a separação de Poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao Judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas – o autor não se refere expressamente ao controle feito pelo Judiciário sobre a atuação do Executivo. Contudo, o raciocínio é o mesmo: pode-se controlar, judicialmente, ações e omissões administrativas que violem a Constituição. O Judiciário é capaz de enriquecer, assim, o debate interinstitucional com novos argumentos.<sup>219</sup>

Isso quer dizer que a atuação do Poder Judiciário, quando realiza o controle judicial de políticas públicas, por exemplo, não pode, de maneira alguma, ser neutralizada pela falsa premissa de que é da esfera dos Poderes eleitos o exercício das escolhas políticas do “povo”. Como bem aponta Hubner Mendes, em uma democracia, buscar o ator político central – o “povo” –, não explica nem esclarece como as democracias constitucionais se organizam. Isso porque há uma multiplicidade de atores que impactam substancialmente no processo de tomada de decisões coletivas em nome

---

<sup>217</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Idem*, p. 42.

<sup>218</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Idem*, p. 185-187.

<sup>219</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Idem*, p. 27.

do povo. A autoridade legítima, nesse contexto, não é o sujeito eleito, dependendo antes do tipo, procedimento, tempo e justificação da decisão.<sup>220</sup>

Sobre esta perspectiva de cadeia de atores que conformam e desenvolvem a democracia, também argumenta Luís Roberto Barroso. Como explica o constitucionalista:

Órgãos, entidades e pessoas que se mobilizam, atuam e reagem. Dentre eles é possível mencionar, exemplificativamente, os Poderes Legislativo e Executivo, o Ministério Público, os Estados da Federação e entidades da sociedade civil. Todos eles se manifestam, nos autos ou fora deles, procurando fazer valer seus direitos, interesses e preferências. Atuam por meios formais e informais. E o Supremo Tribunal Federal, como a generalidade das cortes constitucionais, não vive fora do contexto político-institucional sobre o qual sua atuação repercute.<sup>221</sup>

Assim, a ideia que Conrado Hubner Mendes pretende construir é a de que existe, em torno da concretização dos anseios da Constituição, agentes que participam em sequência, em um círculo decisório virtuoso. Ao escapar da camisa de força binária, busca-se uma investigação mais produtiva: dos tipos de interação que aperfeiçoam ou maximizam a capacidade epistêmica da democracia.<sup>222</sup> Assim, a decisão de determinada esfera de Poder será mais ou menos legítima conforme o seu desempenho deliberativo, o que quer dizer que tanto Cortes quanto Parlamentos têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo. O que se sustenta, neste ponto de vista, é que a interação deliberativa entre os Poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, amplia a probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo.<sup>223</sup>

---

<sup>220</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Idem*, p. 54-55. Acerca do tema, Owen Fiss ressalta que “o consentimento do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, por meio, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo”. Cf. FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

<sup>221</sup> Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial... *Op. Cit.*, p. 186.

<sup>222</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação... Op. Cit.*, p. 61.

<sup>223</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Idem*, p. 192. Sobre a relação entre os Poderes no Estado contemporâneo, Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. *Ópera Prima de Derecho Administrativo - Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, v. 10, p. 59-114, 2011; CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Na mesma linha de raciocínio se posiciona Luís Roberto Barroso, que afirma que a jurisdição constitucional torna-se um espaço propício de legitimação discursiva ou argumentativa, e que convive naturalmente com a legitimação majoritária, servindo de contraponto e complemento a esta. Como ressalta o autor, isto revela-se especialmente verdadeiro em ambientes como o brasileiro, de redemocratização mais recente, “onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso, enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo”.<sup>224</sup>

Além disso, a ideia de diálogo defendida por Mendes não deve ser vista, em uma perspectiva dualista, como oposta a ideia de última palavra. O que o autor busca demonstrar é que o diálogo é inevitável, tendo em vista o longo prazo em que ocorrem as disputas, e em razão da organização normativa do Estado, que possui mecanismos que impedem o abafamento por completo de qualquer debate. E isto deve ser visto como algo positivo: a comunidade tende a ganhar com as provocações deliberativas das instituições. Decisões são tomadas e problemas concretos decididos pelos juízes, mas os mesmos temas tornam a ser ponto de pauta da comunidade política.

A última palavra provisória – já que o ciclo deliberativo pode recomeçar a qualquer tempo -, assim, tem a finalidade de firmar decisões com pretensão de maior durabilidade, e estabilizar, ainda que temporariamente, as demandas sociais levantadas. Desta forma, a última palavra provisória será da instituição considerada pela Constituição como a mais apta para proferi-la, sendo certo que, a qualquer tempo a decisão pode ser objeto de um novo ciclo deliberativo. O ativismo judicial, por exemplo, pode ser respondido com o ativismo dos demais Poderes, em um círculo virtuoso de aprimoramento dos melhores argumentos.<sup>225</sup> A atuação do Judiciário na proteção das promessas constitucionais não será nem sempre ativista e nem sempre deferente. Agirá, a partir do caso a ele apresentado, vezes de maneira contida, em deferência à escolha

---

<sup>224</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial... *Op. Cit.*, p. 166. Segundo Barroso, na atualidade, as Cortes constitucionais desempenham, por um lado, um papel contramajoritário – quando invalidam atos dos representantes eleitos contrários à Constituição – e, por outro, um papel representativo, pois “dentro dos limites e possibilidades da interpretação constitucional, atende[m] demandas sociais não satisfeitas a tempo e a hora pelos outros Poderes”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*, p. 50. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenue+fronteira+entre+o+Direito+e+a>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

<sup>225</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* *Op. Cit.*, p. 181.

dos legitimados pelo voto, vezes de maneira ativista, quando houver, a partir de bases racionais fundadas na Constituição Federal, argumentos consistentes para tanto.<sup>226</sup>

Acerca da ideia de diálogo interinstitucional, é notável a pesquisa empírica realizada por Thamy Pogrebinski sobre o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A cientista política avaliou 21 anos de atividade de controle de constitucionalidade do STF sobre normas emanadas do Poder Legislativo Federal (1988 a 2009). Atestou, através da pesquisa que, declarada a inconstitucionalidade de normas questionadas via Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ou Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), o Congresso Nacional respondeu propondo uma média de 6,85 projetos de lei supervenientes sobre exatamente os mesmos assuntos objeto de revisão judicial. Além disso, foram promulgadas uma média de 1,29 normas no Legislativo Federal que tratavam sobre o mesmo tema sobre o qual o Judiciário se manifestou.<sup>227</sup>

O diálogo, no sentido que aqui se expõe, não se trata precisamente de uma interação entre instituições em posição de igualdade e que cooperam e se harmonizam em busca de uma solução.<sup>228</sup> As decisões judiciais continuam sendo obrigatórias, e, portanto, quando as questões são levadas ao crivo do Judiciário, quem deterá a última palavra provisória será esta esfera de Poder.<sup>229</sup> Conrado Hubner Mendes, no entanto,

---

<sup>226</sup> Segundo Clèmerson Merlin Clève: “O fato de, nos casos concretos, apontar-se o holofote teórico para iluminar a dimensão emancipatória do direito não significa conferir ao juiz competência pra agir de modo desafiante à arquitetônica dos poderes definida na Constituição. Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia. Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* Op. Cit., p. 12-13.

<sup>227</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?... Op. Cit.*, p. 12.

<sup>228</sup> Criticando esta ideia de diálogo, vale mencionar a posição de Roberto Gargarella. Para o argentino, a ideia do diálogo remete a um igualitarismo que parece estar ausente entre instituições. Conforme afirma: “em um diálogo ‘normal’ os argumentos de uma das partes têm igual oportunidade de prevalecer enquanto ambas as partes apresentem bons argumentos. Na prática institucional que conhecemos, o diálogo aparece desequilibrado para o lado incorreto: na vida diária, não é o povo mas o poder judiciário – o poder menos democrático do governo – que tem a mais alta autoridade constitucional”. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 225. No entanto, discorda-se do posicionamento de Gargarella, haja vista que a aludida “mais alta autoridade constitucional”, em verdade, não existe. Como mencionado, mesmo as decisões do Poder Judiciário não vedam a instauração de um novo ciclo deliberativo pelos demais Poderes. Como exemplo, veja-se que o Poder Legislativo não se encontra submetido à autoridade das Súmulas Vinculantes elaboradas pelo Supremo Tribunal Federal (Art. 103-A da CF), podendo ser proposta e aprovada lei ordinária em sentido radicalmente oposto à deliberação da Corte Suprema.

<sup>229</sup> Neste compasso, bastante pertinente a colocação de Antonie Garapon, ciente de que o Poder Judiciário não é o ator responsável ou capaz de sozinho resolver todas as questões problemáticas da realidade. Como argumenta o francês: “À justiça não cabe resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência ou de história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem-estar das pessoas. Ela não o pode e não o deve, sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante, estéril e destruidor, que ninguém deseja. A justiça jamais nos livrará

ressalta uma recomendação de desenho institucional: na separação de Poderes não deve um monopólio de decisões sobre Direito localizado em uma das estruturas estatais. Salienta que a forma como as partes interagem e, juntas, vão gradualmente construindo soluções jurídicas estáveis é que tem potencial promissor do desenvolvimento da democracia.<sup>230</sup>

Quando realiza a apreciação judicial de políticas públicas, o Poder Judiciário promove o controle de constitucionalidade de uma medida ou omissão dos demais Poderes na concretização dos direitos fundamentais.<sup>231</sup> Através do desenvolvimento processual é que será desvendado, a partir do caso sob análise, o contorno da legitimidade do Poder Judiciário para determinar ações que indiquem mudanças no desenvolvimento do agir estatal.<sup>232</sup> Nesse sentido, a ideia de construção da decisão através da interação dos Poderes também pode ocorrer dentro do processo judicial – conforme se discorrerá no capítulo terceiro deste estudo. Para tanto, o diálogo deve ser enfatizado, buscando-se fugir de uma condução meramente burocrática do processo. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, “o processo deve ser conduzido como um diálogo, materialmente informado, sobre a questão de fundo posta na ação”<sup>233</sup>.

Assim, levando em conta o exposto, o sentido político-institucional do controle judicial de políticas públicas é o de conceber o Poder Judiciário como um dos agentes que contribui para o aprimoramento da democracia, em uma perspectiva dialógica de interação entre os Poderes que o autorize a agir e, quando demandado, este dispõe de legitimidade baseada em bons argumentos para a revisão das decisões das demais esferas estatais de competência.<sup>234</sup>

---

do escrúpulo por ter que fazer política, porém ela nos estimula a inventar uma nova cultura política”. Cf. GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião as promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 265.

<sup>230</sup> MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação...* *Op. Cit.*, p. 181, 203-205.

<sup>231</sup> Como assevera Antonie Garapon, ao acionar o Judiciário ao menos cria-se a necessidade de fazer com que o problema seja comentado, dando-lhe uma existência pública. Cf. GARAPON. Antoine. *O juiz e a democracia...* *Op. Cit.*, p. 160.

<sup>232</sup> Concorda com este ponto de vista Luís Roberto Barroso, que ressalta que “os membros do Judiciário não devem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida -, supondo-se experts em todas as matérias. Por fim, o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial...* *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>233</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica...* *Op. Cit.*, p. 176.

<sup>234</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*, p. 177.

Para tanto, é necessário que a ideia da jurisdição seja também revisitada sob o enfoque do Estado Constitucional, na busca por uma interação que seja capaz de atender a tutela jurisdicional efetiva. Também parece ser necessário se voltar a um processo que promova uma participação mais abrangente dos afetados, ainda que não se negue a possibilidade de demandas judiciais individuais. No último item, serão tecidos alguns argumentos acerca da jurisdição, da tutela jurisdicional efetiva e da compreensão de seus contornos.

### *1.2.3 A transição do Estado Liberal ao Estado Constitucional e sua repercussão na atividade jurisdicional*

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a cultura jurídica atual ainda reproduz acriticamente teorias elaboradas há cerca de um século sobre a definição da Jurisdição. São duas as principais teorias anunciadas: a teoria atribuída a Giuseppe Chiovenda, que define a jurisdição como a função de atuar a vontade concreta da lei<sup>235</sup> e a teoria de Carnelutti, que prega que o juiz cria a norma individual para o caso concreto,<sup>236</sup> promovendo assim a “justa composição da lide”. Como explica ao autor, são teorias que *beberam da mesma fonte*, ou seja, estavam fortemente comprometidas com a noção de Estado da época em que foram elaboradas.<sup>237</sup>

Os processualistas que assim definiam a jurisdição, é de se notar, produziam um saber fortemente comprometido com o modelo do Estado Liberal de Direito, alinhados à ideia do princípio da separação de Poderes como meio de subordinação dos Poderes Executivo e Judiciário à lei. Sob este ponto de vista, a busca pela defesa da esfera de liberdade do sujeito juntamente com a ideia de que a supremacia da lei daria conta de

---

<sup>235</sup> Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Chiovenda, inspirado pelos valores da Revolução Francesa, separava completamente as funções do legislador e do juiz, cabendo a este último a aplicação do Direito criado pelo primeiro. O Judiciário era visto com desconfiança, e nada poderia criar. Para Chiovenda, a função da jurisdição é meramente declaratória; o juiz declara ou atua a vontade da lei. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 36.

<sup>236</sup> Como explica Marinoni, Carnelutti partia da ideia da litigiosidade para definir a jurisdição. Esta noção revela, em rápidas palavras, uma compreensão privatista dos conflitos, da lei e da jurisdição. Estava Carnelutti preocupado com a finalidade das partes. Enxergava, portanto, o processo a partir do interesse privado e entendia a sentença como uma forma de tornar concreta a norma abstrata e genérica. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 38.

<sup>237</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 23 e 40.

proteção desta liberdade fizeram com que a jurisdição tivesse a função de proteger os direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei.<sup>238</sup>

Novamente, embora as teorias mencionadas tenham relevante importância para uma análise histórica da jurisdição, é importante compreender tal conceito a partir da realidade histórica contemporânea. Isso porque, como bem pontua Marinoni, com o advento do Estado Constitucional, foi redesenhado o conteúdo do princípio da legalidade, que, nas palavras do processualista, “ganhou o qualificativo ‘substancial’ para evidenciar que exige a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais”.<sup>239</sup> Isto implica, portanto, em uma mudança nos conceitos de Direito e jurisdição.<sup>240</sup>

Como já mencionado neste capítulo, houve, ao longo da História – e principalmente após a Segunda Guerra Mundial, um aprimoramento do positivismo por meio de teorias que, sem rejeitá-lo por completo, buscaram afirmar a normatividade dos princípios inscritos na Constituição. Como exemplos, Marinoni ressalta a teoria dos direitos fundamentais, a teoria dos princípios, as técnicas de interpretação e o controle de constitucionalidade.<sup>241</sup> Por natural, há de se notar o surgimento de um novo modelo de juiz e do próprio processo em busca da concretização efetiva dos compromissos desta nova etapa do constitucionalismo pós-segunda guerra mundial.

É certo que o juiz não pode se afastar da realidade que presencia. Assim, em meio a um cenário de novas situações – como, por exemplo, do amplo crescimento de demandas que buscam a concretização de direitos fundamentais –, é de suma importância que o papel do Poder Judiciário não se prenda a esquemas antigos e destoantes da realidade social. Nesse sentido, aponta Marinoni que o surgimento de novos fatos sociais atribui ao juiz legitimidade para a construção de novos casos, para a reconstrução do significado dos casos já existentes ou mesmo para a reatribuição de sentido aos casos concretos com que se depara.<sup>242</sup>

<sup>238</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 33.

<sup>239</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 23-24.

<sup>240</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, *Ibidem*.

<sup>241</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, *Ibidem*. Sobre o tema, confira-se também ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>242</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 97. Assim elucida Saulo Penna: “A sociedade brasileira complexa, plural, multirracial e globalizada, está a exigir um Direito Processual que lhe

Com o desenvolvimento do Estado Constitucional cai por terra a ideia do princípio da legalidade como algo estanque e completo. A lei, como visto, se submete às normas constitucionais, e é justamente esta uma das características mais importantes do constitucionalismo contemporâneo: a definição de princípios constitucionais materiais de justiça capazes de guiar toda a compreensão do ordenamento jurídico.<sup>243</sup> Isto quer dizer que: (i) a lei deve ser modelada pela Constituição – inclusive no momento de sua interpretação – e que (ii) o juiz, ao invés de um funcionário público que aplica sumariamente a lei, atua como um verdadeiro agente de Poder, que tem como missão constitucionalmente indicada o dever de “definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais”<sup>244</sup>.

Ainda, uma renovada compreensão da jurisdição há que atestar a possibilidade de o magistrado controlar as inconstitucionalidades por omissões no caso concreto. Desta forma, os direitos fundamentais, mesmo que não conformados pela legislação, possuem aplicabilidade imediata, de modo que, ainda que seja necessário o regramento infraconstitucional para definir os contornos do direito, na falta dele pode o juiz suprir a omissão em busca da efetividade da Constituição.<sup>245</sup> Isso porque, como bem afirma o Marinoni, os direitos devem ser tutelados pelo Estado, e não aprisionados à boa vontade do legislador.<sup>246</sup>

Acerca desta nova concepção de jurisdição, o norte-americano Owen Fiss define a função da jurisdição do Estado Contemporâneo como a “de atribuir significado

---

assegure, ao mesmo tempo, a proteção individual e privada, como também a concretização de direitos fundamentais de caráter público, que não podem permanecer vinculados ao arbítrio de um governo de momento ou refém de uma maioria formada a partir de interesses econômicos e de controle ideológico.” Cf. PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil... Op. Cit.*, p. 322.

<sup>243</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 98.

<sup>244</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem, Ibidem*. Nas palavras de Eduardo Cambi: “Incorpora-se, pois, a noção de efetividade do mecanismo processual, antes reservada à sociologia, passando a ser estudada pela dogmática jurídica. O direito processual jamais poderá impedir a realização do direito substancial, sendo que todo e qualquer obstáculo, presente na lei processual, deve ser analisado à luz do Art. 5, XXXV da CF. aqueles considerados desproporcionais e não razoáveis devem ser declarados inconstitucionais, para não se prejudicar a tutela do direito material.” Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 221.

<sup>245</sup> Inclusive tendo a Constituição previsto mecanismos processuais específicos para sanar omissões inconstitucionais, como é o caso do mandado de injunção (Art. 5º, LXXI, da CF). Sobre o tema, cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 38, p. 129-166, 2009.

<sup>246</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 100.



concreto e aplicação aos valores constitucionais”.<sup>247</sup> Trata-se, segundo Luiz Guilherme Marinoni, de relevante enfoque doutrinário, na medida em que busca, além de dar sentido aos valores públicos, conferir-lhes conteúdo operacional, ou seja, concretizá-los.<sup>248</sup> A partir desta noção, Owen Fiss desenvolve a ideia de “reforma estrutural”, que, embora seja delineada a partir do sistema processual norte-americano, serve de valioso aporte teórico para o debate sobre o controle judicial de políticas públicas, motivo pelo qual esta ideia será melhor desenvolvida adiante.<sup>249</sup>

O fato é que a tutela jurisdicional, acessada através do Direito Processual, possui uma essência naturalmente instrumental em relação ao direito material. Deve, portanto, ser capaz de, ao se deparar com as necessidades do direito material, dar concretude ao conteúdo constitucional.<sup>250</sup> Mas como viabilizar as tutelas prometidas pela Constituição? Como, concretamente, deve o Poder Judiciário agir em busca da tutela jurisdicional efetiva quando se tratar do questionamento judicial de uma política pública?

Para que seja alcançada a tutela jurisdicional efetiva, não se encontra o juiz amarrado aos esquemas processuais expressamente previstos na legislação ordinária.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> Segundo Fiss, ainda, “Os juízes não possuem o monopólio da tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos”. Cf. FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 26.

<sup>248</sup> Segundo Carlos Alberto de Salles, a produção teórica de Owen Fiss – que se constrói entre o Direito Constitucional e o Direito Processual – aponta para um processo que já existe e desafia seus operadores. Segundo Salles, “o novo processo não está por se formar, mas já está colocado pela realidade jurídica e social contemporânea, para ser apreendido e compreendido por seus estudiosos e operadores”. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. Prefácio. In. FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 7 e ss.

<sup>249</sup> FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 27 e ss. Na mesma linha, Brasil Junior e Castello argumentam: “Nos casos extremamente complexos, referentes a reformas estruturais ou institucionais, as quais exigem soluções globais, seja em razão do grande número de pessoas envolvidas, seja em razão das graves repercussões sociais e políticas, é válido questionar se as tradicionais técnicas de controle são, sob o prisma da efetividade processual, suficientes e adequadas à execução da decisão judiciária.” Cf. BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 472. Sobre o tema, cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 358 e ss. e VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 128 e ss.

<sup>250</sup> Segundo Eduardo Cambi, com esta compreensão de instrumentalidade, “relativiza-se a tradicional distinção entre *substance* e *procedure*. Direito processual e direito material não se diferem por critérios absolutos. Mesmo os direitos formais devem ser igualmente limitados por dados materiais da realidade, pelos substratos dos princípios jurídicos e pelas estruturas existentes, podendo-se afirmar que há conteúdos substanciais nas disposições processuais. Assim, evita-se a compreensão de que o direito processual é uma ciência rigorosamente formal, abstrata, com fórmulas puras e regras vazias, destituídas de conteúdo e neutras quanto a valores”. Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 221.

<sup>251</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 114-117. Vale salientar que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e eficiente também vincula o legislador. Como Explica

Para assegurar que o objeto da demanda judicial seja efetivamente concretizado na realidade, deve o magistrado optar pelas vias processuais que se revelem mais eficientes. Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart, “deve o juiz, portanto, naquilo em que tenha a liberdade de adequar o procedimento às peculiaridades de certo caso, optar sempre pelo caminho que ofereça a mais ampla, adequada, efetiva e tempestiva proteção aos valores constitucionais fundamentais”.<sup>252</sup>

Para isso, é imprescindível, por um lado, que o juiz tenha a compreensão constitucional adequada da sua função – como um dos atores responsáveis constitucionalmente pelo aprimoramento da democracia –, e, por outro, não permita que a inidoneidade técnica do processo acabe por impedir a tutela dos direitos.<sup>253</sup> O primeiro ponto – papel dos magistrados na democracia constitucional – já foi debatido no item anterior. Neste momento calha lançar luzes sobre este segundo apontamento.

O processo civil, no Estado Liberal clássico, ditava-se pelo princípio da tipicidade das formas executivas. Acreditava-se que não era possível qualquer outra que não aquelas previstas expressamente na legislação. Dada a flagrante insuficiência deste sistema, com o desenvolvimento do Estado Constitucional, houve a readequação legislativa de alguns poderes processuais, tanto das partes, quanto dos juízes, para que fosse possível abarcar um maior número de situações e realidades concretas na tutela jurisdicional dos direitos. Exemplos disso são o instituto da tutela antecipatória fundada em “abuso de defesa”<sup>254</sup> e as chamadas normas processuais abertas, como a contida no artigo 461 do CPC<sup>255</sup>.<sup>256</sup>

---

Eduardo Cambi, seja para obrigá-lo a regulamentar dispositivos constitucionais para melhor assegurar a proteção judiciária (Art. 5, LXVII, CF), seja para limitar a atuação legislativa (vedando a criação de taxas judiciárias não razoáveis). Desse modo, o artigo 5, XXXV, da CF não tem teor somente técnico-processual, assumindo aspectos extra-judiciais e substanciais. Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>252</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>253</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo...* *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>254</sup> Código de Processo Civil: Art. 273 - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

<sup>255</sup> Código de Processo Civil: Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>256</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo...* *Op. Cit.*, p. 122-123.

A tutela jurisdicional efetiva, portanto, consubstancia um dever ao juiz: como diretor do processo, deve extrair das regras processuais a capacidade de conferir plena efetividade ao direito material pleiteado, trate-se de direito fundamental ou não. Tanto na sentença, quanto na execução, é de suma importância o manejo da técnica processual idônea à proteção do direito material.<sup>257</sup> E, levando em conta que a lei processual não é capaz de prever absolutamente todas as necessidades de todos os direitos materiais – que assumem novos contornos com o passar do tempo e conforme cada caso<sup>258</sup> –, o juiz torna-se obrigado a suprir eventuais omissões capazes de impedir a tutela do direito pleiteado, em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.<sup>259</sup>

Isto não quer dizer, vale ressaltar, que o juiz possui um aval para criar o Direito como bem compreender. Trata-se de um poder-dever sujeito à Constituição Federal e, portanto, deve a atuação do magistrado, neste caso, estar comprometida com as normas constitucionais.<sup>260</sup> Ao passo em que se amplia a latitude do poder do juiz no manejo dos instrumentos processuais, amplia-se também o seu dever de demonstrar a boa utilização destes.<sup>261</sup> Neste sentido, segundo Marinoni, o atuar do magistrado deve se pautar por duas diretrizes: (i) a observação da esfera jurídica do réu – o demandado tem de ter o seu direito considerado, bem como garantidos o devido processo legal e demais

---

<sup>257</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 119. Como afirmam Samuel Brasil Junior e Juliana Botelho “não é suficiente a mera abstenção estatal no sentido de promover o livre acesso às Cortes de Justiça. Incumbe, sobretudo, ao legislador e ao juiz a instituição e a aplicação de técnicas processuais idôneas a propiciar um provimento efetivo que exprima uma decisão ‘individual e socialmente justa’”. Cf. BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 469.

<sup>258</sup> Segundo Marinoni, supor que o legislador seria capaz de atender todas as tutelas prometidas pelo direito material e as necessidades sociais de forma perfeita é uma ingenuidade inescusável. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 119.

<sup>259</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 122-123. A tutela jurisdicional efetiva vem ao encontro do que afirma Eduardo Cambi: “a existência de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito resulta da generalização dos direitos fundamentais. Um Estado que apenas assegura os direitos daqueles que já possuem condições mínimas de existência consagra a desigualdade. Perde a sua capacidade de integrar os membros de uma sociedade e passa a exercer um papel de mero perpetuador de injustiças”. Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 501.

<sup>260</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 138. Como explica Eduardo Cambi: “A perspectiva constitucional dos direitos fundamentais garante o direito ao “justo” processo, isto é, não mais um processo apenas estruturado formalmente (estático), mas entendido como garantia mínima de meios e resultados, uma vez que deve ser concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado qualitativo constante”. Cf. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 128.

<sup>261</sup> Como aduz Zufelato “na dimensão hordiena o processo é o meio apto a dar concreção aos anseios de uma sociedade democrática e pluralista, por meio de direitos fundamentais albergados constitucionalmente, meio esse que convive harmoniosamente com os instrumentos clássicos da democracia, como a tripartição de poderes e a escolha dos representantes políticos por meio do voto, por exemplo”. Cf. ZUFELATO, Camilo. *Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... Op. Cit.*, p. 312.

princípios processuais constitucionais explícitos e implícitos; e (ii) a necessária justificativa, através da argumentação, do caminho escolhido, que deve, por certo, ser o mais idôneo à tutela do direito e o menos restritivo possível ao réu. Como exemplifica o jurista, o magistrado deve explicitar porque preferiu ordenar a instalação de maquinário antipolvente ao invés de ordenar a cessação das atividades da empresa ré.<sup>262</sup>

A análise sobre a tutela jurisdicional efetiva e a busca por caminhos processuais aptos à efetividade dos direitos tem fundamental importância para a análise do controle judicial de políticas públicas. Conforme se demonstrará adiante, para que a atuação do Poder Público, quando destoante com os objetivos constitucionais, seja realinhada pelo Poder Judiciário, há de se pensar em mecanismos processuais adequados ao efetivo realinhamento estatal aos comandos da Constituição, preservadas as competências de cada esfera de Poder. É necessário, pois, que o acesso oferecido, nas palavras de Arenhart, seja “o mais aderente possível àquilo que seria obtido se não houvesse a necessidade de intervenção judicial”<sup>263</sup>.

Assim sendo, no controle jurisdicional de políticas públicas, está diante do magistrado um caso que envolve bastante complexidade. Primeiramente porque, conforme se verá no capítulo seguinte, as políticas públicas consistem em um fenômeno complexo, compreensão esta que implica na ideia de que nem sempre (ou quase nunca) decisões judiciais que decidem sobre questões pontuais serão capazes de garantir a tutela jurisdicional efetiva. Ainda, porque um processo que trata sobre a realização de políticas públicas envolve necessariamente diversos atores, bem como diversos fatores – como a utilização de recursos públicos – que afetam diretamente toda a coletividade.

Nesse sentido, parece insuperável a ideia de se trabalhar com a edificação de um processo – e uma interação entre os sujeitos que participam dele – que supere a lógica individualista a que estão habituados os magistrados, em que predomina a compreensão de débito/crédito entre as partes e a decisão sobre a procedência ou não da demanda.<sup>264</sup> Como afirma Camilo Zufelato, os elementos *participação* e *processo* são

---

<sup>262</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo...* Op. Cit., p. 124-125.

<sup>263</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit., p. 32.

<sup>264</sup> PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil...* Op. Cit., p. 321.

indispensáveis para a sustentação e legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas, por meio de um contraditório amplo e facilitador do diálogo entre as partes.<sup>265</sup>

O capítulo seguinte se destina a tratar especificamente sobre as políticas públicas – sua definição, qual o papel do Direito na sua conformação, a complexidade de suas etapas – e do seu controle judicial, quando o Poder Judiciário é chamado ao debate sobre a concretização dos direitos fundamentais.

---

<sup>265</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... *Op. Cit.*, p. 313.

## CAPÍTULO 2 – O AGIR ESTATAL ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU CONTROLE JUDICIAL

O capítulo primeiro buscou promover um apanhado dos assuntos que fundamentam teoricamente a possibilidade de intervenção jurisdicional no controle de políticas públicas.

Tratou-se, para iniciar, da conformação histórica do Estado Constitucional, e do equilíbrio da fórmula democracia/constitucionalismo. Foram, então, tecidas considerações acerca das principais características do constitucionalismo contemporâneo, que tem como principal mote a busca da concretização dos direitos no plano da realidade concreta, ou seja, a modificação de ambientes em estado de inconstitucionalidade. Salientou-se, ainda, a necessidade de uma dogmática crítica capaz de superar os prejuízos ideológicos de teorias que acabam por neutralizar a normatividade dos direitos fundamentais.<sup>266</sup>

A partir de uma perspectiva que compreende o regime unitário dos direitos fundamentais e ressalta o dever de concretização destes direitos pelo Estado Constitucional<sup>267</sup>, caminhou-se para um enfoque detido na atuação do Poder Judiciário. Neste sentido, foi apresentada a visão do Judiciário como uma das esferas de competência do Estado capaz de interagir e dialogar com os demais poderes – Legislativo e Executivo. Apresentou-se um ponto de vista gradual da separação dos Poderes, em que se considera que diversos atores são responsáveis pelo aprimoramento da democracia, para se refutar a ideia de que a vontade do povo está corporificada de

---

<sup>266</sup> Segundo Ana Paula de Barcellos, é fundamental que seja reconhecido “que todos os indivíduos são livres e iguais. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 108.

<sup>267</sup> Como argumenta Daniel Sarmento, para além da previsão normativo-constitucional, existe certo consenso na filosofia política contemporânea, da qual estão excluídos apenas os pensadores ditos libertários, de que é papel do Estado assegurar as condições materiais mínimas de vida para os indivíduos. Para o autor, “dos principais fundamentos morais empregados para justificar esta obrigação estatal, dois são instrumentais e um não é. Os argumentos instrumentais são no sentido de que se trata de uma exigência necessária para (a) a garantia da liberdade real, ou (b) para a proteção dos pressupostos da democracia. O argumento não instrumental é o de que o atendimento das necessidades materiais humanas essenciais constitui um fim em si mesmo e não um meio para obtenção de qualquer outra finalidade”. Mesmo diante de um estado de penúria mental, o indivíduo tem direito a sobreviver bem. Cf. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 575.

maneira estanque e absoluta nos representantes eleitos. Esta visão de democracia, conforme se argumentou, não dá conta de compreender a complexidade da realidade.

Por fim, buscou-se apresentar a necessidade de uma concepção de jurisdição compatível com a busca da tutela jurisdicional efetiva. A partir desta ideia, foram traçadas as premissas que direcionam para este fim, quais sejam: (i) a necessidade de o magistrado compreender devidamente o seu papel de agente político e (ii) o dever de, como gestor do processo, extrair das regras processuais a capacidade de proteção da efetividade do direito material pleiteado.

A análise deste reflexão inicial é essencial ao desenvolvimento do tema. Ocorre que, como bem pontua Ana Paula de Barcellos, quando se trata do controle judicial de políticas públicas, o ponto vital que se apresenta atualmente aos pesquisadores é o de transformar toda a dogmática jurídica em algo aplicável na prática, uma vez que a doutrina, no tocante ao tema, busca alcançar o avanço da atividade jurisdicional. O esforço deve ser pela busca da compatibilização da atuação jurisdicional a uma interpretação jurídica que preserve “a harmonia com todos os elementos constitucionais pertinentes, como a separação dos poderes, as regras orçamentárias, a legalidade das despesas públicas etc.”<sup>268</sup>

Como argumenta Vanice do Valle, observa-se facilmente que o assunto não “se compadece com o timing próprio do debate acadêmico, ou da sedimentação de uma teoria mais ampla e desenvolvida”.<sup>269</sup> Isto porque, como já ressaltado no início deste trabalho, o controle judicial de políticas públicas envolve temas urgentes, ligados à concretização de direitos fundamentais como saúde, educação, moradia e que não admitem espera. Trata-se de um desafio intenso e que tem sido encarado com vigor pelos pesquisadores.

Embora se possa dizer que o caminho ainda esteja sendo construído – os esforços eclodem sob diversos pontos de vista -, os juristas apontam em uníssono para a necessidade de uma maior compreensão das políticas públicas pelos operadores do Direito. Desta forma, este segundo capítulo se inicia com esta análise, para que então

---

<sup>268</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 93.

<sup>269</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

seja possível trazer à tona, propriamente, consideração sobre os contornos de atuação jurisdicional no controle de políticas públicas.

## **2.1 As políticas Públicas e seu aspecto dinâmico**

O primeiro tópico deste capítulo está subdividido em três pontos. O primeiro deles (2.1.1) procura destacar a função do Direito na conformação das políticas públicas. É certo que os juristas manifestam vultosa influência no amoldamento das políticas públicas – na qualidade de legisladores, magistrados, gestores públicos. Assim, tratando-se tais políticas de um fenômeno complexo, parece fundamental visualizar de que maneira o Direito as conforma. Trata-se de um conhecimento fundamental para a formulação e a proposição de soluções – pela academia, e mesmo pela prática – capazes de contribuir efetivamente ao aperfeiçoamento do agir do Estado nesta seara.<sup>270</sup>

Em seguida, o ponto 2.1.2 opera um giro de observação, para que seja realizada uma análise sob a perspectiva interna do desenvolvimento das políticas públicas. Este subtópico, a partir de fundamentos teóricos oriundos de ramos como a Administração Pública e da Ciência Política, buscará explicitar o percurso complexo de conformação das políticas públicas, ressaltando como características imanentes da sua criação e desenvolvimento: a processualidade e a continuidade.

Por fim, o ponto 2.1.3 trará uma discussão sobre o orçamento no Brasil, já que conforma um dos processos que dizem respeito à construção das políticas públicas. Levando em conta que a escassez e alocação de recursos públicos estão diretamente ligadas ao controle judicial de políticas públicas, e se revelam um aspecto levantado recorrentemente pela doutrina e jurisprudência como determinante na atuação jurisdicional, uma análise mais detida do funcionamento do processo orçamentário também se revela necessária para se construir uma perspectiva mais completa do tema.

### *2.1.1 As políticas públicas e o Direito*

---

<sup>270</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In. MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 182-185.



Diogo Coutinho realiza uma constatação fulcral sobre ao estudo de políticas públicas no Brasil: tão logo um pesquisador busca examinar as interações entre o Direito e as políticas públicas constata as inúmeras dificuldades em fazê-lo. Há, explica o autor, inúmeros desafios neste campo, tanto conceituais como semânticos, metodológicos e mesmo práticos, que tornam esta atividade nada trivial.<sup>271</sup> Embora as políticas públicas sejam constituídas por um conjunto de normas e processos mediados pelo Direito – sendo este, portanto, um elemento intrínseco delas – do ponto de vista acadêmico, segundo Coutinho, muitas vezes pesquisadores da área jurídica que se voltam ao tema conservam uma distância prejudicial de seu objeto, ao promover análises que se distanciam do que consiste o fenômeno na realidade concreta, limitando-se a utilizar e debater conceitos muito amplos e abstratos.<sup>272</sup>

Ciente desta dificuldade de apreensão completa do fenômeno das políticas públicas pelo Direito, Maria Paula Dallari Bucci argumenta que é possível considerar, inclusive, a inexistência de um conceito integralmente *jurídico* de políticas públicas. Como explica a autora, existem apenas conceituações que se prestam aos juristas como meio de compreensão das políticas públicas, já que as categorias estruturantes das políticas públicas são decorrentes de outros ramos do saber, como a Política ou a Administração Pública. Assim, arremata Bucci: “definir as políticas públicas como campo de estudo jurídico é um movimento que faz parte de uma abertura do direito à interdisciplinaridade”.<sup>273</sup>

Muito provavelmente esta dificuldade decorre da complexidade inerente ao próprio objeto, bem como de que é recente o movimento teórico a respeito da

---

<sup>271</sup> Segundo o autor, os desafios postos à pesquisa atualmente se traduzem por perguntas do tipo “como as relações entre Direito e políticas públicas podem ser observadas empiricamente?” ou “que critérios metodológicos podem ser empregados para descrever os papéis desempenhados pelo Direito nas políticas públicas?” ou “existe alguma distinção relevante entre as expressões ‘Direito das políticas públicas’ e ‘Direito nas políticas públicas?’”. Cf. COUTINHO, Diogo R. *Idem*, p. 181 e ss.

<sup>272</sup> COUTINHO, Diogo R. *Idem*, p. 182. Larissa Barreto Maciel atenta para o problema de se definir políticas públicas por conceitos muito amplos, como, por exemplo, o de que ‘as políticas públicas podem ser compreendidas como todo e qualquer ato de governo voltado para o atendimento de fins públicos’. Segundo a autora, conceitos generalistas são muito confusos e de difícil manejo na pesquisa acadêmica, porque abarcam desde “procedimento licitatório para a compra de material administrativo, até campanhas de vacinação promovidas pelos entes políticos”, pouco contribuindo para a elucidação do tema. Cf. MACIEL, Larissa Barreto. Políticas Públicas – Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável. In. PAMPLONA, Danielle Anne (Coord.). *Políticas públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 231.

<sup>273</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito... *Op. Cit.*, p. 1. Conferir também PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil... Op. Cit.*, p. 221.

concretização dos direitos fundamentais por meio de políticas públicas. Lembre-se que, no Brasil, a conformação do Estado Constitucional – e a formatação do seu dever de realizar prestações voltadas à concretização de direitos fundamentais –, é bastante recente. Conforme se observou no capítulo anterior, somente com a Constituição Federal de 1988 é que conformou-se um ambiente propício ao desenvolvimento de um Estado genuinamente democrático, e a conseqüente busca pela garantia efetiva dos direitos dos cidadãos.

Em decorrência desta recente democratização, e da necessidade da estruturação das políticas públicas como meio de concretização dos direitos fundamentais, a atividade do Estado modificou-se, tornando-se muito mais complexa. Como ensina Fábio Konder Comparato, houve a substituição do *government by law* – próprio do Estado Liberal – pelo *government by policies*. Esta nova concepção trouxe consigo um exercício estatal que supõe uma série de tarefas que até então não eram administradas pelo Estado. Segundo o autor, esta nova conformação supõe:

o levantamento de informações precisas sobre a realidade nacional e mundial, não só em termos quantitativos (para o qual foi criada a técnica da contabilidade nacional), mas também sobre fatos não redutíveis a algarismos, como em matéria de educação, capacidade inventiva ou qualidade de vida. Supõe o desenvolvimento da técnica previdencial, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento.<sup>274</sup>

Por conseguinte, como argumentam Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, até a década de 80, pode-se dizer que a maior parte dos estudos sobre políticas públicas no Brasil se dedicava apenas a análises macrossociológicas sobre o Estado, como a conformação da nação, a constituição da cidadania, o desenvolvimento econômico, a formação das classes sociais, dentre outros. Os detalhes das ações do Estado na dimensão prestacional dos direitos fundamentais restaram pouco tematizados até o início dos anos 90.<sup>275</sup> Concorda com esta afirmação Vanice Régina Lírio do Valle, que afirma que somente com a estabilidade institucional decorrente da Constituição de

<sup>274</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Inconstitucionalidade das Políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 351.

<sup>275</sup> MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 7.

1988 que o tema das políticas públicas foi incluído na pauta de reflexão, orientado a uma perspectiva de qualificação dos mecanismos possíveis de controle do poder.<sup>276</sup>

Outro ponto de dificuldade na conformação da conceituação e análise das políticas públicas pelos juristas diz respeito ao fato de que a sua exteriorização, longe de ocorrer de modo uniforme e claro, não assume um padrão de fácil visualização. Como adverte Dallari Bucci, as políticas públicas emergem de uma vasta gama de processos, e podem ser expressas em disposições constitucionais, leis, normas infralegais (como decretos, regulamentos, portarias, circulares, instruções normativas e operacionais), e até mesmo por meio de contratos de concessão de serviço público, para exemplificar.<sup>277</sup>

Da multiplicidade de formas de exteriorização de uma política pública surgem dúvidas quanto ao caráter cogente ou não dos instrumentos de expressão de tais políticas em face de governos, bem como diante das condições políticas que se modificam constantemente. Em decorrência disso, a própria análise da justiciabilidade das políticas públicas torna-se um caminho deveras espinhoso.<sup>278</sup> De todo modo, na lição de Ana Paula de Barcellos, tem-se como ponto de partida a ideia de que as escolhas em matéria de gastos públicos para a satisfação de direitos fundamentais através das políticas públicas “não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas de estatura constitucional”<sup>279</sup>.

É oportuno ressaltar, no plano material, que própria máquina estatal tem manifestado dificuldade em estruturar as políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Como bem afirma Maria Paula Dallari Bucci, embora em mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal tenha havido progresso na satisfação de direitos dos indivíduos, a realidade presente ainda retrata muita miséria e exclusão, do que se pode concluir que o Estado não tem cumprido satisfatoriamente os objetivos

---

<sup>276</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 34.

<sup>277</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito... *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>278</sup> DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 115.

<sup>279</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 106.

para qual existe. Nas palavras da autora, “se se tratasse de um fenômeno físico, dir-se-ia que o mau funcionamento do Estado compreende o aquecimento excessivo e a dissipação de energia, quando o que se deseja é exatamente o contrário, pouco calor e energia dirigida aos objetivos de desenvolvimento e emancipação social”<sup>280</sup>. Este aspecto será aprofundado com alguns dados objetivos no ponto 2.1.3, adiante.

Conforme foi analisado anteriormente, os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, são conformadores de toda a ordem jurídica e vinculam a forma de agir do Estado. Isto quer dizer que os Poderes Públicos estão submetidos à Constituição Federal. Como explica Barcellos, esta é uma das funções precípuas do texto constitucional: assentar atrelamentos aos agentes políticos, que vinculam o agir dos representantes ao caminho voltado invariavelmente à concretização dos direitos fundamentais.<sup>281</sup>

Na nova ordem constitucional, incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo, politicamente – mas sempre nos limites da Constituição Federal –, decidirem qual é a melhor forma de alocar os recursos frente às necessidades sociais. Estes recursos, por sua vez, subsidiarão ações do aparato estatal voltadas para este fim. Ocorre que, embora a Carta Maior seja um importante ponto de partida – e de chegada, haja vista que é ela quem especifica os objetivos da atuação do Estado –, na maior parte das vezes o texto constitucional não dispõe de modo rigoroso a extensão dos direitos fundamentais, nem exatamente, salvo exceções, os limites mínimos da obrigação do Poder Público.<sup>282</sup> Também não fornece elementos que desvendem especificamente a forma como deve atuar o Estado na concretização dos direitos fundamentais, já que não há uma sistematização da composição de uma política pública, embora o termo seja recorrente no texto constitucional.<sup>283</sup> Muitas vezes, ainda, a política pública é mencionada no texto constitucional com a utilização dos termos “programa” ou “plano”. Maria Paula Dallari Bucci, no entanto, adverte que os termos não guardam correspondência entre si. A

---

<sup>280</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 113.

<sup>281</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 104-105.

<sup>282</sup> Em alguns casos, a Constituição Federal já determinou de maneira bastante objetiva políticas públicas. É o caso, por exemplo, da previsão da gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos idosos (230, §2º da CF) e da previsão do ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos (Art. 208, I).

<sup>283</sup> Por exemplo, os artigos 204, II e 227, §1 da CF.

política pública, explica a autora, possui um conceito mais amplo – que envolve um processo de escolhas para a realização dos objetivos do governo -, sendo que o programa ou plano conformam apenas formas de exteriorização daquela.<sup>284</sup>

Ainda assim, é possível dizer que o ordenamento jurídico, ainda não dite exatamente todos os passos que devem ser tomados para a materialização de todas as políticas públicas, indica uma série de balizas norteadoras para a sua conformação. Desta forma, para que seja feita uma análise sobre a possibilidade de controle judicial de políticas públicas, torna-se imprescindível, de antemão, o aprofundamento da discussão sobre a interação do Direito e das políticas públicas. Esta reflexão garante um tratamento sistematizado do estudo sobre o agir estatal e fornece mecanismos de compreensão, conformação e aprimoramento de tais políticas quando da realização de seu controle, seja ele jurisdicional ou não.<sup>285</sup>

Convém preliminarmente – a fim de delimitar sobre o que se está tratando – abordar alguns significados do termo *política*. Isto porque o termo é polissêmico, ou seja, pode assumir diversos significados em distintos contextos. Cláudio Gonçalves Couto, acerca do assunto, distingue, entre outros possíveis, três significados para o termo *política*: (i) política constitucional; (ii) política competitiva e (iii) política pública.<sup>286</sup>

Segundo Couto, a primeira dimensão – a da política constitucional – diz respeito à conformação básica de um Estado. Na linguagem inglesa, o termo *polity* traduz esta concepção. A política constitucional define os direitos fundamentais que um Estado

<sup>284</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 259.

<sup>285</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 61-62.

<sup>286</sup> Luis F. Aguilar Villanueva também enumera diversos significados do termo “política”. Segundo o autor “política pode denotar várias coisas: “um campo de atividade governamental (política de saúde, educacional, comercial), um propósito geral a ser realizado (política de emprego estável para os jovens), uma situação social desejada (política de restauração de centros históricos, contra o tabagismo, de segurança), uma proposta de ação específica (política de reflorestamento dos parques nacionais, de alfabetização de adultos), uma norma ou normas que existem para determinada problemática (política ecológica, energética, urbana), um conjunto de objetivos e programas de ação que o governo tem em um campo de questões (política de produtividade agrícola, de exportação, de luta contra a pobreza). Ou a política como produto e resultado de específica atividade governamental, o comportamento governamental de fato (a política habitacional conseguiu construir *n* número de casas, a política de emprego criou *n* postos de trabalho), o impacto real da atividade governamental (diminuição do crime urbano, aumento da conclusão do ciclo básico de estudos, diminuição dos preços ao consumidor, redução da inflação), o modelo teórico ou a tecnologia aplicável em que se sustenta uma política governamental. (política da energia, política de renda regressiva, política de ajuste e estabilização”. Cf. AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *La hechura de las políticas*. México: Porrúa, 1992, p. 22.

assegura e os procedimentos para permitir a tomada de decisão dos agentes públicos e a participação dos indivíduos. Desta forma, segundo o autor, pode-se dizer que uma política constitucional é *democrática* em decorrência dos procedimentos que estabelece (quem governa e como governa). Por sua vez, uma política constitucional pode ser considerada *social* quando assegura aos governados direitos sociais mínimos de existência digna – embora se saiba que a definição de existência digna não é de fácil consenso.<sup>287</sup>

O termo política, no Brasil, também pode significar, segundo Couto, política competitiva, que remete ao termo *politics*, em inglês. Sob este enfoque, política diz respeito ao jogo dos atores políticos, ou seja, atividades de conflito, cooperação, alianças, vitórias, derrotas etc. Do desenvolvimento desta atividade resultam as decisões de determinado governo, a linha de condução do agir governamental. Como salienta Couto, em um regime democrático, ante a multiplicidade dos modelos de concepção de vida boa, a competição política é legítima e desejável.<sup>288</sup>

Por fim, política também pode remeter à ideia de políticas públicas. Esta terceira dimensão, segundo Couto, tem relação com o *produto* da atividade política de um Estado – é o resultado de seu funcionamento ordinário. Em inglês, o termo *policies* é utilizado para este significado. A produção das políticas públicas, como afirma o autor, é condicionada tanto pela política competitiva (*politics*) quanto pela política constitucional (*polity*). A política constitucional, para tanto, é responsável pela definição de dois aspectos fundamentais: (i) o espaço no qual a competição política poderá se desenvolver e (ii) os conteúdos legítimos das políticas públicas concretizadas como um desfecho do jogo político.<sup>289</sup>

O último significado do termo política apresentado é o que interessa ao presente estudo. Interessante perceber, mesmo assim, que as definições anteriores são imprescindíveis à compreensão do que constituem as políticas públicas. Uma vez que estas não decorrem direta e exclusivamente da atividade da política competitiva, mas também, e com grande intensidade, da política constitucional, desmistifica-se a ideia de

<sup>287</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 95.

<sup>288</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves. *Idem*, p. 96.

<sup>289</sup> COUTO, Cláudio Gonçalves. *Idem, Ibidem*.

que se trata de campo que deve estar preservado da intervenção judicial, quando esta é provocada e se faz necessária.

Realizada esta diferenciação preliminar, passa-se a verificar mais detidamente sob quais aspectos o Direito – e em especial a Constituição Federal – as conforma.

Segundo Diogo Coutinho, sem descuidar da possibilidade de outras contribuições da ciência jurídica para o assunto, pode-se elencar quatro principais funções do Direito na conformação das atividades do Estado relacionadas a políticas públicas. O Direito, assim, se presta a este fim como: (i) objetivo; (ii) vocalizador de demandas; (iii) ferramenta e (iv) arranjo institucional. A partir dessas interações, a visualização da conformação das políticas públicas pelo Direito torna-se mais apreensível, e o desafio de compreender afundo as políticas públicas revela-se mais concreto.<sup>290</sup>

Segundo Coutinho, a primeira das tarefas do Direito nas políticas públicas é a de transmitir os objetivos a serem alcançado por elas. Neste sentido, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais possuem um importante papel, conformando deveres que impõe condutas ao Estado voltadas à concretização de tais direitos. Assim, há de se partir da ideia de que o Direito como objetivo deve ser entendido como uma diretriz normativa, ou seja, que prescreve e delimita – ainda que, por vezes, de maneira abstrata – o que a ação governamental deve perseguir. Sob este ponto de vista, o Direito funciona como “uma bússola cujo norte são os objetivos dados politicamente, de acordo com os limites de uma ordem jurídica”<sup>291</sup>. Ao serem juridicamente estruturadas, portanto, as políticas públicas voltam-se aos fins impostos pela ordem jurídica e são submetidas, como assinala Coutinho, *a priori* e *a posteriori* pelas peneiras da legalidade e da constitucionalidade.<sup>292</sup>

Esta primeira tarefa do Direito – como objetivo – está insculpido de maneira clara e objetiva no texto constitucional. A Constituição Federal traça objetivos já no início do seu texto, localizados no Art. 3º. Como dito no capítulo primeiro, tratam-se de compromissos de busca de modificação da realidade, com especial enfoque para a

---

<sup>290</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 194.

<sup>291</sup> COUTINHO, Diogo R. *Idem, Ibidem*.

<sup>292</sup> COUTINHO, Diogo R. *Idem*, p. 195.

igualdade substancial (incisos I, III e IV).<sup>293</sup> E, como afirma Osvaldo Canela, mesmo a garantia de “desenvolvimento nacional”, objetivo trazido no inciso II do Art. 3º, se presta integralmente à promoção da igualdade.<sup>294</sup> Ao longo da Constituição Federal, ademais, vários outros objetivos são estampados, como por exemplo o incentivo à autonomia tecnológica (Art. 219)<sup>295</sup> e a preservação do meio ambiente (Art. 225)<sup>296</sup>.

Por sua vez, o Direito também deve ser compreendido na sua interação com as políticas públicas como vocalizador de demandas. Esta ideia traz duas especificações que conformam as políticas públicas: a ideia de acesso à informação e de participação dos atingidos. A primeira delas é que o ordenamento jurídico pressupõe que as decisões por parte do Poder Público sejam tomadas de modo fundamentado e dotado de racionalidade, de maneira pública e ao alcance de todos os cidadãos. Além disso o ordenamento jurídico impõe que seja assegurada a participação dos interessados na conformação, implementação e avaliação da política pública.<sup>297</sup>

As ideias de informação dos cidadãos e de sua participação na coisa pública também é bastante festejada pela Constituição de 1988.

Primeiramente, o princípio da publicidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal<sup>298</sup>, impede que as ações da Administração Pública sejam obscuras

---

<sup>293</sup> O foco central na igualdade, inclusive, está configurado em vários conceitos trazidos pela doutrina sobre as políticas públicas, a exemplo da definição de Eduardo Appio, para quem as políticas públicas constituem “instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”. Cf. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil... Op. Cit.*, p. 136. Sobre a necessária conjugação – e não contraposição – das políticas de reconhecimento e de redistribuição para a promoção da justiça, conferir: BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas de reconhecimento e de redistribuição adequadas à salvaguarda do mínimo existencial não exclusivamente patrimonial. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013 e FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça. In. SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>294</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas... Op. Cit.*, p. 57-58.

<sup>295</sup> Art. 219 - O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

<sup>296</sup> Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>297</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 197-198. Sobre a participação popular nas políticas públicas, Cf. DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135 e ss.

<sup>298</sup> 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: (...)



e sigilosas, resguardada a possibilidade de existência de informações “sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado”, como consta no Art. 5º, XXXIII da CF.<sup>299</sup> Como explica Hely Lopes Meirelles, a publicidade não abrange somente o dever de a Administração Pública divulgar oficialmente os seus atos. Mais do que isso, envolve o direito dos cidadãos de terem acesso amplo à conduta interna de todos os seus agentes.<sup>300</sup>

Ressalta-se ainda, que o ordenamento jurídico contempla outras passagens que dispõem expressamente sobre o dever de transparência da Administração Pública. A Lei n. 12.527/2011 – conhecida como Lei do Acesso à Informação, por exemplo, prevê procedimentos que garantem o direito fundamental de acesso à informação dos atos do Estado. Dispõe como diretrizes ao Poder Público, dentre outras, (i) o dever de divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações (Art. 3º, III), (ii) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública (Art. 3º, IV) e (iii) desenvolvimento do controle social da Administração Pública (Art. 3º, V).<sup>301</sup> Cabe destaque, ainda, para o Art. 7º, inciso V, da referida Lei, que informa ao Poder Público o dever de comunicação de “atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços”, corroborando a imperiosa necessidade de transparência da gestão da máquina estatal.<sup>302</sup>

Por fim, é oportuno mencionar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), que estabelece no seu Capítulo IX o dever de transparência

---

<sup>299</sup> Art. 5º, XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

<sup>300</sup> Assim, como explica o jurista, o princípio da publicidade abrange informações a respeito de: “atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e o os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes” Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 86.

<sup>301</sup> Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

<sup>302</sup> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;

da gestão fiscal, através do fornecimento de informações inclusive via meios eletrônicos e em tempo real acerca os planos, orçamentos e lei de diretrizes orçamentárias (Art. 48, *caput* e § único, I).<sup>303</sup> A Lei n. 8.429/92, por sua vez, prevê no seu artigo 11 que pratica ato de improbidade administrativa quem nega publicidade a atos oficiais.<sup>304</sup>

Além do dever de publicidade e de fornecimento de informações por parte do Poder Público acerca de seus atos, o ordenamento jurídico contempla de maneira enfática o direito de participação dos cidadãos na coisa pública.

Explica Paulo Bonavides que a Constituição Federal trouxe no bojo do artigo 1º, § único,<sup>305</sup> a consagração da democracia participativa no Estado brasileiro, conferindo o *status* de norma jurídica a esta disposição.<sup>306</sup> Filiando-se a este entendimento, Adriana da Costa Ricardo Schier afirma que a participação constitui verdadeiro direito fundamental, decorrência natural do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático.<sup>307</sup> Ainda, sobre o assunto, Eneida Desiree Salgado ressalta que, em que pese a prática democrática no Brasil seja essencialmente representativa, a conformação constitucional da ordem democrática brasileira exhibe um desenho nitidamente participativo.<sup>308</sup>

A democracia participativa conforma a possibilidade de os cidadãos contribuírem ativamente para a conformação das decisões políticas do Estado, suprimindo o vácuo existente entre os representantes eleitos e os representados. Trata-se de um modelo que não objetiva negar a democracia representativa, que se constrói a partir da

---

<sup>303</sup> Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

<sup>304</sup> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: IV - negar publicidade aos atos oficiais;

<sup>305</sup> Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

<sup>306</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20 e ss. Acerca da conformação democrática do Estado brasileiro, cf. SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia... Op. Cit.*.

<sup>307</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*: o direito da reclamação. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002, p. 27.

<sup>308</sup> SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. *Paraná Eleitoral*, v. 1, p. 25-40, 2012. 35-36.

ideia de participação indireta dos cidadãos por meio de representantes eleitos.<sup>309</sup> Objetiva-se, sim, o aprimoramento dos instrumentos capazes de viabilizar uma maior integração dos indivíduos nos assuntos de cunho coletivo.<sup>310</sup>

Além dos instrumentos de participação direta do povo nas decisões políticas do Estado, previstos no artigo 14 da Constituição Federal<sup>311</sup> – plebiscito, referendo e iniciativa popular –, a lógica de participação popular é expressamente reconhecida em vários trechos da Constituição Federal. A começar pela disposição contida no § 3º do artigo 37 da Constituição Federal, que prevê, por previsão infraconstitucional, que devem ser elaboradas formas de participação do usuário de serviços públicos na Administração Pública direta e indireta.<sup>312</sup>

Afora esta, outras disposições constitucionais estabelecem a participação popular na gestão da coisa pública. Trata-se, por exemplo, da norma contida no Art. 198, III da CF, que prevê a participação da comunidade nas ações e serviços relacionados ao sistema único de saúde<sup>313</sup>, e a norma prevista no artigo 194, VII da CF, que estabelece o caráter democrático da gestão da seguridade social, com participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados.<sup>314</sup> Pode-se mencionar vários outros

---

<sup>309</sup> Segundo José Afonso da Silva, “A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vêm a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, os sistemas eleitorais, os partidos políticos, etc. Mas nela a participação é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. (...) ela é procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais”. Cf. SILVA, José Afonso. *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos Sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 47-48.

<sup>310</sup> Acerca dos limites e potencialidades da democracia representativa e dos mitos que giram em torno desta conformação democrática, cf. SALGADO, Eneida Desiree. *A representação política e sua mitologia... Op. Cit.*

<sup>311</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

<sup>312</sup> Art. 37, § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (...) Sobre as formas de participação do cidadão na gestão da coisa pública, Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional... Op. Cit.*, p. 84 e ss.

<sup>313</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: III- participação da comunidade.

<sup>314</sup> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

exemplos, dentre eles, as previsões contidas nos artigos 29, XII;<sup>315</sup> 187;<sup>316</sup> 204, II;<sup>317</sup> 205;<sup>318</sup> 206, VI;<sup>319</sup> da Constituição Federal. No campo infraconstitucional, sublinha-se, para exemplificar, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), que explicita no seu artigo 48, § único, I,<sup>320</sup> o dever de incentivo à participação popular na elaboração dos planos orçamentários por meio da realização de audiências públicas.

Esta ideia de participação interfere diretamente na legitimidade do planejamento estatal. Como assinala Romeu Felipe Bacellar Filho, o compartilhamento de ideias entre o Poder Público e a sociedade faz com que as decisões administrativas sejam dotadas de maior racionalidade e transparência, garantindo a proteção do interesse público.<sup>321</sup> Além disso, a participação também consolida o senso de pertencimento e responsabilidade coletiva nos cidadãos, o que torna o agir estatal mais estável, porque formulado também por seus destinatários.<sup>322</sup>

O Direito, assim, conforma as políticas públicas através da imposição normativa de que haja participação dos cidadãos no manejo da coisa pública. Esta participação é

---

<sup>315</sup> Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

<sup>316</sup> Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente:

<sup>317</sup> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no Art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

<sup>318</sup> 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.

<sup>319</sup> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

<sup>320</sup> Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no Art. 48-A.

<sup>321</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 214-215. Sobre a noção adequada de interesse público, cf., também, GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

<sup>322</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 112. Sobre a participação popular na coisa pública, cf. especialmente CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990; HACHEM, Daniel Wunder; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo*, v. 130, p. 38-45, 2011; BACELLAR FIHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXIV, nº 408.

fundamental ao conhecimento das demandas existentes na realidade concreta, de onde se extrai a ideia de que o Direito age perante a conformação das políticas públicas como um vocalizador de demandas. Trata-se, como argumenta Diogo Coutinho, de superar a ideia da conformação de políticas públicas “insuladas em anéis burocráticos”<sup>323</sup>, promovendo, por meio do Direito, uma “espécie de correia de transmissão pela qual agendas, ideias e propostas gestadas na esfera pública circulam e disputam espaço nos círculos tecnocráticos”.<sup>324</sup>

Elencou-se também que o Direito se presta como uma ferramenta na conformação das políticas públicas. Importa enfatizar, a este respeito, que o meio de construção de uma política pública possui a sua base de legitimação no Direito. Como salienta Coutinho, o exame das diversas possibilidades de configuração do agir estatal, a seleção dos instrumentos mais apropriados à obtenção dos resultados, os mecanismos de indução ou recompensa de determinados comportamentos, a escolha da espécie de norma a ser utilizada – mais ou menos flexível, estável e genérica – exemplificam como o Direito serve de instrumental ao percurso de conformação das ações estatais.<sup>325</sup>

As políticas públicas não são consideradas constitucionais unicamente a partir da verificação dos seus resultados. Isto quer dizer, portanto, que uma política pública pode ser considerada inconstitucional pelo mecanismo de ação adotado pelo Estado, ainda que eventuais objetivos legítimos sejam alcançados.<sup>326</sup> Como afirma Eduardo

---

<sup>323</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 197-198.

<sup>324</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 197-198. Vanice Regina Lírio do Valle, a este respeito, afirma que “o cometimento a mecanismos democráticos da especificação de quais sejam as políticas públicas a se desenvolver pode permitir a superação da visão desse instrumental como simples esfera de articulação entre o poder e o saber dos *experts* técnicos, para agregar ao processo as aspirações e prioridades da cidadania, destinatários últimos dessas mesmas ações.” Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 86.

<sup>325</sup> COUTINHO, Diogo R. *Idem*, p. 196. Interessante, acerca da participação da sociedade no manejo das políticas públicas, o apontamento de Lenaura Lobato, segundo a qual “a representação de interesses não pode ser vista como restrita ao acesso de diferentes grupos ao aparelho estatal. Ela deve buscar o processo político que determina a política pública, buscar a política em seu sentido lato. E isso nos parece válido principalmente para aquelas sociedades onde o Estado é amplamente dominado por interesses privados”. Cf. LOBATO, Lenaura. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 302.

<sup>326</sup> Como ressalta Fábio Konder Comparato “(...) o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, mas também com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade. Na primeira hipótese, por exemplo, uma política econômica voltada exclusivamente para a estabilidade monetária, interna e externa, pode se revelar incompatível com várias normas-objetivo da Constituição, notadamente com a de busca do pleno emprego, inscrita no Art. 170, VIII. Na segunda hipótese, o exemplo é, sem dúvida, o de uma política municipal de saúde pública desligada do sistema nacional único, imposto pelo Art. 198 da Constituição”. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In. GRAU, Eros Roberto; CUNHA,

Marques, mais do que analisar o que o Estado obteve como resultado da ação, o estudo das políticas públicas se volta antes ao “Estado em ação”. Estudar políticas, salienta Marques, “é analisar *por que e como* o Estado age como age, dadas as condições que o cercam”<sup>327</sup>.

Maria Paula Dallari Bucci também ressalta a relevância dos meios, ou seja, da própria ação estatal. Segundo a autora, o cerne principal do conceito de políticas públicas reside na *ação governamental*, compreendida como a movimentação da máquina pública, a partir de estímulos do governo e através da conjugação meios e competências estatais. Como explica a autora, a política pública conforma-se, em sua apresentação exterior, através de um *arranjo institucional*, no qual é traçado um encadeamento de ações e efeitos, em múltiplos centros de imputação jurídica.<sup>328</sup>

Diogo Coutinho compara, neste ponto, o Direito a uma caixa de ferramentas, pela qual se busca executar as tarefas-meio das políticas públicas. A partir deste enfoque, o Direito, em relação às políticas públicas, serve de regramento interno que permite a correção e a calibragem das ações do Estado.<sup>329</sup> Observa-se, assim, que o encadeamento de ações que compõem uma política pública está diretamente ligado ao Direito, de modo que este serve de baliza estruturante daquela.

Por fim, destaca-se a função do Direito como componente da dimensão institucional das políticas públicas. Isso quer dizer que as normas jurídicas estruturam e regulam os procedimentos relacionados ao agir estatal nesta tarefa, e viabilizam a articulação entre os atores a esta ligados direta ou indiretamente. Como explica Diogo Coutinho, atributos do desenho institucional de políticas públicas, tais quais o grau de descentralização, autonomia e coordenação intersetorial, são completamente condicionados pelo conjunto de normas jurídicas que os conforma. O ordenamento jurídico, portanto, vislumbra-se como um mapa de responsabilidades e tarefas que direcionam a composição das políticas públicas.<sup>330</sup>

---

Sérgio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional: estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 255.

<sup>327</sup> MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política. In. MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 24.

<sup>328</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 109.

<sup>329</sup> COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 196.

<sup>330</sup> COUTINHO, Diogo R. *Idem, Ibidem*.

Conclui-se, portanto, que, embora as políticas públicas possam constituir um elemento de difícil apreensão sob um enfoque puramente jurídico – eis que, conforme argumentado, somente uma perspectiva multidisciplinar revela-se capaz de abranger complexidade do fenômeno – a análise dos pontos acima elencados dão conta de demonstrar como o Direito se apresenta atrelado substancialmente a elas. A partir dessas aproximações, sua compreensão pelos operadores do Direito torna-se mais atilada, facilitando a compreensão dos principais fatores, sob o ponto de vista jurídico, que devem ser levados em consideração quando da realização de seu controle.

O ordenamento jurídico, desta forma, conforma a base de todas as etapas de desenvolvimento das políticas públicas: (i) traçando os objetivos a serem por elas atingidos, com base nos anseios constitucionais; (ii) exigindo a existência de participação popular e de pontes de diálogo entre os seus conformadores e a população; (iii) definindo e arquitetando os instrumentos de atuação estatal a serem empregados nas suas etapas; e (iv) provendo os arranjos institucionais que distribuem competências entre os atores públicos responsáveis por sua materialização.

A partir desta primeira análise, torna-se possível vislumbrar que as políticas públicas se conformam a partir de uma vasta gama de processos e normas, o que denota sua natureza dinâmica e sua construção em etapas. Deste modo, vale conhecer, a partir de uma perspectiva interna, as fases que compõem esta forma de agir Estatal. É o que se fará no próximo tópico.

### *2.1.2 O aspecto dinâmico e complexo das políticas públicas*

Compreender os modos pelos quais o Direito permeia as políticas públicas é de fundamental importância para a apreensão do fenômeno. Conforme visto, embora se possa constatar certa dificuldade em conferir uma definição propriamente *jurídica* das políticas públicas, a visualização dos caminhos pelos quais o Direito interage no seu desenvolvimento confere um imprescindível ponto de reflexão para a sua compreensão.

No entanto, como aponta Vanice Regina Lírio do Valle, a aplicabilidade do Direito nas políticas públicas não deve ignorar o conhecimento já adquirido em outras áreas do saber. O estudo jurídico das políticas públicas se aperfeiçoa quando se alia aos

fundamentos disciplinares trazidos de disciplinas como a Ciência Política, a Sociologia, a Economia, a Administração Pública, dentre outras.<sup>331</sup> Como já se argumentou, uma análise exclusivamente jurídica das políticas públicas não seria suficiente para a compreensão da riqueza e das múltiplas variáveis que as compõem.<sup>332</sup>

Neste ponto, com o auxílio de estudos realizados nas áreas da Ciência Política e da Administração Pública, pretende-se ressaltar duas características essenciais da conformação das políticas públicas: (i) a processualidade e a (ii) a continuidade. Tais características explicitam o caráter dinâmico do agir estatal na construção dos mecanismos de concretização dos objetivos constitucionais.

Maria Paula Dallari Bucci, ciente desta complexidade, sublinha a importância de se reconhecer a característica da processualidade da conformação das políticas públicas ao se pretender realizar o controle destas.<sup>333</sup> Como define a autora, as políticas públicas consistem na atuação estatal sob uma perspectiva de uma série de *processos juridicamente articulados* voltados à contemplação dos interesses de toda a coletividade. Através da ampla interação deste conjunto de processos – eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo, judicial -, busca-se coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.<sup>334</sup>

Segundo a autora, a organização interna da atividade administrativa (processo administrativo), a defesa judicial das demandas por realização e implementação de políticas públicas (processo judicial), a participação do governo na elaboração das leis, em particular pelo exercício da iniciativa e edição de medidas provisórias (processo

---

<sup>331</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 31. Sobre a multidisciplinariedade do campo das políticas públicas, cf. MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar... Op. Cit.*

<sup>332</sup> SARAVALIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In. FERRAREZI, Elisabete; SARAVALIA, Enrique (Orgs.). *Políticas públicas*. Vol 1. Brasília: Enap, 2006, p. 27. No mesmo sentido, Vanice Regina Lírio do Valle argumenta que o despreparo dos cientistas do direito em relação ao conhecimento multidisciplinar das políticas públicas pode provocar uma equivocada “apropriação pelo direito do discurso do controle de políticas públicas, numa prática mais retórica do que incorporadora dos potenciais úteis desse mesmo conceito, particularmente no plano da garantia dos direitos fundamentais”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 37.

<sup>333</sup> Oportuno salientar que a autora vivenciou diretamente as relações entre o Direito e Política e a conformação das políticas públicas, de 2003 a 2010, quando desempenhou as funções de Secretária de Educação Superior, Consultora Jurídica do Ministério da Educação (MEC) e Procuradora Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

<sup>334</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito... *Op. Cit.*, p. 37-39.



legislativo) e a alocação de meios para as políticas públicas (processos orçamentário e de planejamento) estão diretamente ligados na composição das políticas públicas. Trata-se, portanto, de uma teia de ações relacionadas intimamente, e que tem como ponto de encontro institucionalizado, o processo eleitoral.<sup>335</sup>

Bucci ainda subdivide o agir estatal voltado à construção das políticas públicas em três planos institucionais: planos macro-institucional, meso-institucional e micro-institucional. No plano macro-institucional estariam as decisões políticas fundamentais, bem como a fixação dos rumos do planejamento de longo prazo. Por sua vez, no plano meso-institucional, estariam os arranjos que condicionam a ação governamental racionalizada, organizando os elementos disponíveis na direção traçada. No plano micro-institucional, por fim, estaria situada a pequena política, ou seja, os processos jurídicos que formam e desenvolvem concretamente as políticas públicas. Neste plano micro-institucional estariam contidas as decisões que, com base nos demais planos, selecionam as iniciativas legislativas pertinentes, as formas organizativas relacionadas, a alocação de meios, e mesmo as diretivas partidas das decisões judiciais, na ocorrência destas.<sup>336</sup>

A partir das elucidações de Bucci, é possível vislumbrar que o agir estatal na confecção de políticas públicas organiza-se a partir do cadenciamento de diversos processos juridicamente articulados. O processo legislativo, o processo orçamentário, o processo administrativo e mesmo o processo eleitoral são determinantes para a emersão das políticas públicas no plano concreto. Como variáveis, ainda, da conformação das políticas públicas, estão presentes decisões que partem, em um primeiro momento, de um planejamento governamental macro-institucional, que deságua processualmente em planos mais concretos, nos quais se organizam os elementos materiais disponíveis na direção traçada, e se definem as formas organizativas de uma determinada política pública, tudo isso a partir da realização das tarefas concretas a elas pertinentes.

O aspecto processual também se configura a partir da visualização do eixo interno das políticas públicas. Trata-se das etapas internas que compõe o ciclo das políticas públicas, conhecido comumente na doutrina especializada como o *policy cycle*.

---

<sup>335</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 11.

<sup>336</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem, Ibidem*.

Parece oportuno também analisar as políticas públicas sobre este enfoque, em busca de uma aproximação ainda mais completa do objeto ora discutido.

Como atenta Vanice Regina Lírio do Valle, a compreensão da processualidade do ciclo de políticas públicas advém das escolas de políticas públicas desenvolvidas após a Segunda Guerra Mundial, especialmente as denominadas sinópticas puras, que buscaram decantar as distintas etapas de confecção das políticas públicas, em busca da apreensão do fenômeno.<sup>337</sup> Como bem ressalta Eduardo Marques, trata-se de uma ferramenta heurística, utilizada academicamente para a compreensão das políticas públicas, ou seja, um procedimento simplificador e imperfeito da complexidade do plano real. Como aduz Marques, isto não desmerece a abordagem, nem tampouco indica algum prejuízo à captação da realidade. Apenas se reconhece que na prática é possível a superposição de etapas e a não correspondência técnica exata da compreensão teórica do *policy cycle*.<sup>338</sup>

Embora não haja unanimidade da doutrina acerca das etapas que compõe o ciclo de políticas públicas, pode-se dizer que são propostos modelos bastante semelhante.<sup>339</sup> Como explica Eduardo Secchi, em geral, as etapas das políticas públicas delineadas pela doutrina são as seguintes: (i) análise do problema; (ii) diagnóstico; (iii) solução; (iv) estratégia; (v) recursos e (vi) execução.<sup>340</sup> Vale verificar, ainda que brevemente, uma a uma.

A primeira fase do ciclo de política públicas consiste na visualização do problema. Como expõe Eduardo Secchi, um problema consiste basicamente na discrepância entre a realidade fática e uma situação ideal possível. Um problema público pode surgir abruptamente, como no caso da ocorrência de enchentes em centros urbanos,

---

<sup>337</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 41.

<sup>338</sup> MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política... *Op. Cit.*, p. 32. Segundo Enrique Saravia, “as modernas teorias do caos são as que mais se aproximam de uma visualização adequada da dinâmica social. (...) são características das instituições do Executivo as preferências problemáticas, as tecnologias não claramente especificadas e a participação fluida. Daí a dificuldade de racionalizar os processos de política pública”. Cf. SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública... *Op. Cit.*, p. 29.

<sup>339</sup> Enrique Saravia, por exemplo, menciona as seguintes etapas do *policy cycle*: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento, avaliação. Cf. SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública... *Op. Cit.*, p. 30.

<sup>340</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas... Op. Cit.*, p. 34

ou pode se instalar de maneira gradativa, como por exemplo o crescente congestionamento de veículos automotores nos grandes Municípios.<sup>341</sup>

Pode-se dizer que muitos dos problemas sociais são negligenciados reiteradamente pelo Poder Público. O exemplo trazido na introdução do presente estudo dá conta de corroborar esta afirmação, bem como os dados que serão examinados no tópico seguinte. Em decorrência da omissão ou insuficiência da atuação estatal, direitos fundamentais, especialmente os sociais, tendem a ser constantemente lesados. Ato contínuo, tais situações são levadas com frequência ao crivo do Poder Judiciário. Assim, o engate inicial de desenvolvimento de uma política pública pode e é, muitas vezes, decorrente da provocação dos magistrados, quando instados a se manifestarem acerca do assunto. Como afirma Maria Paula Dallari Bucci, no plano micro-institucional de conformação das políticas públicas, as decisões judiciais podem surgir como variáveis conformadoras da atuação estatal.<sup>342</sup> Sobre esta interação institucional, se tratará na sequência.

A segunda etapa do *policy cycle* consiste na formação da agenda. Identificado o problema, temas são elencados pelos representantes políticos como relevantes à composição do programa de governo e do planejamento orçamentário. Explica Leonardo Secchi que existe uma distinção entre a agenda política e a agenda institucional ou formal. A primeira consiste no conjunto de problemas ou temas que a comunidade política identifica como merecedor de intervenção pública. A segunda, por sua vez, é composta pelos temas que o Poder Público decidiu enfrentar.<sup>343</sup>

Segundo Secchi, os problemas entram e saem das agendas, ganham e perdem notoriedade, e não raro é visível o grande distanciamento entre a agenda política da agenda institucional.<sup>344</sup> Trata-se de umas das formas de manifestação da política competitiva, conceito já elucidado em linhas anteriores, e que, em um Estado Democrático de Direito, é desejável, em vista da pluralidade de ideias que devem conviver e ter acesso ao debate público. Conforme visto, no entanto, o exercício da política competitiva é sempre balizado pela política constitucional. É esta que define as

---

<sup>341</sup> SECCHI, Leonardo. *Idem*, p. 35.

<sup>342</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 11.

<sup>343</sup> SECCHI, Leonardo. *Idem*, p. 36.

<sup>344</sup> SECCHI, Leonardo. *Idem*, p. 40

prioridades irrenunciáveis que compõem a reserva de justiça, sob a qual se conformam os direitos fundamentais.<sup>345</sup>

Muitas vezes, no entanto, são priorizadas nesta etapa políticas que geram impactos midiáticos, que promovem os agentes políticos perante o eleitorado. Políticas públicas basilares, porém pouco visíveis, tendem a ser preteridas, como o saneamento básico em zonas de pobreza. Sobre o assunto, ressalta Eduardo Appio que, atualmente, no Brasil, constantemente as políticas públicas surgem como um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, “a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados”<sup>346</sup>.

Caroline da Rocha Franco, a partir das ideias desenvolvidas por John Kingdon<sup>347</sup> (modelo de fluxos múltiplos – *multiple streams*), explica que a formação da agenda institucional não decorre simplesmente da visualização de um problema social – o que esclarece, inclusive, por que motivo vários problemas sociais são reiteradamente desconsiderados nas agendas institucionais. Explica Franco que, essencialmente, três são os fatores que influenciam o fluxo da arena política: (i) o clima ou humor nacional da época; (ii) as forças políticas organizadas, como os grupos de pressão<sup>348</sup>; e (iii) as variações decorrentes do próprio governo, como quando há modificações de pessoal em cargos políticos de cúpula.<sup>349</sup>

As etapas seguintes que compõem o ciclo de políticas públicas são: a formulação das alternativas e a tomada de decisão. Nestas etapas, os agentes competentes devem empenhar esforços na combinação de soluções para os problemas. Idealmente, são traçados os principais objetivos, as possíveis estratégias de ataque e

---

<sup>345</sup> Sobre a relação entre a política competitiva, interação dos atores social envolvidos e a repercussão na conformação das políticas públicas, cf. PARADA, Eugenio Lahera. Política Y Políticas Públicas. In. FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique (Orgs.). *Políticas públicas*. Vol. 1. Brasília: Enap, 2006.

<sup>346</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil... Op. Cit.*, p. 27.

<sup>347</sup> KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, Boston: Longman, 1984.

<sup>348</sup> Sobre a prática do *lobby* como mecanismo de pressão de interesses particulares, e sobre a viabilidade ou não de sua regulamentação no Brasil, Cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000; GAZETTO, Andréa Cristina O. *Lobbying* no Congresso Nacional: estratégias de atuação dos grupos de interesse empresariais e de trabalhadores no Legislativo brasileiro. *Revista Espaço Acadêmico*, nº 95 – mensal. Abril, 2009. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/095/95gozetto.htm>; RODRIGUES, Leda Boechat. Grupos de pressão e de governo representativo nos Estados Unidos, Grã-Bretanha e França. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Universidade de Minas Gerais, jun. 1961.

<sup>349</sup> FRANCO, Caroline da Rocha. O modelo de *multiple streams* na formulação de políticas públicas e seus reflexos no Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 169-184, out/dez. 2013, p. 175 e ss.

promovidos os estudos das potenciais consequências de cada abordagem. Como explica Secchi, nestas etapas, é fundamental que os objetivos sejam delineados da maneira mais concreta possível, para que posteriormente seja possível promover-se avaliações internas, e mesmo externas, da eficácia das medidas eleitas pelos gestores da política pública.<sup>350</sup>

Remete-se aqui aos conceitos de discricionariedade administrativa e de escolha ótima para demonstrar os limites impostos pelo Direito às políticas públicas. Como visto, o Direito faz parte da construção das políticas públicas, pelo menos exercendo quatro funções principais. Serve como: (i) objetivo – pautando o norte das ações estatais, que devem estar voltadas à construção de uma sociedade justa e igualitária por meio da concretização dos direitos fundamentais -; (ii) vocalizador de demandas – transmitindo o dever de informação ao Poder Público, bem como de participação dos cidadãos na coisa pública -; (iii) ferramenta e (iv) arranjo institucional – traçando meios e modos de atuação estatal nesta seara, bem como trazendo um mapa de responsabilidades que situam as competências dos agentes a ela relacionados.

Isto quer dizer que, na formulação de alternativas e na tomada de decisão, os agentes públicos não possuem um aval para selecionar aleatoriamente as medidas a serem tomadas a partir de sua opção pessoal. Esta seleção está absolutamente adstrita ao dever de eleição, diante do caso concreto, da solução mais adequada dentre as possíveis. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, o espaço de discricionariedade conferido ao administrador público existe para que este possa amoldar a exigência da lei à realidade do caso concreto. Assim sendo, é evidente que este espaço de escolha somente se justifica para que seja acomodado a cada caso a escolha da providência ótima, ou seja, “daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda”.<sup>351</sup> Não se descuida, portanto, dos limites legais e

---

<sup>350</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas... Op. Cit.*, p. 40-44.

<sup>351</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 400. Para uma reflexão pormenorizada da competência discricionária administrativa conforme os âmbitos da função administrativa, cf. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 125 e ss. Sobre a noção de interesse público, cf. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 44, p. 59-110, 2011; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

constitucionais impostos aos agentes públicos e da escorregadia observação dos princípios administrativo-constitucionais atinentes na escolha das alternativas ideais ao desenvolvimento das políticas públicas.<sup>352</sup>

Em seguida, há a fase de implementação da política pública. Tal fase implica um indispensável arco temporal entre a execução do plano de ação, por parte do Poder Público, e a visualização dos resultados perseguidos por ele. Nesta etapa, como explica Secchi, os processos idealizados nas fases anteriores são colocados em prática, estabelecendo-se a rotina de ações. Trata-se de um lapso temporal destinado ao ajustamento dos agires, à assimilação dos propósitos relacionados no planejamento e até mesmo de modificação do comportamento dos agentes beneficiados.<sup>353</sup>

É certo, pois, que o encadeamento de processos e atos voltados à concretização de direitos fundamentais através das políticas públicas envolvem um necessário *intervalo de maturação* até que o fim pretendido seja alcançado.<sup>354</sup> A observação desta característica, traz consigo, ainda, uma nova constatação: o caráter autovinculante do programa de agir estatal em determinado período de tempo.

Como explica Vanice Regina Lírio do Valle, a definição de políticas públicas pelos agentes eleitos competentes autovincula o agir estatal, dotando de caráter normativo o planejamento das ações em determinado período de tempo. Esta autovinculação é capaz de prevenir a descontinuidade voluntarista e prejudicial aos objetivos do Estado, uma vez que a existência da perspectiva de continuidade de um plano é essencial ao atingimento dos seus fins.<sup>355</sup> A não compreensão desta íntima ligação das políticas públicas com o tempo, segundo Valle, quando realizado qualquer controle, é capaz de provocar conclusões patológicas, uma vez que nem sempre a ausência momentânea de resultados significa um vício de eficiência de determinada política pública.<sup>356</sup>

---

<sup>352</sup> Acerca do princípio da eficiência na concretização dos objetivos constitucionais pela Administração Pública, cf. GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003; GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. Sobre escolha ótima, conferir também GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 137 e ss.

<sup>353</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas... Op. Cit.*, p. 44 e 52.

<sup>354</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 45.

<sup>355</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 44.

<sup>356</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 46.

Note-se que a constatação da existência de um necessário intervalo de maturação entre a concretização de uma política pública e a concretização de seus objetivos não cria uma blindagem inquestionável ao argumento de ausência de tempo para a realização das medidas elaboradas pelo Poder Público. Da mesma forma, a ideia de autovinculação do planejamento estatal e da perspectiva de continuidade das políticas públicas também não constituem uma previsão inquestionável das tarefas estatais. Questionada determinada política pública judicialmente, por exemplo, não basta que o ente responsável se limite a demonstrar que as prestações envolvem decurso do tempo e que planejamentos foram realizados. Exige-se, ao contrário, uma explanação precisa de todos os elementos que dizem respeito à implementação da política pública, bem como a comprovação da movimentação de esforços destinados a concretização do fim almejado, que deverá ser especificado concretamente e a partir da escolha mais apta a concretizar os objetivos constitucionais.<sup>357</sup>

A atenção à fase de implementação de políticas públicas tem importância também para que seja possível visualizar os obstáculos e falhas que normalmente acometem a execução das políticas públicas. Como argumenta Virgílio Afonso da Silva, vasta gama dos problemas relacionados à efetividade dos direitos fundamentais decorre diretamente dos desvios na execução dos planos relacionados às políticas públicas, e não de sua elaboração propriamente dita.<sup>358</sup> A diferenciação entre déficits relacionados ao inadequado planejamento das políticas públicas (sua omissão ou insuficiência) e os problemas relacionados à sua má execução é fulcral para o refinamento do controle dos agires estatais, seja ele judicial ou não.

Finalmente, há as fases de avaliação e extinção das políticas públicas, que completam a análise do *policy cycle*.

Como explica Leonardo Secchi, a fase de avaliação não se organiza exatamente em momento posterior às demais fases já examinadas. O balanço da eficácia das medidas relacionadas ao ciclo de políticas públicas é realizado antes, durante e após a implementação das ações estatais. A avaliação se volta à análise do desempenho conformativo da política pública, bem como de sua capacidade para gerar bons

---

<sup>357</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 74.

<sup>358</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas... Op. Cit.*, p. 598.

resultados. Compreende a definição de indicadores, padrões e critérios – tais como a economicidade, a eficiência econômica e administrativa, a eficácia -, e sua confrontação com a realidade concreta.<sup>359</sup>

Pode-se dizer que uma avaliação focada nos aspectos jurídicos de uma política pública centrará a análise, basicamente, na verificação da sua compatibilidade com o ordenamento jurídico – em todos os aspectos relacionados no ponto 2.1.1 deste estudo, bem como na sua eficiência administrativa. No entanto, é certo e mesmo desejável que os operadores utilizem de dados e parâmetros como os acima elencados em busca da verificação mais precisa possível da aptidão da política pública para promoção dos direitos fundamentais, tanto no controle interno da Administração Pública, quanto no externo, por meio, por exemplo, do controle judicial. Como assinala Maria Paula Dallari Bucci, não raro a finalidade bem intencionada das ações estatais não se concretizam, ou pouco modificam o plano da realidade, evidenciando a “*eficácia simbólica da política pública*”.<sup>360</sup>

Segundo Eduardo Secchi, a avaliação de uma política pública pode levar à: (i) continuação da política pública da forma que está conformada, nos casos em que as adversidades de implementação são diminutas; (ii) a reestruturação de certos aspectos da política pública, quando seja suficiente para a eficiência dela; (iii) extinção da política pública, quando o problema já foi resolvido, ou quando a ação se revela ineficiente.<sup>361</sup>

Conclui-se, até este ponto, que as políticas públicas conformam ações estatais ligadas intrinsecamente ao Direito. Trata-se de um conjunto não homogêneo de agires estatais, que envolvem ações tanto do Poder Legislativo quanto do Poder Executivo consistentes destinadas à efetivação dos direitos e objetivos traçados pela Constituição Federal. Além disso, que tais políticas devem ser compreendidas a partir de suas características inerentes: a processualidade e a continuidade. Trata-se de reconhecer que

---

<sup>359</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas... Op. Cit.*, p. 45-60.

<sup>360</sup> Sobre o tema, cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 55 e ss. Adverte Lenaura Lobato que, no Brasil, assim como muitos outros países de economia retardatária, as políticas sociais não se efetivaram plenamente porque a incorporação de demandas sociais se deu de forma alienada. A universalização de bens sociais não passou pela cidadania, mas pela extensão de privilégios. Cf. LOBATO, Lenaura. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 309.

<sup>361</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas... Op. Cit.*, p. 51.



a conformação das políticas públicas envolvem uma série de processos juridicamente articulados e que envolvem um necessário período de maturação.

Dentre estas etapas, parece oportuno destacar o processo orçamentário, já que é através dele que é materializada a divisão dos recursos públicos destinados ao atendimento dos direitos fundamentais. Como explica Flávio Galdino, na medida em que o Estado se movimenta e promove suas ações em razão dos recursos disponíveis, é possível se concluir que “os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”.<sup>362</sup> Além disso, dá-se ênfase a este processo, dentre os inúmeros outros processos atinentes às políticas públicas enumerados anteriormente, em decorrência de três fatores principais.

O primeiro deles é que, no controle judicial de políticas públicas, invariavelmente o argumento da escassez de recursos é levantado para justificar a não concretização de direitos fundamentais. Também para ressaltar os supostos perigos da intervenção jurisdicional no planejamento estatal. Faz-se necessário, pois, deter o olhar sobre este processo, eis que através dele que se revela possível examinar concretamente a gravidade de tais assertivas, que, adianta-se, são pertinentes e não devem ser desconsideradas do debate sobre o tema.

Em segundo lugar, porque, conforme se verá a seguir, parcela da doutrina defende que o controle judicial de políticas públicas deve se deter ao controle judicial do orçamento, de modo a compelir o Poder Público a realizar os gastos por ele especificados nas peças orçamentárias, ou adequar as futuras peças aos comandos constitucionais. Sob este raciocínio, defende-se que o Poder Judiciário estaria atuando sem prejudicar o espaço de legitimidade dos demais Poderes, porque se limitaria a obrigar os Poderes eleitos a atuarem a partir das provisões de recursos por eles próprios estatuídas. Para que seja realizada a reflexão sobre este ponto de vista, também parece pertinente uma aproximação teórica do processo orçamentário.

Em terceiro lugar, por fim, ressalta-se a necessidade desta análise em decorrência do fato de que, no Brasil, conforme se verá, o orçamento é considerado majoritariamente como meramente autorizativo. Esta compreensão vem sendo

---

<sup>362</sup> GALDINO, Flávio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro Renovar, 2002, p. 258.

combatida, eis que o manejo dos recursos públicos pelo Estado tem se revelado inadequado, compondo uma das importantes causas de ineficiência do Poder Público na concretização dos direitos fundamentais.

### 2.1.3 O orçamento público na concretização das políticas públicas

Uma pesquisa elaborada pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário – IBPT revelou que no Brasil, em 2013, houve considerável arrecadação tributária pelo Estado. Segundo a pesquisa, o total da arrecadação foi de aproximadamente R\$ 1,7 trilhão de reais, o que quer dizer que, em média, cada cidadão desembolsou R\$ 8.200,00 para os cofres públicos.<sup>363</sup> Tais dados revelam que a organização estatal brasileira funda-se em um modelo de “Estado Fiscal”, em que as finanças públicas estão fundadas principalmente no ingresso de valores decorrentes do patrimônio dos contribuintes, como explica Alceu Maurício Junior.<sup>364</sup>

Em contrapartida, a partir de dados do Censo 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE identificou que 16.267.197 pessoas vivem com renda per capita mensal de até R\$ 70,00 no Brasil<sup>365</sup>, o que demonstra a condição precária em que sobrevivem muitos brasileiros, atualmente. Junte-se a este outros também bastante marcantes: estima-se que existam, no país, 14,1 milhões de analfabetos, e pelo menos 20,3% de analfabetos funcionais (percentual de pessoas de 15 anos ou mais de idade

---

<sup>363</sup> Os dados estão disponíveis em <https://www.ibpt.org.br/img/uploads/novelty/estudo/1238/ESTUDOIMPOSTOMETROR1TRILHAO270820132.pdf>, acesso em: 31 de janeiro de 2024.

<sup>364</sup> Como aponta Alceu Maurício Jr. a respeito da distinção entre Estado Patrimonial e Estado Fiscal, aquele “retirava seu suporte financeiro das receitas de seu patrimônio ou propriedade e dos rendimentos da atividade comercial e industrial por ele desenvolvida.” No Estado Fiscal, diferentemente, “o pilar das finanças deixa de repousar no patrimônio do príncipe e se funda nos ingressos derivados do trabalho e do patrimônio do contribuinte. Com a queda do absolutismo e o triunfo do liberalismo, e ressaltando-se os raros estados comunistas, petrolíferos e dependentes do jogo, o Estado Fiscal se torna a característica do estado moderno.” MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 83-84.

<sup>365</sup> A notícia foi publicada no seguinte endereço virtual: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/05/03/distribuicao-de-renda-reduz-desigualdade-no-pais-ao-menor-nivel-da-historia-diz-fgv>, acesso em 30 de abril de 2012. Os dados do estudo podem ser conferidos em BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Síntese dos Indicadores de 2009. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad\\_sintese\\_2009.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf), acesso em 4 de janeiro de 2012.

com menos de quatro anos de estudo).<sup>366</sup> Além disso, o IBGE alerta que 40% da população brasileira se encontra em situação de “insegurança alimentar”, ou seja, que não têm garantia de que obterão alimentação em quantidade, qualidade e regularidade desejáveis.<sup>367</sup>

Estudo ainda mais recente, divulgado pelo IBGE em 2012, explicita uma outra estatística alarmante acerca das condições de vida dos brasileiros: em 2011, 48,5% das crianças de até 14 anos de idade (21,9 milhões) residiam em domicílios em que pelo menos um serviço de saneamento (água, esgoto ou lixo) não era adequado. Nestes casos, ao menos uma destas situações se configurava: ou não havia abastecimento de água por meio de rede geral, ou o esgotamento sanitário não se dava via rede geral ou fossa séptica ligada à rede coletora, ou o lixo não era coletado. Para cerca de 4,8 milhões de crianças (10,7% do total deficitário), nenhum destes três serviços ligados ao saneamento básico estava presente. Isto quer dizer que quase 5 milhões de crianças vivem em ambientes insalubres, absolutamente expostas a riscos de várias espécies de doenças no Brasil.<sup>368</sup>

É fato que, em qualquer realidade sócio-histórica, o total arrecadado por tributos, apesar de considerável, exige uma adequada repartição entre as variadas finalidades constitucionais. Trata-se de lógica inexorável: a implementação de atividades estatais, notadamente aquelas ligadas a prestações materiais, demanda a aplicação de recursos públicos; estes que, no Brasil, são extraídos majoritariamente por meio da arrecadação tributária em face dos contribuintes. Assim, a atuação do Poder Público possui um horizonte definido, contrabalançando de um lado a sua capacidade de obtenção de recursos, e de outro a necessidade de concretização de finalidades assinaladas na Constituição Federal.

---

<sup>366</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Síntese dos Indicadores de 2009. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad\\_sintese\\_2009.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2009/pnad_sintese_2009.pdf), acesso em 4 de janeiro de 2012.

<sup>367</sup> Dados disponíveis em: [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=600](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=600), acesso em 30/04/2012.

<sup>368</sup> BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsois2012/default.shtm>, acesso em 03 de dezembro de 2013.

É nesta lógica que se insere a formulação e efetivação de políticas públicas, que exige em seu ponto de partida a alocação de recursos suficientes ao enfrentamento dos objetivos que serão perseguidos pelo Estado, a partir do que prescreve o texto constitucional. Formular e executar políticas públicas é, antes de tudo, uma decisão sobre finalidades a serem alcançadas e a destinação de recursos aptos a satisfazê-las. O orçamento público e as políticas públicas, portanto, estão intimamente ligados.<sup>369</sup>

Ainda, não se pode olvidar que, como visto anteriormente, o horizonte prestacional dos direitos fundamentais é infinito, sendo sempre possível entregar mais e melhores prestações. Clèmerson Merlin Clève atesta tal fato, quando utiliza a metáfora do cobertor curto para fazer remissão aos limites do orçamento público brasileiro. A metáfora retrata um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todo o corpo de determinado indivíduo: ao cobrir os pés, deixa ao relento as mãos, e se cobre as mão, falta proteção aos pés.<sup>370</sup> Neste caso, tendo em vista o inevitável fato de que os recursos são escassos e que as necessidades são infinitas, cabe aos Poderes constituídos discutir qual a forma mais adequada de investir os recursos, decisão que necessariamente deve ter como norteador o texto constitucional.

Uma primeira comparação dos dados acima apresentados, no entanto, demonstra, ao menos sintomaticamente, que as políticas públicas brasileiras não têm sido suficientes a suprir as necessidades mais básicas dos indivíduos. Muitos brasileiros vivem em condições de miséria, alienados do debate político e inaptos a demandarem uma atuação mais eficiente dos seus representantes. De outra via, pode-se dizer que a arrecadação tributária brasileira é considerável. Em tese, o montante arrecadado pelo Poder Público tem a possibilidade de, ao materializar políticas públicas eficientes, promover mudanças significativas no plano da realidade.

Confirma esta afirmação o estudo comparado apresentado pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em 2012, na ocasião da confecção do relatório que analisou as contas do Governo Federal (TC 006.617/2013). A pesquisa realizou, em relação ao

---

<sup>369</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 243. Ricardo Lobo Torres, ainda, qualifica o relacionamento entre políticas públicas e orçamento como dialético: “o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 110.

<sup>370</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória... Op. Cit.*, p. 26.

exercício fiscal de 2009, a comparação dos percentuais obtidos a partir do quociente entre a receita tributária e o Produto Interno Bruto (PIB) de 29 países. Segundo os dados apresentados, o Brasil ocupa a 9ª posição em arrecadação tributária (33,70%), superando a de países como Estados Unidos (24,12%), Canadá (32,01%), Austrália (25,94%) e Japão (26,94%). Dentre os países elencados na pesquisa, a Dinamarca e a Suécia lideram com os maiores percentuais (48,09% e 46,74%, respectivamente), e a Venezuela, por sua vez, possui a menor arrecadação (14,43%).<sup>371</sup>

A ideia de orçamento surgiu a partir da busca pela limitação do arbítrio no uso do patrimônio público. E, na transição do Estado liberal para o Estado social, houve modificação da função estatal. Antes o Estado deveria ser garantidor da liberdade individual e da mínima intervenção nos direitos dos cidadãos, e, depois, responsável por exercer funções específicas para obtenção das metas predeterminadas pelo povo. Firmou-se com o decorrer do desenvolvimento do Estado social a ideia de que as despesas públicas deveriam estar sujeitas à aprovação prévia.<sup>372</sup>

O planejamento orçamentário brasileiro, conforme disposto na Constituição Federal em seu Art. 165, é realizado por meio de três instrumentos: do Plano Plurianual (PPA), o Plano de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), todas de iniciativa do Poder Executivo, conforme preconiza o *caput* do referido artigo.<sup>373</sup> Ressalta-se que cada ente da Federação (União, Estado, o Distrito Federal e cada Município) possui o seu próprio planejamento, que envolve, por sua vez, a confecção destas três previsões normativas.

Como retrata José Afonso da Silva, a Constituição Federal de 1988 conferiu um desenho efetivamente moderno ao processo orçamentário brasileiro. O orçamento, considerado a partir de seus três instrumentos (PPA, LDO e LOA), confere amplas

---

<sup>371</sup> Integraram a pesquisa os seguintes países: Dinamarca, Suécia, Itália, Noruega, Finlândia, França, Alemanha, Reino Unido, Brasil, Canadá, Nova Zelândia, Argentina, Israel, Espanha, Portugal, Suíça, Rússia, Irlanda, Japão, Austrália, Coreia, Estados Unidos, China, Uruguai, Chile, México, Colômbia, Peru, Venezuela. Seu inteiro teor encontra-se disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2012/docs/RELATORIO-MIN-JJ-2013-5-23.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2012/docs/RELATORIO-MIN-JJ-2013-5-23.pdf)>, acesso em 31 de janeiro de 2014.

<sup>372</sup> CANELA JUNIOR. Osvaldo. O Orçamento, e a Reserva do Possível: Dimensionamentos no Controle Judicial de Políticas Públicas. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 226 e 229. Sobre a origem histórica do orçamento, cf. GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

<sup>373</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

possibilidades de implantação de um sistema orçamentário interligado, integrado e planejado: o orçamento-programa. Esta concepção compreende que o orçamento configura mais do que um mero documento contábil, que se limita à mera compilação de receitas e despesas. Pelo contrário, trata-se de uma superposição de níveis de planejamento que exige uma continuidade permanente, em que “os planos mais gerais ou globais abrangem os mais concretos e a execução destes leva à materialização daqueles”.<sup>374</sup> A função essencial do orçamento, portanto, é a de tornar possíveis os objetivos constitucionais no tempo, através do planejamento e adequação entre a arrecadação e distribuição das receitas entre os planos de ação estatal da maneira mais justa e eficiente possível.<sup>375</sup>

O PPA deve abarcar os objetivos e metas da Administração Pública, constando de maneira regionalizada o planejamento sobre as despesas de capital e sobre as despesas ligadas a programas de duração continuada (Art. 165, § 1º da Constituição Federal). Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no Plano Plurianual (Art. 167, § 1º da Constituição Federal). O PPA representa o instrumento mais geral de planejamento orçamentário, cujas disposições vinculam a elaboração da LDO e da LOA.<sup>376</sup>

A seu turno, a Lei de Diretrizes Orçamentárias possui a função de delimitar as metas e prioridades da Administração Pública, prevendo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente e orientando a elaboração da Lei Orçamentária Anual. Ainda, cabe à LDO dispor sobre alterações legislativas em matéria tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (Art. 165, § 2º da Constituição Federal).

Finalmente, a Lei Orçamentária Anual é a peça em que convergem e se concretizam os elementos de planejamento estabelecidos no PPA e na LDO, definindo-

---

<sup>374</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 737.

<sup>375</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento, e a Reserva do Possível: Dimensionamentos no Controle Judicial de Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 231.

<sup>376</sup> Há divergência na doutrina pátria quanto ao caráter vinculativo do PPA sobre a LDO e a LOA. Para Alceu Maurício Jr., o Plano Plurianual possui efeito vinculante sobre a atuação do Poder Legislativo na elaboração das demais leis orçamentárias. Diferentemente, Ricardo Lobo Torres entende que não há vinculação: o PPA representaria mera orientação ao órgão legislativo para a confecção da LDO e da LOA. Cf. MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias...* *Op. Cit.*, p. 91; TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 64.

se como ocorrerá a alocação dos recursos públicos em cada exercício financeiro. A LOA compreende o orçamento fiscal dos órgãos e entes dos Poderes Públicos, o orçamento de investimento das empresas estatais, e o orçamento da seguridade social, abrangidos todos os órgãos e entes a ela vinculados (Art. 165, § 5º da Constituição Federal).

No Brasil, o entendimento doutrinário prevalecente é o de que o orçamento público possui a natureza jurídica de lei em sentido formal. Isto quer dizer que, embora a peça orçamentária seja aprovada mediante processo legislativo, os agentes têm o poder de não gastar o que foi por ele autorizado.<sup>377</sup> Segundo Ricardo Lobo Torres, por exemplo, “a teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, (...) é a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro”.<sup>378</sup>

No mesmo sentido encontra-se a posição do Supremo Tribunal Federal, que inclusive proferiu tradicionalmente entendimento pela impossibilidade de realização de controle de constitucionalidade concentrado de lei orçamentária, eis que tal diploma normativo conformaria apenas lei de efeitos concretos – desprovida de abstração e generalidade. Somente em 2008 houve uma mudança de posição acerca da matéria, quando, no julgamento da medida cautelar na ADI 4.048, de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, entendeu-se pelo cabimento, por via abstrata, de controle de constitucionalidade de lei de efeito concreto. Prevalece, mesmo assim, o entendimento da natureza meramente formal das leis orçamentárias.<sup>379</sup>

---

<sup>377</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís. A ineficiência do orçamento público impositivo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 127-144, out./dez. 2009, p. 131.

<sup>378</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. 5. São Paulo: Renovar, 2008, p. 96. Aliomar Baleeiro destaca uma série de peculiaridades da lei orçamentária em comparação com as demais leis, dentre elas, a competência privativa do chefe do Poder Executivo para a sua iniciativa e a existência de prazos diferenciados para a sua remessa, aprovação e sanção. Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 438 e ss. Sobre o tema, cf. também MEIRELLES, Hely Lopes. *Finanças Municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 160.

<sup>379</sup> Para uma análise mais detida do percurso jurisprudencial a este respeito, cf.: NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David. O Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 203-214. SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2011, 155 e ss. Clèmerson Merlin Clève defende que as leis formais (constantes do Art. 59 da CF) podem ser objeto de impugnação no controle abstrato mesmo quando veiculem dispositivos de efeitos concretos. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Sobre o assunto, cf. também MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1193-1196.

Em sentido contrário, no entanto, ecoam na doutrina vozes que atentam para a necessidade de desmistificação da ideia de que o orçamento possui o caráter meramente autorizativo. Segundo Clèmerson Merlin Clève, sendo o orçamento um programa, não há como defender seu caráter não vinculante. Para o constitucionalista, “O orçamento é lei que precisa ser cumprida pelo Poder Executivo.”<sup>380</sup> Na mesma posição encontra-se Adilson Abreu Dallari, que corrobora a compreensão de que decorre da própria Constituição Federal o caráter impositivo do orçamento.<sup>381</sup>

No entanto, em vista do entendimento majoritário (de natureza meramente autorizativa do orçamento) e principalmente em decorrência do fato de que não há um rígido controle da execução orçamentária, não raro o Poder Público promove contingenciamentos arbitrários.<sup>382</sup> Não bastasse isso, a própria conformação do orçamento denota claramente a flagrante despreocupação do Poder Público em relação à destinação de verbas públicas à concretização das políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais. Nos últimos anos, como atenta Clèmerson Merlin Clève, o Estado brasileiro, ao invés de se apresentar como um instrumento de realização das promessas constitucionais, tem se portado como um aparelho de direcionamento dos recursos da sociedade ao mercado financeiro, em especial aos títulos da dívida pública.<sup>383</sup>

Sobre o tema, estudo elaborado pela associação “Auditoria Cidadã da Dívida” é revelador. A partir de dados colhidos no site da Câmara dos Deputados, a associação noticiou que o Governo Federal enviou ao Congresso Nacional a previsão orçamentária para 2014 com a impressionante destinação de R\$ 1,002 trilhão de reais para o pagamento de juros e amortizações da dívida (considerado o “refinanciamento” ou “rolagem” da dívida, pois o governo contabiliza grande parte do pagamento de juros

---

<sup>380</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Desafios da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441). Acesso em: 04 de novembro de 2013.

<sup>381</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Orçamento impositivo. In. CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 325. Registre-se que há autores que compreendem que apenas parte do orçamento é impositivo, como Eduardo Bastos de Mendonça. Segundo Mendonça, apenas são impositivas obrigações constitucionais ou legais, como as impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal ou do artigo 168 da Constituição Federal. Cf. MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – Devido Processo Orçamentário e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 73 e ss.

<sup>382</sup> Clèmerson Merlin Clève, neste aspecto, chama a atenção para a imperiosa necessidade de que a peça orçamentária seja elaborada e controlada por meio da participação popular. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 105.

<sup>383</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Idem*, p. 107.



como “refinanciamento”). Isto corresponde a 42,42% de todos os recursos públicos para o respectivo exercício financeiro, que possui a previsão total de R\$ 2,361 trilhão.

As demais rubricas restam, por certo, absolutamente sacrificadas em decorrência disso. Do montante total, para exemplificar, segundo os dados apresentados pelo estudo, apenas 0,37% serão destinados para a Ciência e Tecnologia; 0,15% para saneamento; 0,35% para a segurança pública; 3,91% para a saúde; 0,02% para habitação; 3,44% para a educação; 1,03% para o transporte; e 0,07% para a Energia.<sup>384</sup> O percentual pouco elevado das verbas destinadas à proteção de direitos fundamentais aliado à prática de contingenciamentos confirma o desprestígio do Estado em atender de maneira satisfatória as necessidades mínimas relacionadas aos direitos fundamentais.

Segundo Eduardo Mendonça, a execução do orçamento no Brasil, em virtude dos intensos contingenciamentos, assume um caráter aleatório, sobretudo em decorrência da ausência de motivação formal das retenções. A partir de uma análise minuciosa do orçamento anual federal do ano de 2005 (LOA), Mendonça concluiu que, em praticamente todos os setores relacionados diretamente aos direitos fundamentais, os contingenciamentos foram vultosos. Naquele ano, por exemplo, o programa de promoção e defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente teve apenas 36,32% do seu planejamento inicial cumprido – apenas R\$ 9.643.302 dos R\$ 26.550.000 fixados na LOA. Da mesma forma, o setor responsável pelo saneamento ambiental urbano teve a ele destinado apenas 28% do valor inicial previsto – R\$ 94.440.080 deixaram de ser aplicados.<sup>385</sup> E esta prática parece se repetir ao longo dos anos: dados divulgados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão atestam que, em 2012, o Governo

---

<sup>384</sup> Os dados foram colhidos do site da Câmara dos Deputados: [http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2014/Proposta/projeto/volume1/04\\_quadros\\_cons\\_desp.pdf](http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2014/Proposta/projeto/volume1/04_quadros_cons_desp.pdf), págs. 91,175 e 183 e convertidos em percentuais pela Auditoria Cidadã da Dívida. Cf. FATTORELLI, Maria Lucia. Dívida consumirá mais de um trilhão de reais em 2014. Disponível em: <http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Artigo-Orcamento-2014.pdf>, acesso em 25 de novembro de 2013.

<sup>385</sup> Há muitos outros casos revelados neste estudo, que podem ser conferidos em: MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 239-240.

Federal realizou cortes nos orçamentos da saúde e da educação que, juntas, somaram mais de R\$ 7,4 bilhões.<sup>386</sup>

Coroando a cultura de desprezo pelo orçamento, há que se mencionar a repetida abertura indevida de créditos extraordinários por meio de medidas provisórias pelo Poder Executivo. Como explica Kiyoshi Harada, embora haja decisões proferidas pelo STF condenando esta prática, ela continua sendo feita para custear despesas que não tem qualquer urgência ou imprevisibilidade. Ilustra-se com um caso bastante recente: a medida provisória 616 de 2013, que se converteu na Lei n 12.861 de 14 de agosto de 2013, abriu, sem apontar qualquer fonte de custeio ou motivação, nada menos do que R\$ 3.9 bilhões em crédito extraordinário aos Ministérios do Desenvolvimento Agrário, da Defesa e da Integração Nacional.<sup>387</sup>

Sobre o assunto, ainda, vale ressaltar que tramita no Congresso Nacional Proposta de Emenda à Constituição (PEC n. 565/06 e apensadas) que prevê o orçamento impositivo. Tal proposta visa a assegurar a execução obrigatória das emendas parlamentares individuais no Orçamento da União e enquadradas em programação prioritária definida na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Embora, como visto, a doutrina já sustente o caráter obrigatório do orçamento, por imposição constitucional, a aprovação do orçamento impositivo pode ser capaz de combater a prática indiscriminada dos contingenciamentos por parte do Executivo.<sup>388</sup>

Enquanto isso, observa-se que as políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais muitas vezes deixam de se tornar realidade, ou de suprir suficientemente as necessidades básicas de existência digna dos cidadãos, por conta de um sistema

---

<sup>386</sup> A notícia foi divulgada no seguinte sítio eletrônico: <http://www.orcamentofederal.gov.br/clipping/2012/fevereiro/saude-perde-r-5-4-bi-em-corte-de-gastos-da-uniao>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2014.

<sup>387</sup> HARADA, Kiyoshi. *Orçamento impositivo. Exame da PEC n. 565/06*. Disponível em: Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,orcamento-impositivo-exame-da-pec-no-56506,44979.html>, acesso em 03 de dezembro de 2013. Segundo o autor, seria o caso, inclusive, de aplicação do Art. 85, VI da CF, que considera como crime de responsabilidade o atentado à lei orçamentária.

<sup>388</sup> HARADA, Kiyoshi. *Orçamento impositivo... Op. Cit.* Em sentido oposto, Rodrigo Luís Kanayama critica a ideia de orçamento impositivo. Para o autor, a despeito de bem intencionada, a medida pode trazer inúmeros empecilhos ao ordenamento jurídico. Ademais, segundo Kanayama, a não efetividade dos direitos sociais “não reside unicamente na execução dos planos orçamentários, mas também em sua própria feitura. A elaboração, o planejamento, são disciplinas ignoradas pelos gestores públicos, pois de nada resolve planejar mal e ser obrigado a executar esse plano”. Para o conhecimento mais detalhado da crítica, Cf. KANAYAMA, Rodrigo Luís. A ineficiência do orçamento público impositivo... *Op. Cit.*, p. 128-130. Sobre o tema, conferir também, TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário... Op. Cit.*, p. 338 e ss.

orçamentário que aceita a inexecução ampla e imotivada do orçamento.<sup>389</sup> Os cortes são comuns e atingem áreas em que a atuação do Estado é manifestamente deficiente, como a segurança pública, a saúde e a educação. Em decorrência disso, cada vez mais se busca, através do Poder Judiciário, a tutela de direitos preteridos.

Pode-se concluir, do panorama exposto, que o inadequado manejo do orçamento pelo Estado constitui um considerável nóculo impeditivo à concretização dos direitos, e que deve receber atenção por aqueles que operam o controle de políticas públicas. Tal constatação indica a necessidade de uma visão bastante aclarada da realidade acerca da escassez de recursos. A má distribuição das rubricas orçamentárias, bem como a prática de contingenciamento evidenciam que, muitas vezes, os direitos fundamentais acabam preteridos não em decorrência da carência, mas da inadequada distribuição dos recursos materiais de que o Estado dispõe para cumprir os seus deveres constitucionais.

Isto não quer dizer, ressalte-se, que a realidade de escassez de recursos não deva merecer atenção, como se não existisse. A limitação dos recursos frente às necessidades humanas configura um fato do qual não há como se escapar.<sup>390</sup> No entanto, conforme se argumentará com maior rigor no ponto 2.2.3, ela não pode ser utilizada como um argumento genérico pelo Poder Público, mas como uma determinante que imponha prudência e responsabilidade na busca pela melhor alocação possível do dinheiro da coletividade.<sup>391</sup>

Vale ressaltar, no entanto, que, como visto anteriormente, o processo orçamentário se conforma como um entre os vários processos atinentes à conformação e implementação das políticas públicas. Há respeitável doutrina que aponta que a melhor maneira de realizar o controle judicial de políticas públicas é através do orçamento. Há, contudo, razões bastante claras para que não seja considerada a única forma de controle judicial das *policies*. Este assunto será mais bem tratado no ponto 2.2.2. Passa-se à análise, no tópico a seguir, do controle jurisdicional de políticas públicas.

---

<sup>389</sup> MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 233.

<sup>390</sup> GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad...* *Op. Cit.*, p. 62 e ss.

<sup>391</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 29.

## 2.2 O controle jurisdicional de políticas públicas

Conforme se observou até aqui, as políticas públicas consistem em um conjunto heterogêneo de ações estatais e possuem um caráter dinâmico e complexo. Ademais, que as políticas públicas são o mecanismo por excelência da concretização dos direitos fundamentais pelo Estado, pois é por meio delas que são organizadas e implementadas as pretensões destinadas à concretização dos objetivos constitucionais.<sup>392</sup> No entanto, como demonstrado, pesquisas recentes revelam que, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha significado um marco fundamental para a construção de uma sociedade justa e igualitária no Brasil, a miséria e a exclusão permanecem resistentes no plano concreto. A via judicial, assim, tem sido o caminho de busca por cidadania, um verdadeiro *muro das lamentações* da sociedade, na expressão de Antonie Garapon.<sup>393</sup>

Segundo Vanice Regina Lírio do Valle, o Poder Judiciário, mesmo muitas vezes sem ideia da dimensão integral do problema da ineficiência estatal, tem optado por abraçá-lo, “chamando para si a possibilidade de intervir, controlar e mesmo (ocasionalmente) formular políticas públicas”.<sup>394</sup> Como argumenta Cláudio Pereira de Souza Neto, a judicialização das políticas sociais tem significado um indiscutível avanço na efetivação das promessas constitucionais, impedindo que a Constituição de 1988 tenha uma função meramente simbólica, destino este dos demais textos constitucionais brasileiros.<sup>395</sup>

Não obstante esta crescente judicialização, é necessário partir de alguns pressupostos balizadores da reflexão que segue. O primeiro deles é que o Poder Judiciário não deve ser considerado o protagonista da mudança social, o oráculo da

---

<sup>392</sup> Para Thiago Lima Breus, “(...) erigir as políticas públicas como mecanismo por excelência da ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico de efetivação das normas constitucionais, em especial do Direitos Fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados” Cf. BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Curitiba, 2006, 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 173-174.

<sup>393</sup> GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>394</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 118.

<sup>395</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 546.

verdade. Deve sim ser considerado uma das vias possíveis, dentre outras (como o controle político ou social), de realinhamento das condutas estatais em prol da modificação de ambientes em estado de inconstitucionalidade. O ideal nesta seara, portanto, é que o Poder Judiciário sirva como um mecanismo propulsor de melhores escolhas dos representantes eleitos. Este pressuposto evita que sejam defendidas posturas por parte dos órgãos judiciais que se limitem a definir acriticamente caminhos para a Administração Pública, traçando autoritariamente planejamentos a respeito de políticas públicas.

O segundo pressuposto que contorna a reflexão é o de que não é qualquer tipo de intervenção judicial que se revela apta a efetivar direitos fundamentais. Não se trata, pois, de se defender simplesmente a possibilidade de o Judiciário garantir todas as tutelas acerca de direitos fundamentais submetidas ao crivo do magistrado. Pelo contrário, defende-se a necessidade de busca de uma atuação racionalizada do juiz, tendo em vista o risco de ocorrer um *ativismo judicial despreparado*. Virgílio Afonso da Silva utiliza esta expressão para definir um comportamento jurisdicional que, na ânsia de garantir a tutela dos direitos, tem promovido uma crescente desorganização da atividade estatal e a redistribuição irracional dos recursos disponíveis.<sup>396</sup> Os excessos praticados pelos juízes, em verdade, são capazes de aprofundar ainda mais as disfunções da Administração Pública brasileira.<sup>397</sup>

Neste sentido – de necessária investigação de critérios racionais de controle judicial de políticas públicas – se desenvolve a segunda parte deste capítulo. O ponto 2.2.1 trará problematizações a respeito da perspectiva sobre a qual o controle de políticas públicas deve ser visualizado pelo Judiciário, promovendo diferenciações baseadas na existência ou não de determinada política pública, e na possibilidade de sua avaliação a partir das ideias de autovinculação e heterovinculação, conceitos este desenvolvidos por Vanice Regina do Valle. Por sua vez, o ponto 2.2.2 apresentará o enfoque doutrinário que advoga pela restrição do controle de políticas públicas ao controle do orçamento, bem como as críticas a este posicionamento. Em seguida, o tópico 2.2.3 tratará dos conceitos da reserva do possível e do mínimo existencial, mecanismos de delimitação

---

<sup>396</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 596.

<sup>397</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 546.

da esfera de legitimidade de atuação do Poder Judiciário bastante consagrados nas decisões judiciais que dizem respeito à concretização dos direitos fundamentais.

### *2.2.1 Fundamentos jurídicos legitimadores da atuação do Poder Judiciário e o objeto do controle judicial em matéria de políticas públicas*

Conforme visto nos pontos anteriores, o que a Constituição Federal deseja é que os Poderes eleitos – Poder Executivo e Poder Legislativo – desenvolvam satisfatoriamente as suas funções, dentre elas a de formulação e implementação de políticas públicas. Há políticas públicas que já possuem características determinadas no texto constitucional e aquelas reservadas à deliberação através da política competitiva, as quais, por certo, devem ser consubstanciadas a partir do arcabouço normativo constitucional.<sup>398</sup> A Constituição, como reserva de justiça, tem pretensão de eficácia, e adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão.<sup>399</sup>

Como bem salienta Eduardo Cambi, a incapacidade do Estado para gerir as políticas públicas se mostra ainda mais perversa em países com grande desigualdade social, uma vez que ocorre um fenômeno de esvaziamento das classes sociais mais abastadas do espaço público.<sup>400</sup> Os cidadãos menos privilegiados, acabam por usufruir de serviços públicos de qualidade baixa, enquanto aqueles que ocupam classes mais endinheiradas não se valem desses recursos, pois criam “*feudos* privados, onde a política é substituída pela vigilância contratada, a escola pública pela privada, o sistema de saúde, por planos de assistência médica, o crédito estatal pelo privado e até a justiça pública pela privada”.<sup>401</sup>

<sup>398</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 54. Sobre a maximização dos direitos fundamentais sociais pela via administrativa, cf. HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, p. 340-399, 2013.

<sup>399</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991, p. 16-19.

<sup>400</sup> Michael Sandel, no campo da Filosofia Política, também atenta para os malefícios do esvaziamento do público por aqueles que detêm capacidade financeira para acessar a bens como educação e saúde. Para o filósofo, tal quadro é problemático e indesejado porque, além de agravar a distinção dos cidadãos pela capacidade econômica de cada um, aniquila os sentimentos de comunidade e solidariedade fundamentais à busca da justiça. Cf. SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

<sup>401</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 501.

Assim, a atuação da jurisdição constitucional, mais do que aferir a compatibilidade da norma infraconstitucional com a Constituição, deve ser capaz de impulsionar os Poderes eleitos de maneira a proporcionar a máxima concretização dos direitos fundamentais, em benefício principalmente dos cidadãos que sequer gozam de condições mínimas de existência digna.<sup>402</sup> Segundo Sergio Cruz Arenhart, sempre que a atuação das demais esferas de competência do Estado seja contrária às diretrizes principiológicas constitucionais, o Poder Judiciário deve se impor, coibindo a ilegalidade e apontando o caminho correto da atividade do Estado. Esta prática, inclusive, já se manifesta de maneira corriqueira no expediente forense.<sup>403</sup>

O controle jurisdicional, portanto, é mecanismo subsidiário de atuação do Estado. Apresenta-se como uma alternativa secundária. Quando o agir estatal se distancia dos objetivos constitucionais, é cabível a intervenção.<sup>404</sup> Como explica Daniel Sarmiento, a afirmação da sindicabilidade jurisdicional dos direitos sociais – e das políticas concretizadoras deles – parece já ter produzido certo consenso doutrinário no Brasil. O foco atual, explica o autor, deve ser o de busca da racionalização deste processo.<sup>405</sup> É de fundamental importância que se persiga uma atuação do Judiciário que, por um lado, seja capaz de reconduzir o agir estatal na concretização das premissas constitucionais, e por outro, não promova a mera substituição da decisão dos representantes eleitos pela decisão dos juízes, criando um desvirtuamento do sistema democrático.

Importante ressaltar que esta racionalização não implica em uma busca de limitação do exercício da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 previu um dos mais amplos sistemas de controle de constitucionalidade existentes no mundo ocidental, basilar à proteção da reserva de justiça consubstanciada pela Carta Magna.<sup>406</sup> O que se

---

<sup>402</sup> MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 84, jul-set/2013, p. 218.

<sup>403</sup> ARENHART, Sergio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7177>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2013.

<sup>404</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 85.

<sup>405</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 586.

<sup>406</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas... Op. Cit.*, p. 591.

objetiva, em verdade, é evitar o equívoco de o Judiciário tomar decisões sem uma avaliação cuidadosa – mesmo que inevitavelmente limitada – das suas repercussões.

Quando se trata sobre o controle judicial de políticas públicas, a jurisprudência apresenta posições bastante ecléticas. Aponta Vanice do Valle que as decisões, basicamente, se subdividem entre aquelas que: (i) são favoráveis ao pleno controle de políticas públicas;<sup>407</sup> (ii) defendem uma completa abstenção jurisdicional, por entenderem, dentre outros motivos, que tal matéria diz respeito à deliberação política dos representantes eleitos;<sup>408</sup> e (iii) possuem posições intermediárias, na maior parte das vezes mais inspiradas pelo caráter de urgência de satisfação de direitos fundamentais nos casos concretos do que por profundas reflexões teóricas acerca do assunto.<sup>409</sup>

Embora na atuação jurisdicional ainda seja possível encontrar decisões que defendem uma postura de abstenção jurisdicional total ante o tema, no campo doutrinário, posições desta natureza não são facilmente encontradas. Como explicam Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Kaya Kozicki, mesmo aqueles que defendem a maior capacidade epistêmica das decisões produzidas na arena política, como Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella – defensores da democracia deliberativa –, reconhecem a importância da atuação do Poder Judiciário na proteção dos direitos

---

<sup>407</sup> Alinhando-se a este entendimento: “Mandado de Segurança. Impetração que objetiva o fornecimento de medicamentos à impetrante. Concessão da segurança. Cabimento. Obrigatoriedade e o Estado fornecer remédios, equipamento e tratamentos à população, nos termos da prescrição médica, independentemente de eventuais óbices orçamentários ou de listas oficiais por ele elaboradas. Entendimento. Sobreposição do princípio da reserva do possível aos direitos fundamentais, como o da vida. Inadmissibilidade. Imposição de multa diária pelo descumprimento. Possibilidade. Preliminar rejeitada e recursos improvidos”. (BRASIL, TJSP, Apelação Cível 537.231-5/3-00, Des. Marrey Uint, dj. 27.03.2007.).

<sup>408</sup> Como por exemplo: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA DE OBRAS DE MODIFICAÇÃO E REFORMA NO MORRO DA URCA E NO MORRO DO PÃO DE AÇÚCAR E LICENÇA PARA A INSTALAÇÃO DE ELEVADORES DESTINADOS A DEFICIENTES FÍSICOS. ALEGADA OMISSÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. NÃO EVIDENCIADA A PRESENÇA DE SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE. NÃO CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESPÉCIE. [...] Ainda que assim não fosse, com fulcro no princípio da discricionariedade administrativa e na supremacia do interesse público, a Municipalidade tem liberdade para decidir pela conveniência ou não da execução da obra. Como ensina Hely Lopes Meirelles, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos [...]. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.535/RJ. Rel.: Min. Franciulli Netto. Julg. 01/09/2005).

<sup>409</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 98.



fundamentais, e não refutam, portanto, a possibilidade de que haja o julgamento jurisdicional de valores substantivos.<sup>410</sup>

Sobre o tema, Roberto Gargarella explica que não raro os magistrados, quando devem decidir acerca das políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, utilizam argumentos que ressaltam o dever de respeito à democracia e à vontade do legislador para concluir pela deslegitimidade de intervenção do Judiciário em searas próprias dos Poderes eleitos. Ou seja, independentemente do conceito de democracia de que se utilizam, tendem a concluir que o respeito pela democracia os impossibilita de implementarem, ante a omissão do Legislativo e do Executivo, os direitos fundamentais, especialmente os sociais.<sup>411</sup>

Segundo Gargarella, trata-se de construção lógica equivocada, porque o controle judicial da concretização dos direitos fundamentais consiste em um instrumento crucial para enriquecer a deliberação pública. Como salienta o jurista, a atuação judicial na área dos direitos sociais é relevante principalmente pela íntima relação existente entre a participação política e tais direitos.<sup>412</sup> No mesmo sentido, Carlos Santiago Nino argumenta que certos bens – como saúde, alimentação, habitação e educação – são tão fundamentais para o funcionamento do sistema democrático que, na falta deles, o processo democrático se deteriora completamente, perdendo totalmente o seu valor epistêmico. Para Nino, “se alguém está morrendo de fome, ou se encontra gravemente doente e privado de cuidado médico (...) o sistema democrático resta tão afetado quanto o seria se essa pessoa não tivesse direito ao voto”<sup>413</sup>.<sup>414</sup>

---

<sup>410</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 6745-6765.

<sup>411</sup> GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 208.

<sup>412</sup> GARGARELLA, Roberto. *Idem*, p. 219.

<sup>413</sup> NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 200-201. (tradução livre). Ainda, na lição de Santiago Nino, "Hay derechos que son condición para que el procedimiento democrático de discusión y decisión tenga algún valor epistémico. Si los participantes en el procedimiento no se pueden expresar libremente y en relativa igualdad de condiciones, si su vida o seguridad se pone en peligro con la defensa de ciertas posiciones, si están sujetos a los intereses de los demás, el procedimiento de intercambio de propuestas y decisión mayoritaria carece de todo valor epistémico. Esto nos permite distinguir ciertos derechos como derechos a priori". NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005, p. 208-209.

<sup>414</sup> Sobre a concepção de democracia procedimental de Carlos Santiago Nino, cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição Constitucional... Op. Cit.*, p. 38-45.

Gargarella aponta, ainda, uma segunda razão para ressaltar a necessidade do controle judicial de políticas públicas. É que na prática o sistema político sofre de um grande número de insuficiências. Como explica o argentino, há extensa produção teórica e empírica que atesta a influência excessiva dos grupos de interesse que privilegiam os seus anseios econômicos sobre o processo político. O sistema político acaba por se distorcer indevidamente e se apresentar absolutamente fragilizado diante de certos grupos de pressão, o que afeta tanto seu caráter majoritário como sua ambição de promover a imparcialidade.<sup>415</sup>

Pode-se dizer, portanto, que os juízes se encontram institucionalmente em uma posição especialmente favorável à contribuição do aprimoramento da democracia. Conforme trabalhado no primeiro capítulo deste estudo, os magistrado possuem legitimidade normativa e filosófica para realizar o controle de constitucionalidade de atos ou omissões estatais quando provocados, e detêm a última palavra provisória sobre a Constituição (uma vez que o ciclo dialógico se projeta sem termo temporal). Como conclui Gargarella, o Poder Judiciário amplia o leque de discussão de temas daqueles que são tratados indevidamente no processo político de tomada de decisões, sendo, portanto, fundamental à democracia.<sup>416</sup>

A partir destas considerações, é possível defender que os juízes são legítimos para a discussão a respeito de políticas públicas, e mesmo assim sustentar a necessidade de um aprimoramento dos contornos desta intervenção, para que realmente esta seja capaz de contribuir para a promoção de direitos fundamentais.<sup>417</sup> É que nem toda intervenção judicial em políticas se revela apta a promover efetivamente os direitos fundamentais e a readequação dos Poderes omissos aos caminhos constitucionais indicados pela Carta Magna. Aponta-se, neste tocante, para a problemática que gira em

---

<sup>415</sup> GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais... Op. Cit., p. 218.

<sup>416</sup> GARGARELLA, Roberto. *Idem, Ibidem*. Sobre a ampliação, pela atuação do Judiciário, do leque de atores envolvidos na conformação de políticas públicas, confira-se TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, n. 2, 2007, p. 234.

<sup>417</sup> Como assinala Virgílio Afonso da Silva, várias mudanças estruturais parecem ser necessárias, que envolvem desde alterações na educação jurídica e na organização dos tribunais até em mudanças nos próprios procedimentos judiciais, para que atinjam um maior número de sujeitos. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 596.

torno da crescente concessão individualizada de tutelas relacionadas à direitos fundamentais que envolvem prestações.

Como ressalta Valle, a proliferação desenfreada de decisões pontuais e solipsistas se aproxima fortemente do risco de transformar o controle jurisdicional do Estado em um instrumento de obtenção de posições privilegiadas: quem possui capacidade de acessar o Judiciário, acaba por ser priorizado na distribuição dos recursos públicos.<sup>418</sup> Mas qual seria então a tutela jurisdicional mais efetiva à garantia da concretização dos direitos através das políticas públicas?

Pesquisadores têm se voltado para dois fatores que, conjugados, parecem ser capazes de reduzir os efeitos negativos decorrentes de um ativismo judicial desorganizado, quais sejam: (i) a busca por uma perspectiva mais abrangente acerca das atuações estatais concretizadoras de direitos fundamentais, ligada diretamente à dimensão objetiva dos direitos fundamentais; e (ii) a utilização de mecanismos processuais que sejam capazes de hospedar uma interação qualificada e continuada entre os Poderes em casos desta natureza. O segundo ponto, que remete especialmente às questões processuais relativas ao controle judicial de políticas públicas, será esmiuçado no capítulo terceiro. Por ora, restringir-se-á à análise do primeiro fator.

Conforme visto do ponto 1.1.3 deste estudo, os direitos fundamentais possuem uma conformação multifuncional. Isto quer dizer que tais direitos assumem variadas possibilidades de eficácia jurídica, pois constituem feixes de posições jusfundamentais. Desta conformação poliédrica tem-se que dos direitos fundamentais podem emanar uma série de posições jurídicas, que, por vezes, asseguram pretensões jurídicas de caráter individualizado e, por outras, de caráter transindividual.<sup>419</sup> Nessa esteira, ainda, diz-se que os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão: uma subjetiva e outra objetiva.

A dimensão subjetiva consiste na possibilidade de o titular do direito fundamental demandar judicialmente sua pretensão individualizada a respeito dos direitos fundamentais, porque deles é possível se extrair autênticos direitos subjetivos –

---

<sup>418</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 98.

<sup>419</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* Op. Cit., p. 180 e ss.; e PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...* Op. Cit., p. 37-52.

a depender da forma como está disciplinado o direito em nível constitucional e infraconstitucional e a depender da pretensão formulada. Por outro lado, em sua conformação objetiva, os direitos fundamentais cuidam de valores e fins que uma comunidade deve respeitar e concretizar.<sup>420</sup> Os direitos fundamentais não representam, pois, somente garantias de posições jurídicas individuais, mas funcionam como um conjunto de valores que obrigam o Estado a respeitar, proteger e promover tais direitos, por meio de atuações que atinjam a generalidade dos bens pelo direito resguardado.<sup>421</sup> Trata-se, pois, de uma eficácia jurídica que se irradia sobre todos os Poderes da República.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois, vincula a atuação dos Poderes Públicos a adotarem ações capazes de concretizá-los. Isso quer dizer que não apenas pretensões individualizáveis poderão ser objeto de proteção judicial. Ou seja, ainda que apenas a dimensão objetiva do direito fundamental tenha sido violada, mesmo que isso não implique em prejuízo direto e imediato aos seus titulares, será possível recorrer ao Judiciário para proteger o direito preterido.

Segundo Clèmerson Merlin Clève, ainda que sem regulamentação própria – na ausência, por exemplo, de uma legislação infraconstitucional que contorne precisamente o conteúdo de um direito fundamental, como o direito à moradia, por exemplo – é perfeitamente possível a propositura de ação judicial que exija, a partir da ótica objetiva do direito sob análise, a definição de uma política de prestação por parte do Estado.<sup>422</sup> É nesse contexto que se legitima constitucionalmente a possibilidade de controle judicial de políticas públicas – o que é reforçado em razão da aplicabilidade imediata de que gozam os direitos fundamentais (Art. 5º, § 1º da CF), exigindo-se do Poder Público, inclusive do Judiciário, a adoção das medidas a seu alcance para conferir concretude aos bens jusfundamentais.

Samuel Meira Brasil Junior chama a atenção para o desprestígio conferido à dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando tais direitos são demandados judicialmente. Como explica o autor, cogita-se se determinado sujeito faz jus a

---

<sup>420</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>421</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 634 e 644.

<sup>422</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 27.

determinado medicamento não previsto em ato normativo do SUS, à transferência para outra unidade prisional, à vaga na escola de seu bairro. Na prática, no entanto, raramente se discutem “a completude da lista de medicamentos constantes na portaria do SUS, a gestão do sistema educacional, a atenção e os investimentos destinados à questão da segurança pública”.<sup>423</sup>

Este fato, pode-se dizer, decorre muitas vezes do próprio comportamento dos magistrados. Muitas decisões indicam que a tutela jurisdicional encontra-se atrelada à uma racionalidade individual, calcada na lógica de dever de proteção de pretensões jurídicas delimitáveis à esfera jurídica de um titular específico. Destaca-se, para ilustrar, duas decisões que atestam este raciocínio.

A primeira diz respeito à Ação Civil Pública que tramitou em 2007 perante o Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região. Por meio da referida ação, o Ministério Público Federal objetivava obrigar a União a fornecer procedimentos de redesignação sexual de transgêneros no âmbito do Sistema Único de Saúde. Em um primeiro momento, o TRF proferiu decisão favorável ao pedido. Todavia, em grau de recurso, o STF suspendeu o julgado, por meio de decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie. Nas razões de seu voto, a ministra alegou que questões relativas a direitos sociais deveriam ser vislumbradas a partir de uma perspectiva tópica, em vista, pois, do direito subjetivo de cada transexual, eis que procedimentos cirúrgicos dessa natureza poderiam repercutir de maneira intensa nas finanças públicas do Estado.<sup>424</sup>

A segunda decisão aqui elencada também diz respeito ao direito à saúde. Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público no Município de Novo Hamburgo/RS, pretendendo que fosse assegurada à coletividade, sempre que necessário, vagas em UTI neonatal, ainda que por meio de custeio, pelo Poder Público, de vagas ofertadas na rede privada. O juízo de primeiro grau concedeu a antecipação de tutela, para garantir o pleito nos termos requeridos. O Tribunal do Rio Grande do Sul, por sua vez, suspendeu a referida decisão, sob o argumento de que “cada caso em particular pode ser submetido à apreciação do Poder Judiciário em ação ou procedimento

---

<sup>423</sup> BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas... *Op. Cit.*, 474.

<sup>424</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 185/DF, Dj 04.12.2007.

individual e específico para obter providências ao atendimento do direito à saúde”. O Recurso Especial, por questões processuais, sequer foi conhecido pelo STJ. No entanto, na ocasião de seu enfrentamento, o ministro Relator manifestou o seu posicionamento, alegando que, em casos desta natureza, através de pedidos individuais “pode ser melhor aquilatada a necessidade de imposição de obrigação aos entes estatais”.<sup>425</sup>

O controle judicial de políticas públicas envolve muito mais do que a análise de questões pontuais a respeito de omissão estatal perante determinado sujeito. Consiste em avaliar, mediante os mecanismos processuais adequados e suficientes, o processo de desenvolvimento estatal de uma maneira global. As políticas públicas se conformam através de diversos processos juridicamente articulados, e, internamente, por meio de diversas etapas (*policy cycle*). Promovem efeitos concretos no plano da realidade somente a partir de sua continuidade no tempo, eis que se exige um insuperável intervalo de maturação entre as ações estatais e a visualização de seus efeitos. Somente a partir desta perspectiva abrangente é que é possível se tratar de controle de políticas públicas.

Fundamental salientar, neste ponto, que não se está diminuindo a relevância da concessão judicial individualizada de determinados bens em face do Poder Público. A tutela individual de direitos fundamentais configura importante mecanismo de cidadania e acesso à justiça. As tutelas individuais são absolutamente viáveis em busca da concretização dos direitos sob a ótica subjetiva, como se abordará oportunamente.<sup>426</sup>

---

<sup>425</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 992.123 - RS (2007/0228551-7), Relator: Ministro Castro Meira, DJ: 11/03/2008, Segunda Turma No caso que segue, o órgão julgador entendeu que pedidos relacionados a medicamentos não especificados na lista do SUS devem ser realizados de maneira individualizada: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS AOS PORTADORES DO VÍRUS HIV - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - SOLIDARIEDADE DOS ENTES ESTATAIS - ALCANCE TERRITORIAL DA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS - AUSÊNCIA DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL - - (...) Para o não fazer, a omissão inconstitucional, adequadas são as ações coletivas, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outros. - No caso presente o Estado agiu. Formulou e implementou políticas públicas, consubstanciadas nas regras da Lei 9313/96. - É verdade que em algumas situações aquela medicação prescrita e constante das listas oficiais pode não se adequar. Nessa hipótese, as ações coletivas não se prestam para resolver a questão, que é individual. - Ao particular incumbe pleitear isoladamente em face de sua situação especial, por exemplo, a rejeição ou não tolerância à determinado medicamento. - Para isso também a própria Constituição ofereceu mecanismos de representação. Defensoria pública, associações representativas e o próprio Ministério Público, em se tratando de direitos individuais indisponíveis são legitimados a postular sob a forma de representação processual. (...) (BRASIL, TRF-4 - AC: 2827 SC 2001.72.01.002827-3, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 22/05/2006, 3ª Turma, DJ 02/08/2006)

<sup>426</sup> O artigo 5º, XXXV da CF prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isso quer dizer que o Poder Judiciário tem o dever de dar uma resposta ao jurisdicionado que o aciona, e, quando provocado, quase sempre pode intervir na vida concreta. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática... *Op. Cit.*, p. 288.

Mas há que se diferenciar uma decisão judicial que se dedica a superar uma lesão a direitos sob o ponto de vista individual de uma decisão judicial dedicada ao controle de políticas públicas. Como explica Vanice do Valle, a primeira situação envolve um olhar ao passado, enquanto que a segunda tem o foco direcionado para o futuro. A decisão que se detém sobre o controle judicial de políticas públicas tem, segundo a autora, uma pretensão transformadora de um cenário global de insuficiência da ação pública.<sup>427</sup>

Desta forma, quando se trata de realizar o controle de uma política pública, é imprescindível que seja realizado o exame da situação posta sob o ponto de vista da dimensão objetiva do direito fundamental relacionado. Trata-se de perquirir se a conduta dos agentes estatais encarregados da promoção de direitos fundamentais manifesta-se de acordo com a Constituição. Partindo desta ideia – de necessária visualização do dever imposto ao Estado pela ótica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais –, é possível que o Judiciário intervenha nas políticas públicas, em caso em que se denote a necessidade, de maneira racional e eficiente.

Além disso, partindo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é essencial que o Judiciário volte a sua atenção à visualização da existência ou não da política pública pertinente ao caso examinado. Isto porque tais situações (de existência e de não existência de políticas públicas) demandam posturas diferenciadas por parte do órgão julgador. É imperioso que, ao se realizar o controle de políticas públicas pelo Judiciário, sejam observados os passos percorridos pelos órgãos competentes voltados à efetivação do direito fundamental debatido judicialmente.<sup>428</sup>

Embora esta pareça ser uma constatação óbvia, ressalta Virgílio Afonso da Silva que reiteradamente o Judiciário ignora por completo a atuação estatal quando julga causas envolvendo medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula, por exemplo.<sup>429</sup> Um estudo empírico realizado por estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo examinou todas as decisões proferidas pelo Tribunal de

---

<sup>427</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 155.

<sup>428</sup> Acerca do tema, Luís Roberto Barroso também ressalta a necessidade de verificação da existência ou não da política pública pertinente nos casos analisados pelo Poder Judiciário envolvendo a concretização de direitos fundamentais. Para Barroso, quando os demais Poderes formulam políticas, o Judiciário deve assumir uma postura de autocontenção, ou seja, ser deferente para com as decisões *razoáveis* tomadas pelo Legislativo e Executivo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática...* Op. Cit., p. 286-288.

<sup>429</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas...* Op. Cit., p. 588 e 595.

Justiça de São Paulo que diziam respeito à concessão de medicamentos para tratamento da Aids, entre janeiro de 1997 e junho de 2004.<sup>430</sup> Concluiu-se, na ocasião, que em 93% das decisões analisadas os julgadores consideraram o direito à saúde sob a perspectiva subjetiva do direito fundamental e, na grande maioria das vezes, não se preocupavam com a eventual existência de uma política pública existente sobre o caso.<sup>431</sup>

Quando é trazido ao Judiciário demanda envolvendo políticas públicas, várias situações inconstitucionais podem ser verificadas no caso concreto. Dentre elas destacam-se: (i) a omissão estatal em concretizar políticas públicas já definidas pelo Poder Público; (ii) a omissão do legislador ou do administrador na própria definição de políticas públicas voltadas à concretização de determinado direito fundamental; (iii) a insuficiência das políticas públicas existentes para a efetiva proteção dos direitos dos cidadãos. A partir da diferenciação destas situações na realidade é que se contornará a atuação jurisdicional.

Vanice Regina do Valle explica que, quando já existente o planejamento de determinada política pública a ser implementada, a matriz do controle judicial envolve o contraste entre a atuação dos agentes competentes e a própria conformação estrutural da política delineada. Trata-se, como explica a jurista, do caráter autovinculante das políticas públicas que conformam o agir estatal. Exercido pelo Poder Público o seu dever de traçar as políticas públicas, é construído um verdadeiro quadro normativo de ação, que delimita e organiza o agir do Estado. A partir disso, deve ser realizado o controle da consonância entre as ações do Poder Público e o planejamento por ele próprio confeccionado. Não há, pois, que se falar sobre qualquer atuação substitutiva do Poder Judiciário.<sup>432</sup>

Em casos desta natureza, a tarefa do Judiciário consiste apenas em reconduzir o Poder omissor ao caminho que foi por ele mesmo traçado através dos mecanismos democráticos ordinários.<sup>433</sup> Para exemplificar, imagine-se o seguinte exemplo. Foi

---

<sup>430</sup> FERREIRA, Camila Duran; e outros. O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: IPEA; CAIXA (org). Prêmio IPEA 40 anos – IPEA-Caixa 2004: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005. p. 387-431. Disponível também em: <http://getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc.>, acesso em 3 de dezembro de 2013.

<sup>431</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 588 e 595.

<sup>432</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>433</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem, Ibidem.*



conformada, pelo Poder Público, na área de saúde, uma política pública que especificou que em todos os postos de atendimento de saúde municipais deve ser realizada gratuitamente a vacinação para a prevenção das Hepatites A e B. Este serviço, segundo o programa estatal, deve estar à disposição da população ininterruptamente. No entanto, observa-se, na prática, que em alguns postos deixou-se de fornecer a vacina, e que em outros, os agentes envolvidos especificaram informalmente que a vacinação deve ocorrer apenas um vez a cada quinzena. Nesta situação, observa-se que o Estado deixou de cumprir o plano por ele próprio indicado, o que aponta uma omissão do dever de observância da autovinculação da política pública por ele especificada. O controle judicial, neste caso, se limitará a adequar o agir estatal aos limites traçados na própria política pública.

Há que se ressaltar que mesmo nestes casos é fundamental o conhecimento de todos os elementos que conformam a política existente e não concretizada – as escolhas, os resultados, as metas – para que o juízo de valor acerca do suposto descumprimento do agir estatal seja certo.<sup>434</sup> Isto porque, como observa Valle, um dado pontual não é capaz de retratar, por si só, que os Poderes se omitiram na concretização de direitos. Como visto linhas atrás, as políticas públicas exigem um intervalo de maturação para a obtenção dos resultados.

Assim, é possível que uma determinada situação pontual transmita, em um primeiro momento, uma postura relapsa por parte dos agentes encarregados de sua promoção. No entanto, um exame mais acurado do caminho completo desenvolvido pelo Poder Público pode revelar que se trata apenas de um momento entre a fase de implementação e a visualização dos resultados atingidos pela política pública. Portanto, casos há em que a solução pode requerer alguma medida de intervenção limitada ao caso concreto, mas não a alteração de curso daquilo a que os agentes eleitos se encarregaram de cumprir em prazo hábil.<sup>435</sup>

---

<sup>434</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p 78.

<sup>435</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ibidem*, p. 78. Sobre o respeito às definições traçadas pelos representantes eleitos, Sérgio Cruz ArenhArt.também afirma que o magistrado exorbitará de suas funções sempre que anular decisões dos demais poderes para determinar a adoção de outra “sem fundamento jurídico que demonstre que a opção legislativa ou da administração pública não é a melhor para o caso”. Nos demais casos, sempre cumprirá ao Judiciário perscrutar o ato administrativo, para examinar sua legalidade (em toda sua extensão, inclusive no que respeita à moralidade, à proporcionalidade, à razoabilidade, à eficiência, à realização do bem comum etc.). Cf. ARENHART, Sergio. Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder

A existência, pois, do delineamento da política pública pelos agentes competentes faz com que o Judiciário realize, em um primeiro momento, uma apreciação judicial do agir estatal a partir da ideia de autovinculação. Isto não quer dizer, todavia, que o Judiciário sempre deverá se limitar a determinar que o Poder Público atue conforme o planejamento por ele realizado. Se assim o fosse, abrir-se-ia um vácuo do controle de constitucionalidade da atuação do Estado quando este, embora se encarregasse de produzir políticas públicas, não o fizesse da maneira mais apta a garantir a efetiva promoção de direitos fundamentais a partir dos valores constitucionais.

Há situações em que as políticas públicas são confeccionadas e postas em prática pelo Estado, mas se revelam absolutamente insuficientes para suprir as demandas sociais. Imagine o seguinte exemplo. Em determinado Município, existe um déficit de mais de 1000 vagas para crianças em creches e pré-escolas. Por previsão constitucional, é dever do Estado garantir a educação infantil de crianças até 5 (cinco) anos de idade (Art. 208, IV, da CF),<sup>436</sup> motivo pelo qual o Poder Público desenvolve uma política pública a respeito deste direito fundamental. No entanto, a referida política pública especifica a criação de apenas 200 novas vagas em creches, e a contratação de somente 5 novos servidores públicos. O que se ilustra, no caso apresentado é que, embora haja uma política pública destinada à garantia do direito à educação, ela se revela absolutamente inapta a garantir soluções realmente eficientes no plano concreto.

Em casos desta natureza, bem como naqueles em que houve a omissão completa do Poder Público em promover ações destinadas à concretização de direitos fundamentais, o exercício do controle não envolve, pois, a simples determinação de o Poder Público concretizar o seu planejamento autovinculante. Envolve a necessidade de uma verdadeira e abrangente readequação da atuação estatal. Como explica Vanice Regina do Valle, o parâmetro balizador, nestas situações, deve ser, portanto, externo à conformação da política pública eventualmente enunciada. Decisões judiciais desta magnitude possuem, em verdade, um nítido caráter substitutivo.<sup>437</sup>

---

Judiciário. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Org.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504-527.

<sup>436</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

<sup>437</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 106.

Quando evidenciada a inexistência ou insuficiência da atuação estatal na promoção de políticas públicas, o controle judicial deve se pautar, assim, pelo caráter heterovinculante da Constituição Federal. Como explica Vanice Regina Lírio do Valle, a força normativa da Constituição Federal confere a ela o poder de produzir vinculações ao poder político organizado, eis que o texto constitucional fixa no seu bojo pautas primárias de atuação do Estado. Isto quer dizer que o confronto entre o agir estatal e a Constituição Federal pode autorizar o Poder Judiciário a realizar o controle de políticas públicas mesmo quando estas existem, mas se revelam insuficientes no caso concreto. Como explica a autora, tal exercício demandará, por certo, um esforço argumentativo diferenciado do Poder Judiciário, para que a decisão judicial seja dotada de legitimidade.<sup>438</sup>

É que, quando existe uma política pública enunciada e apta a gerar autovinculação, presume-se que o Poder Público, a partir de seu instrumentário pertinente, percorreu todas as fases de conformação da política pública, realizando um estudo detido das melhores soluções para o ataque ao problema vislumbrado no plano da realidade. Como alerta Valle, a descontinuação do desenvolvimento deste plano requer que seja demonstrado que a interrupção das medidas eleitas pelos agentes competentes e a deflagração de outro caminho seja a medida proporcional e adequada à proteção efetiva dos direitos fundamentais debatidos. Isto porque, invariavelmente, a interrupção de um percurso de ação envolverá perdas, “se não de recursos, ao menos de tempo e de energia (...)”.<sup>439</sup>

A Constituição Federal produz heterovinculações ao poder político organizado ao fixar no seu texto pautas primárias de atuação. Tais heterovinculações se apresentam, como explica Valle, como (i) cláusulas de delineamento do agir, tais como os direitos fundamentais em sua dimensão objetiva; (ii) obrigações de conduta expressas de maneira objetiva na própria Constituição – como por exemplo as disposições que indicam a necessidade de participação popular na gestão da coisa pública, já abordadas

---

<sup>438</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 155.

<sup>439</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 158.

ao longo do texto, e (iii) garantias de situações jurídicas que, quando não atendidas, podem figurar como objeto da atuação jurisdicional.<sup>440</sup>

Como visto, há políticas públicas que estão delineadas de maneira bastante objetiva no texto constitucional. Há, por outro lado, direitos que se apresentam como prioridade temática da atuação estatal, mas sem densidade suficiente para que a decisão judicial dispense, sem prejuízo de sua legitimidade, o “caminho de aprofundamento do debate que a própria Constituição apontou, a saber, o exercício regular do jogo democrático”<sup>441</sup>. Afirma Valle que ambas as hipóteses importam em uma heterovinculação do agir estatal, e portanto, servem ao controle judicial de políticas públicas. Mas entre uma e outra hipótese também há diferenciações importantes.

Quando as políticas públicas são traçadas de maneira objetiva e concreta no texto constitucional, a imposição do dever de conduta pelo Poder Judiciário não inspira qualquer complexidade. Em caso de insuficiência ou omissão do Poder Público, este deve ser compelido a agir no caminho objetivamente traçado pela Constituição. Diferentemente, quando a Constituição Federal vincula deveres aos Poderes eleitos, sem, contudo, determinar diretamente quais condutas devem ser tomadas para a concretização de direitos, o controle judicial de omissão ou insuficiência envolve uma atuação mais complexa. Segundo Valle, o espaço de atuação jurisdicional será o da exigência de formulação, por meio dos mecanismos democráticos, da política pública faltante.<sup>442</sup>

Não se trata, portanto, da substituição das decisões que deveriam ser tomadas no jogo democrático por aquelas que determinado magistrado acredita serem válidas. Isto significaria uma ingerência indevida na esferas dos demais Poderes, e, ademais, não seria capaz de solucionar a inércia dos órgãos competentes. Esta perspectiva, pois, reconhece a inegável ausência de *expertise* do Judiciário para lidar com todos os

---

<sup>440</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 61.

<sup>441</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 66. Sobre os diversos mecanismos de influência do Judiciário nos resultados das políticas públicas, sob um enfoque a partir da Ciência Política, cf. TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil... Op. Cit., p. 229 e ss.

<sup>442</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 66-68.

aspectos que envolvem a formulação e desenvolvimento das políticas públicas, mas não a compreende como um óbice paralisante do controle de políticas públicas.<sup>443</sup>

Desta forma, quando um órgão jurisdicional se detém sobre um caso envolvendo política pública insuficiente ou inexistente, e a respeito do qual não há uma política pública pré-determinada de maneira objetiva na Constituição Federal, deve ser capaz de conduzir a ação dos agentes encarregados, de modo a viabilizar o percurso de concretização das políticas públicas por meio do processo judicial. Segundo Valle, o Poder Judiciário deve ser capaz de traçar, a partir da análise concreta, quais os objetivos a serem alcançados pelas políticas públicas faltantes, e viabilizar a construção dialógica e interativa do caminho por meio do qual se solucionará o problema.<sup>444</sup>

O que Valle defende é a possibilidade de o Poder Judiciário agir, por meio de mecanismos processuais adequados, como uma espécie de supervisor ao invés de substituto da formulação e implementação das políticas públicas. Trata-se de uma interação entre os Poderes que visa a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos sem usurpar competências próprias das esferas de competência estatal.<sup>445</sup>

Resta portanto, perseguir os mecanismos e as técnicas processuais brasileiros existentes capazes de propiciar esta interação dialógica entre as esferas do Poder. Antes disso, porém, parece válido discutir algumas formas e limites tratados doutrinariamente acerca do controle judicial do agir estatal na tutela de direitos. Os dois próximos tópicos objetivam trazer algumas considerações sobre a intervenção judicial por meio do controle do orçamento dos entes da Federação (2.2.2) e sobre os modelos tradicionais que buscam traçar limites à atuação do Poder Judiciário sobre os programas de ação do Estado – o mínimo existencial e a reserva do possível (2.2.3).

---

<sup>443</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática... *Op. Cit.*, p. 287 e BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 115.

<sup>444</sup> Vanice Regina Lírio do Valle, sobre o assunto, ressalta que os Tribunais de Constas, por exemplo, possuem um amplo potencial de contribuição que vem sendo negligenciado pelo Poder Judiciário. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 116. Nesse sentido também parece se posicionar Roberto Gargarella, que ressalta a possibilidade de o Judiciário tratar questões relacionadas a direitos fundamentais de maneira respeitosa em relação à autoridade popular, através de técnicas e meios procedimentais pertinentes para tanto. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais...* *Op. Cit.*, p. 219.

<sup>445</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 67.

### 2.2.2 O controle de políticas públicas e o controle de orçamento

Conforme visto no ponto 2.1.3, o processo orçamentário consiste em um dos processos juridicamente articulados desenvolvidos no âmbito estatal e que se encontra diretamente relacionado ao desenvolvimento das políticas públicas.<sup>446</sup> Mais do que uma peça meramente contábil, o orçamento público contemporaneamente funciona como um instrumento do Poder Público que auxilia a conformação das diversas etapas do agir do Estado na concretização dos direitos fundamentais.<sup>447</sup>

Vale lembrar que existe grande discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da peça orçamentária. Embora haja vozes que há muito propagam o caráter impositivo do orçamento – afirmando que a partir da própria Constituição Federal é possível concluir que lei orçamentária possui natureza de lei em sentido material –, majoritariamente ele é considerado lei apenas em sentido formal. Isto quer dizer que embora tenha sido aprovado pelo Poder Legislativo, não consubstancia norma jurídica que obrigue o Estado a cumprir as despesas especificadas. O processo legislativo, a partir deste raciocínio, apenas autoriza as despesas previstas no texto aprovado.<sup>448</sup>

Quando se trata do controle judicial de políticas públicas, a jurisprudência se revela bastante heterogênea quanto às possibilidades de interferência ou não no orçamento por meio das decisões judiciais. As decisões que pregam a necessidade de autocontenção do Judiciário perante o orçamento utilizam-se dos argumentos tipicamente manejados para justificar a não intervenção judicial no controle de políticas públicas: o princípio da separação dos poderes, a ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário para atuar no controle de decisões políticas, a necessidade de uma postura de deferência com as escolhas dos poderes eleitos, dentre outros.<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro... Op. Cit.*, p. 243.

<sup>447</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2013.

<sup>448</sup> KANAYAMA, Rodrigo Luís. A ineficiência do orçamento público impositivo... *Op. Cit.*, p. 130.

<sup>449</sup> A título de exemplo, confira-se o trecho do seguinte julgado: “Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. (...)”. (STJ, REsp 208893 / PR ; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004, g. n.)

Quanto a estes argumentos, este trabalho abordou, em oportunidade anterior, importantes construções doutrinárias que refutam tais conclusões. Como visto, o princípio da separação de poderes não deve ser interpretado como um modelo rígido e estanque de divisão de competências estatais. Além disso, a democracia se conforma por meio de um conjunto de atores institucionalmente competentes para a sua construção. Não há, pois, como concluir que apenas os Poderes eleitos são os representantes do povo, e que, por este motivo, suas decisões mereçam ser preservadas mesmo quando caminhem no sentido contrário ao de concretização dos objetivos propostos pela Constituição Federal. Sobre o tema, remete-se o ponto 1.2.2 da presente reflexão.

O fato é que, como afirma Alceu Maurício Junior, as decisões que determinam a implementação de prestações por parte do Estado são decisões que, salvo possíveis exceções, importam na alocação de recursos. Havendo alocação de recursos públicos que, sem a decisão judicial, não seriam destinados a determinado fim por espontânea atuação do Poder Público, a projeção da decisão judicial no orçamento é um fato inexorável. Assim, ainda que uma decisão sobre políticas públicas não expresse de maneira objetiva e expressa a intervenção no orçamento, sempre que a condenação implicar em dispêndio de recursos públicos, está realizando, ainda que implicitamente, um controle orçamentário.<sup>450</sup>

A partir disso, parcela da doutrina sustenta que a melhor maneira de se controlar políticas públicas seria através do próprio orçamento. Encampam esta ideia autores como Alceu Mauricio Junior, Régis Fernandes de Oliveira e Sandoval Alves da Silva, que se baseiam no fato de que esta espécie de decisão – da análise direta do orçamento – conforma o meio mais adequado para preservar o espaço de legitimidade dos demais Poderes estatais. Tais autores pregam a necessidade de uma intervenção judicial minimalista no controle de políticas públicas, uma vez que, além da ausência de legitimidade, o Poder Judiciário não teria, como explica Sandoval Alves da Silva, “elementos fáticos e técnicos para formular, coordenar, planejar e executar uma política

---

<sup>450</sup> MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias...* Op. Cit., p. 282.

pública, uma vez que o processo judicial não consegue abranger todas as variáveis possíveis”.<sup>451</sup>

Segundo Alceu Maurício Junior, quando o Poder Judiciário, em controle de constitucionalidade, verifica razões para condenar a conduta dos Poderes Executivo e Legislativo por descumprimento das ações que dizem respeito à concretização de direitos fundamentais, deve se limitar a determinar: (i) a realocação dos recursos previstos no orçamento ou (ii) a inclusão, na lei orçamentária consecutiva, da previsão ou extensão do programa relacionado aos direitos demandados.<sup>452</sup> A intervenção, segundo Maurício Junior, deve ocorrer sempre diretamente na modificação do orçamento, dentre diversas razões, porque o Judiciário teria uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos existente, superando possíveis alegações levianas acerca da inexistência de meios.<sup>453</sup>

Maurício Junior também afirma que esta seria a única forma de o Judiciário solucionar a sua dificuldade de avaliar questões que dizem respeito à macrojustiça<sup>454</sup> e preservar a ação do legislador e do administrador público, tendo em vista que o juiz não dirigiria a política pública a ser desenvolvida, mas apenas indicaria a prioridade constitucional merecedora de atenção. Conclui o autor que caberia ao Legislativo e ao Executivo a discussão a respeito da necessidade de realocação ou de eventual criação de novas fontes de recursos.<sup>455</sup>

Vanice Regina do Valle ressalta que há razões bastante claras para divergir desta forma de raciocínio, qual seja, a que pretende restringir o controle de políticas públicas

---

<sup>451</sup> SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais... Op. Cit.*, p. 214. Esta também é a posição de Régis Fernandes de Oliveira, para quem “(...) descabe ao Judiciário decisão de tal quilate. No entanto, se o fizer, determinando, por exemplo, a construção de moradias, creches, etc., e transitada em julgado a decisão, coisa não cabe ao Prefeito que cumprir a ordem. Para tanto, deverá incluir, no orçamento do próximo exercício, a previsão financeira. Esclarecerá à autoridade judicial a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão com trânsito em julgado, diante da falta de previsão orçamentária, e obrigar-se-á a incluir na futura lei orçamentária recursos para o cumprimento da decisão”. Cf. OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro... Op. Cit.*, p. 404.

<sup>452</sup> MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias... Op. Cit.*, p. 258-259.

<sup>453</sup> MAURÍCIO JR., Alceu. *Idem.*, p. 259.

<sup>454</sup> Segundo o autor, “um dos entraves do Judiciário para a intervenção nas escolhas orçamentárias reside no fato de as políticas públicas estarem voltadas para atender globalmente a uma demanda da sociedade, e não a um caso isolado, enquanto o judiciário ordinariamente se volta à resolução de casos concretos e específicos, nos quais está em jogo a solução de um problema individual”. Cf. MAURÍCIO JR., Alceu. *Idem.*, p. 284.

<sup>455</sup> MAURÍCIO JR., Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentária e a Efetivação dos Direitos Fundamentais*. Revista Diálogo Jurídico, n. 15, Salvador, 2007. [http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf). Acesso em 09 de setembro de 2013. Sobre os parâmetros para a intervenção do orçamento, cf. MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias... Op. Cit.*, p. 264 e ss.



ao controle do orçamento. Em que pese seja possível a realização do controle de constitucionalidade do orçamento público, esta não é, como explica a autora, a única via juridicamente amparada de realização de controle das atuações estatais. O mero controle do orçamento, ademais, configura meio insuficiente de proteção dos direitos fundamentais que necessitam de políticas públicas para sua concretização, basicamente pelos seguintes motivos: (i) a conformação das políticas públicas envolve mais do que a existência de recursos disponíveis – de modo que a garantia destes não garante a concretização daquelas; (ii) decisões pontuais não possuem o condão de garantir que haverá a readequação dos Poderes eleitos aos objetivos constitucionais, exigindo-se uma análise que supere esta concepção de intervenção mínima; e (iii) a ausência de parâmetros concretos para a fixação do montante de recursos cria o perigo do arbitramento de valores aleatórios e em descompasso com o percurso a ser promovido pelo Poder Público para a concretização dos direitos.<sup>456</sup> Explica-se.

Primeiramente, há de se salientar que o dever de condução e planejamento das políticas públicas é complexo e consubstancia-se por meio de um verdadeiro concerto de agires do Estado. Não se trata, pois, da mera administração dos fatos presentes e conjunturais, mas de uma visão que abrange o agir do poder em longo prazo.<sup>457</sup> Assim, a recondução da conduta estatal por meio do controle de políticas públicas não deve se ater nos valores do financiamento da atividade pública faltante ou insuficiente, pois isto se trata apenas de um aspecto limitado do planejamento e do desenvolvimento das políticas públicas. O planejamento, arremata Valle, diz respeito “a todo um conjunto de elementos que integram o processo de programação da ação estatal (...) compreendendo os múltiplos recursos, agentes e possibilidades de ação, planejamento com a perspectiva de programa contínuo de ação”<sup>458</sup>.

Tal ideia remete ao segundo motivo levantado contra a limitação do controle de políticas públicas através do orçamento. É que o exercício jurisdicional que tenha como objeto o controle de políticas públicas deve superar a visão puramente pontual da atuação judicial. Segundo Valle, remanejar recursos ou determinar a sua inclusão no

---

<sup>456</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 109.

<sup>457</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 77.

<sup>458</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 78.

orçamento futuro conforma decisão que se destina apenas a prover em determinado período os meios financeiros suficientes aos desenvolvimento de atividades tidas como devidas pelo Poder Público. Esta espécie de condenação tem o condão de superar temporariamente o argumento da falta de recursos, mas não é capaz de se prolongar no tempo, mesmo porque os instrumentos orçamentários possuem eles mesmos limitações temporais. O controle judicial limitado ao orçamento, portanto, não tem a vocação de promover uma intervenção que reconduza de maneira qualificada e prolongada os Poderes estatais, sendo, pois, insuficiente ao efetivo controle de políticas públicas.<sup>459</sup>

Por fim, o terceiro ponto negativo da atuação judicial limitada à análise do orçamento é o de que se incorre no risco de se operar uma inversão perigosa ao se fixar uma determinada quantia de gastos para uma atuação que não se tem definida qual seja. Ao buscar uma limitação do controle judicial no intuito de supostamente proteger o princípio da separação dos poderes e o âmbito de legitimidade das demais esferas de competência do Estado, fixa-se um valor monetário aleatório em decisão judicial, impreciso quanto a sua capacidade de efetivamente corresponder ao necessário para determinado agir estatal esperado.<sup>460</sup>

Assim, a intervenção judicial que se revela eficiente no controle judicial de políticas públicas não deve se pautar apenas por questões pontuais. Na concretização de direitos fundamentais por meio de prestações, é exigido do Estado uma série de ações governamentais, decisões e atores que envolve uma processualidade inegável.<sup>461</sup> Tendo em vista que o foco de toda esta complexidade deve ser a concretização dos direitos fundamentais, a busca por um minimalismo judicial no controle de políticas públicas – como quando se pretende deter tal controle à análise do orçamento – não se revela uma resposta apta e suficiente ao efetivo realinhamento da conduta de poderes omissos quando demandados judicialmente.<sup>462</sup>

---

<sup>459</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem.*, p. 109.

<sup>460</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem.*, p. 112.

<sup>461</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 76.

<sup>462</sup> Como explica Felipe de Melo Fonte, a defesa de um minimalismo na atuação jurisdicional acerca do controle de política pública advém da ideia de que “as decisões mais amplas e relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelos órgãos que estão sujeitos à responsabilidade política eleitoral”. Sobre o tema, Cf. FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais... Op. Cit.*; e SILVA, Alexandre Garrido. Minimalismo, democracia e expertise: o supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas. *Revista de Direito Estado* n. 12, 2008, p. 107-142.

Antes de traçar as perspectivas processuais contemporâneas que se voltam ao aprimoramento do controle judicial de políticas públicas, o ponto 2.2.3 trará algumas considerações sobre a utilização das ideias de mínimo existencial e de reserva do possível como balizas no controle de políticas públicas.

### 2.2.3 O mínimo existencial, a reserva do possível e o controle de políticas públicas

As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível são bastante prestigiadas pela jurisprudência como técnicas que buscam delimitar a exigibilidade judicial dos direitos fundamentais. Parece oportuno, portanto, trazer alguns aspectos que as contornam, para que, em seguida, seja possível traçar uma reflexão sobre a viabilidade de sua aplicação como parâmetro do controle judicial de políticas públicas.

Como explica Ingo Sarlet, a ideia do mínimo existencial se desenvolveu após a Segunda Guerra Mundial, a partir da premissa de que a preservação da dignidade da pessoa humana depende não só de direitos de liberdade, mas de algumas prestações materiais que garantam a sobrevivência digna dos indivíduos. No fim dos anos 70 o Tribunal Constitucional alemão, de maneira vanguardista, passou a reconhecer expressamente em suas decisões a obrigação do Estado de assegurar aos cidadãos condições mínimas de existência digna em comunidade.<sup>463</sup> Desde então, outros tribunais passaram a utilizar este conceito para reconhecer que a dignidade da pessoa humana havia de ser preservada também por meio de um mínimo material capaz de garantir a existência dos indivíduos.

Doutrinariamente, há vasta produção teórica que busca traçar contornos ao conceito do mínimo existencial. Parte-se da ideia de que a proteção ao mínimo

---

<sup>463</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 317-318; e SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20. Jorge Reis Novais explica que a teoria do mínimo existencial foi desenvolvida na Alemanha em decorrência da ausência de disposição constitucional que contemplasse expressamente a fundamentalidade dos direitos sociais. Naquele contexto, a teoria do mínimo se conformou de maneira bastante protetiva, uma vez que criou um direito autônomo de proteção ao mínimo vital dos cidadãos, atribuindo ao Estado o dever de proteger por condutas negativas e positivas este direito. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais...* Op. Cit.. Sobre o tema, cf., ainda, KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 61 e ss.

existencial envolve, por parte do Estado, tanto um dever de abstenção – no sentido de que não pode subtrair do indivíduo condições que garantam minimamente a sua subsistência – quanto um dever de promoção, que impõe que sejam realizadas pelo Poder Público prestações para garantir condições dignas de desenvolvimento dos cidadãos.<sup>464</sup>

Há um certo consenso doutrinário sobre o caráter variável do conteúdo do mínimo existencial em relação ao tempo e ao espaço. Isto quer dizer que o conteúdo integrante do mínimo existencial guarda íntima relação com o período histórico e o ambiente em que é analisado. Aceita-se, portanto, que o conteúdo que integrou o mínimo existencial da Alemanha da década de 70 pode divergir do conteúdo do mínimo existencial relativo ao Brasil da década de 90, porque diversas variáveis influenciam diretamente na sua delimitação. Além disso, reconhece-se majoritariamente que a justiciabilidade do mínimo existencial independe de previsão normativa expressa e que o seu conteúdo está intimamente relacionado com os direitos fundamentais sociais. A par disso, como elucida Daniel Wunder Hachem, muitas são as divergências sobre o que integraria o seu real conteúdo.<sup>465</sup>

Segundo Hachem, dentre as várias divergências relativas aos contornos do mínimo existencial, pode-se apontar como principais: (i) a que diz respeito aos meios para fixação do conteúdo do mínimo existencial, (ii) a que diz respeito à definitividade ou não do conteúdo relacionado ao mínimo existencial e (iii) a que diz respeito à utilização do conceito mínimo existencial em matéria de exigibilidade judicial de comportamentos estatais positivos.<sup>466</sup>

---

<sup>464</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais... Op. Cit.*, p. 247. Como explica Daniel Wunder Hachem, o direito ao mínimo existencial não se limita apenas a um mínimo fisiológico, mas “englobaria também o chamado mínimo existencial sociocultural, que além de assegurar a satisfação das necessidades básicas para a sobrevivência individual (fundamentando-se no direito à vida), possibilita ainda a inserção do cidadão na vida social (lastreando-se nos princípios do Estado Social e da igualdade material)”. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras... Op. Cit.*, p. 212. Conferir também, sobre o tema, FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 859.

<sup>465</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras... Op. Cit.*, p. 236.

<sup>466</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem, Ibidem*.

Quanto à primeira divergência, há autores, por um lado, que acreditam que somente diante do caso concreto seria possível se determinar o conteúdo preciso do mínimo existencial. Não haveria como antever *a priori* o conteúdo do mínimo existencial, sendo que somente por meio da disputabilidade processual haveria de se obter o seu real contorno.<sup>467</sup> Esta é a corrente majoritária, composta por pensadores como Clèmerson Merlin Clève, Daniel Sarmento, Ricardo Lobo Torres, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo.<sup>468</sup>

Por outro lado, há aqueles que defendem a existência de um rol constitucional preferencial previsto em cada sistema constitucional positivo sob determinado contexto temporalmente identificado. Nesta última corrente se posicionam Ana Paula de Barcellos e Daniel Wunder Hachem.<sup>469</sup> Para estes autores, embora seja possível admitir que o conteúdo do direito ao mínimo existencial possa variar em relação ao tempo e ao espaço, há como se extrair da sistemática constitucional de cada Estado elementos que forneçam um parâmetro preferencial – nunca absoluto – dos contornos que envolvem o mínimo existencial.<sup>470</sup>

A segunda divergência sinalizada diz respeito à definitividade ou não do conteúdo relacionado ao mínimo existencial. Para uma parte dos autores, a exigibilidade do mínimo existencial não deveria sucumbir a argumentos jurídico-normativos como a separação de poderes, o princípio da legalidade orçamentária e a reserva do possível. Defendem este raciocínio autores como Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos. Como explica Daniel Hachem, a aplicação do mínimo existencial, para esta corrente,

---

<sup>467</sup> Segundo Clèmerson Merlin Clève, “o mínimo existencial haverá de ser definido por meio da disputabilidade processual”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* Op. Cit., p. 28.

<sup>468</sup> Para uma argumentação a este respeito da indeterminabilidade *a priori* do mínimo existencial, conferir, dentre outros, SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 557 e ss.

<sup>469</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213.

<sup>470</sup> Para Ana Paula de Barcellos, o mínimo é composto de quatro direitos: saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça. As prestações materiais advindas destes direitos consistem em posição jusfundamental definitiva, e não *prima facie*. Acerca da extensão de cada um deles protegido pelo mínimo existencial, Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...* Op. Cit., p. 260-301. Confirma-se, ainda, a este respeito, HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 213-215.

conformaria a aplicação de uma regra jurídica, conforme a lógica do “tudo-ou-nada”<sup>471</sup>, de maneira absoluta, portanto.<sup>472</sup>

Por sua vez, há outros autores, como Clèmerson Merlin Clève e Daniel Sarmiento, que discordam deste caráter absoluto do direito ao mínimo existencial. Para esta parcela da doutrina, no plano concreto, principalmente em sociedades mais pobres, nem sempre seria possível assegurar de maneira imediata e igualitária as condições materiais básicas para a vida digna de todas as pessoas. Assim, não haveria como se defender que o mínimo existencial pode ser assegurado judicialmente de maneira incondicional. Como afirma Clèmerson Merlin Clève, “É evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder à ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão”.<sup>473</sup>

Daniel Sarmiento exemplifica este ponto de vista por meio do exemplo do salário mínimo no Brasil. Como explica o autor, por determinação constitucional (Art. 7, IV da CF), o salário mínimo deveria ser suficiente para assegurar condições de vida minimamente dignas para todos aqueles que o recebem. Ocorre que, segundo Sarmiento, não seria faticamente e economicamente viável para o Estado aumentar imediatamente os valores fixados a quantias que realmente cumprissem o dever constitucional.<sup>474</sup> Assim, o caráter absoluto do mínimo existencial esbarra invariavelmente, sob este ponto de vista, na necessidade de que sejam promovidas considerações acerca do custo da universalização das pretensões levantadas em juízo.<sup>475</sup>

Por fim, a doutrina revela-se também heterogênea quanto a utilização do direito ao mínimo existencial na limitação da exigibilidade judicial dos comportamentos estatais positivos. Como explica Hachem, dois entendimentos podem ser vislumbrados: (i) o entendimento de que o mínimo existencial configura um teto máximo de

---

<sup>471</sup> Sobre as técnicas de aplicação das normas que são conformadas sob a forma de regras e princípios, confira-se o ponto 1.1.3 do presente estudo.

<sup>472</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras...* *Op. Cit.*, p. 223.

<sup>473</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 28.

<sup>474</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* *Op. Cit.*, p. 578.

<sup>475</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* *Op. Cit.*, p. 579.

exigibilidade judicial; e (ii) o entendimento de que o mínimo existencial diz respeito apenas a um piso mínimo de exigibilidade.<sup>476</sup>

Autores como Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos acreditam que o mínimo existencial configura o limite de sindicabilidade judicial da dimensão prestacional dos direitos fundamentais, independentemente de previsão legislativa. Quanto às prestações que ultrapassassem este mínimo sindicável, a exigibilidade judicial estaria sujeita à atuação do legislador, ou seja, confiada às decisões políticas.<sup>477</sup>

Por sua vez, o segundo entendimento – que considera o mínimo existencial como piso mínimo –, advoga no sentido de que o mínimo existencial conforma apenas um conjunto mínimo de demandas que podem ser pleiteadas pela via jurisdicional. Não se trata, portanto, de fixação do patamar de justiciabilidade dos direitos fundamentais, de modo que mesmo pretensões ligadas à parcelas dos direitos que não integram o mínimo são plenamente tuteláveis. Neste caso, os juízes devem aplicar a técnica da ponderação dos direitos demandados em relação a outros princípios constitucionais, em busca da justificação da prevalência do direito do demandante.<sup>478</sup> Neste sentido – que mais bem se adequa, inclusive, à ideia de jusfundamentalidade integral dos direitos econômicos e sociais explorada no capítulo primeiro deste trabalho – se posicionam autores como Clèmerson Merlin Clève, Romeu Felipe Bacellar Filho, Ingo Sarlet, Daniel Sarmiento e Daniel Wunder Hachem.<sup>479</sup>

Pode-se resumir até aqui que muitos são os pontos controversos a respeito da ideia e da conformação do mínimo existencial no Brasil. Esta grande divergência teórica dificulta a aplicação da teoria no Brasil, eis que na jurisprudência reverbera toda esta multiplicidade de compreensões.

---

<sup>476</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras...* *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>477</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...* *Op. Cit.*, p. 270 e ss. e TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial...* *Op. Cit.*, p. 80 e ss.

<sup>478</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras...* *Op. Cit.*, p. 229.

<sup>479</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...* *Op. Cit.*, p. 106-107; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 350; SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais...* *Op. Cit.*, p. 579. HACHEM, Daniel Wunder. *Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras...* *Op. Cit.*, p. 229.

A par disso, o que se verifica é que a ideia o mínimo existencial foi construída a partir da busca da delimitação concreta de um patamar mínimo de direitos capaz de proteger a existência digna dos cidadãos, e que deve, por sua vez, ser garantido pelo Estado. Observa-se, portanto, que tal esforço teórico se centra em uma perspectiva que parte da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, ou seja, aquilo que, do ponto de vista individual, não se pode abrir mão para a sobrevivência digna dos indivíduos. Trata-se de um viés que busca especificar aquilo que o Estado absolutamente deve ao indivíduo titular do direito, ou seja, delimita-se uma relação de débito e crédito.

Quando se trata de controle de políticas públicas, mais do que perquirir qual o mínimo de direitos que os cidadãos devem gozar para que existam de maneira digna, é fundamental que sejam traçados os objetivos constitucionais no seu máximo alcance. A partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais envolvidos, busca-se construir o caminho de recondução das esferas de competência estatal faltantes quando visualizada uma situação de omissão do dever de formulação em implementação de políticas públicas.

A teoria do mínimo existencial, portanto, pode ser utilizada na prática judicial do controle judicial de políticas públicas como um dos mecanismos conformadores dos objetivos concretos a partir dos quais devem ser pautadas as atuações estatais. No entanto, é necessário se ressaltar que o mínimo existencial revela-se insuficiente para parametrizar, por si só, o controle de políticas públicas – justamente por dizer respeito à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais. O mínimo existencial, portanto, não deve servir como fator preponderante na diferenciação entre políticas públicas essenciais e que podem, portanto, ser justicializáveis, daquelas consideradas não essenciais, e que não são passíveis, a partir desta percepção, de judicialização, como defende Felipe de Melo Fonte.<sup>480</sup>

Isto porque, conforme já ressaltado, acredita-se que o controle judicial de políticas públicas remete à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, dimensão esta que impõe deveres de conduta do Poder Público na concretização máxima dos objetivos constitucionais. Esta dimensão está presente em todos os direitos fundamentais, e por si

---

<sup>480</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 201 e ss.



só, garante a possibilidade, como já assinalado, de se pleitear, por meio do Poder Judiciário, que o Estado cumpra com o seu dever constitucional de promover políticas públicas voltadas à promoção dos direitos trazidos pela Carta Magna. Há a necessidade, portanto, de invocação de parâmetros que, mais do que observar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais pela ótica subjetiva, sejam capazes de viabilizar um controle judicial que abarque o caminhar completo da ação estatal na concretização dos direitos, e com o foco no máximo alcance desses direitos.

Por sua vez, vale tecer algumas considerações a respeito da reserva do possível. Pode-se dizer que, na prática, a teoria reserva do possível é um dos argumentos mais invocados pelo Poder Público para justificar a omissão estatal na conformação e implementação de políticas públicas.<sup>481</sup>

Como explica Sérgio Cruz Arenhart, a ideia da reserva do possível, tal como a teoria do mínimo existencial, nasceu na Alemanha dos anos 70. Peter Häberle foi o precursor da teoria, que passou a ser acolhida pela Corte Constitucional alemã a partir de então. A reserva do possível acabou notabilizada pela decisão proferida no caso *numerus clausus* (“*numerusclausus Entscheidung*”, BverfGE n. 33, 303 (333)), em que a Corte alemã analisou demanda envolvendo o direito de acesso de estudantes no curso de Medicina das cidades de Hamburgo e Munique, os quais haviam sido barrados em razão da limitação do número de vagas.<sup>482</sup>

Nesta ocasião, os julgadores desenvolveram o argumento de que direitos dependentes de prestações positivas do Estado somente seriam exigíveis nos limites daquilo que os indivíduos poderiam esperar da sociedade, resguardado o direito a um mínimo de bens garantidores de uma existência digna. Como explica Ingo Sarlet, o Tribunal alemão entendeu que, mesmo que o Estado dispusesse de recursos públicos e tivesse o poder de disposição destes, estaria obrigado apenas a prestações que se

---

<sup>481</sup> Sobre a teoria da reserva do possível, confira-se, dentre outros, PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009; e SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, v. 1 – reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 215.

<sup>482</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano 2009, Número 1, p. 15.

mantivessem nos limites do razoável.<sup>483</sup> Como explica Sarlet, com passar do tempo, a reserva do possível passou a traduzir, tanto para a doutrina majoritária quanto para a jurisprudência alemã, “a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público”<sup>484</sup>.

Segundo Sarlet, no Brasil, a teoria da reserva do possível pode ser compreendida a partir de uma dimensão tríplice, que abrange: (i) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (como a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras) e (iii) a análise da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e à sua razoabilidade. Para o autor, todos estes aspectos guardam vínculo entre si e com outros princípios constitucionais. Segundo Sarlet, o equacionamento destas três dimensões, em patamar jurisdicional, deve ser apto a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais invocados e servir, ao mesmo tempo, de ferramenta protetora aos demais direitos fundamentais não abarcados pela demanda jurisdicional analisada.<sup>485</sup>

Conforme já mencionado anteriormente, a escassez de recursos públicos frente as necessidades humanas é um fato inegável. O limite fático da reserva do possível, portanto, impõe que esta realidade não seja descurada quando da análise judicial de direitos que envolvem prestações. Como argumenta Daniel Sarmento, não é “(só) por falta de vontade política que o grau de atendimento dos direitos sociais no Brasil é muito inferior ao de um país como a Suécia”.<sup>486</sup> Existem, evidentemente, limitações materiais

---

<sup>483</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265. Ainda, sobre a origem da teoria da reserva do possível, Cf. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, 379 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 232-233.

<sup>484</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf), acesso em 06 de setembro de 2013.

<sup>485</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 288. Andreas Krell questiona a possibilidade de utilização do instituto da reserva do possível no Direito brasileiro. Para o autor, a recepção desta teoria no Brasil foi fruto de um Direito Constitucional Comparado equivocado. Assim, na realidade brasileira, a utilização da reserva do possível poderia significar o esvaziamento dos direitos fundamentais. Cf. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha... Op. Cit.*

<sup>486</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 555.

impostas no plano da realidade à concretização dos direitos fundamentais, e da implementação das políticas públicas destinadas a este fim. A necessidade de realização de opções políticas trágicas, portanto, são uma decorrência natural do fato da escassez.<sup>487</sup>

No entanto, há que se salientar que a realidade brasileira convive com um visível desajuste entre a obtenção de recursos e a concretização dos direitos fundamentais. Conforme já tratado no item 2.1.3, o orçamento, que é o processo juridicamente articulado responsável por planejar a destinação dos recursos públicos à realização das promessas constitucionais, conforma um verdadeiro nódulo impeditivo ao bom andamento das políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais. Além de a divisão das rubricas orçamentárias desprestigiarem a destinação de recursos públicos à direitos fundamentais em benefício do pagamento da dívida pública, a prática dos contingenciamentos é corriqueira, de modo que muitas vezes nem mesmo o montante destinado inicialmente à saúde, à moradia e à educação é realmente aplicado conforme especificado no orçamento. Desta maneira, pode-se dizer que a limitação jurídica que envolve a teoria do possível – relacionada à existência de autorização orçamentária para que o Estado pratique os gastos relativos aos direitos –, deve ser analisada a partir desta realidade.<sup>488</sup>

Embora se reconheça que o legislador tem prioridade na eleição sobre a conformação orçamentária e sobre os meios de concretização dos direitos fundamentais, suas escolhas não compõem um território alheio à possibilidade do controle de

---

<sup>487</sup> GROSMAÑ, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad...* Op. Cit., p. 62. Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: W. W. Norton & Company, 1999, p. 94 e ss. Sobre o assunto, Andreas Krell adverte para o perigo da relativização dos direitos fundamentais em relação à reserva do possível, uma vez que se pode levar a ponderações utilitaristas e pouco humanistas, como acreditar que doentes incuráveis ou terminais não merecem tratamento. Para o autor, o limite de recursos financeiros deve ser o de realocar verbas de áreas menos essenciais para as mais essenciais. Cf. KRELL, Andreas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha...* Op. Cit., p. 45 e ss.

<sup>488</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 569. Sobre o assunto, Estefânia Maria de Queiroz Barboza acrescenta ao debate um argumento não jurídico, mas absolutamente relevante sobre a escassez de recursos no Brasil: a existência de desvio de verba pública em decorrência da corrupção generalizada. A jurista também ressalta a plena legitimidade do Judiciário para a realização do controle do orçamento, principalmente nos casos de desprestígio da destinação de recursos às áreas sociais garantidas pela Constituição Federal. Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil... Op. Cit., p. 4. Sobre o assunto, cf. também FILGUEIRAS, Fernando. *Política Orçamentária, Formação de Interesses e Corrupção no Brasil 1995-2000*. Centro de Pesquisas Estratégicas “Paulino Soares de Sousa” – UFJF, 2002. Disponível em: <<http://www.ecsbdefesa.com.br/fts/PIFICB9500.pdf>> Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

constitucionalidade. Assim, quando abandonadas as prioridades constitucionais, o controle judicial não deve se restringir ao limite imposto pelo orçamento.<sup>489</sup> Segundo Arenhart, assim deve ser porque “a falta de disponibilidade de caixa – ou, o que é mais usual, o uso dos recursos públicos para outro fim – não pode tornar ‘letra morta’ a determinação constitucional, nem permite anular a vinculatividade dos preceitos consagradores de direitos fundamentais para o Poder Público (seja ele o Executivo, seja o Legislativo, seja mesmo o Judiciário)”<sup>490</sup>.

A escassez de recursos, portanto, não pode ser invocada como um obstáculo absoluto. Como afirma Clèmerson Merlin Clève, ao contrário disso, deve servir como uma cláusula que permita chamar a atenção para a obrigação estatal de alocar da melhor maneira possível o orçamento. Assim, como salienta Clève, no campo da atividade judicial, deve ser compreendida como uma variável que imponha cuidado, prudência e reponsabilidade.<sup>491</sup> No mesmo sentido se manifesta Jorge Reis Novais, que atenta que a reserva do possível deve vigor como um mandado de otimização da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever de promover condições ótimas da prestação estatal.<sup>492</sup>

Assim, quando o Poder Judiciário é acionado em demanda judicial que envolve a concretização de direitos fundamentais – e de controle de políticas públicas -, a reserva do possível deve consistir em cláusula que chame a atenção para o dever de o Estado projetar com o máximo de eficiência os meios disponíveis à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Isso quer dizer, portanto, que o Poder Judiciário deve ser capaz de proteger os direitos fundamentais, produzindo decisões factíveis e capazes de

---

<sup>489</sup> SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 574. Comunga deste entendimento Ingo Sarlet. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf), acesso em 06 de setembro de 2013.

<sup>490</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... *Op. Cit.*, p. 16.

<sup>491</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* *Op. Cit.*, p. 29. No mesmo sentido, cf. ARENHART, Sergio. Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... *Op. Cit.*, p. 512.

<sup>492</sup> Jorge Reis Novais. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295. Osvaldo Canela Junior, sobre o tema, afirma que “o postulado de estabilidade e de inação, carga ideológica flagrantemente extraída da teoria da reserva do possível, é característico do Estado liberal. Não se coaduna, nesta perspectiva, com os ideais de programação e de intervenção estatal, ínsitos ao Estado social”. Cf. CANELA JUNIOR. Osvaldo. O Orçamento, e a Reserva do Possível: Dimensionamentos no Controle Judicial de Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 232.

aprimorar a realidade concreta.<sup>493</sup> Como afirma Sarlet, o juiz, vislumbrando este fim, pode redirecionar prioridades em matéria de alocação de recursos.<sup>494</sup>

Ocorre que, quando uma determinada decisão judicial concede uma prestação material, a decisão alocativa envolve, necessariamente, uma dimensão desalocativa. Como aponta Daniel Sarmento, decisões dessa natureza retiram “recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais”<sup>495</sup>. Este fator tem trazido novos contornos à problemática da escassez de recursos e à tutela jurisdicional de direitos fundamentais prestacionais no Brasil, notadamente pelo fato de que, como já afirmado anteriormente, o Judiciário tem sido cada vez mais acionado por meio da tutela individual em busca da concretização dos direitos fundamentais.<sup>496</sup>

Segundo Daniel Sarmento, a tendência é que essas decisões individuais a respeito de direitos fundamentais se multipliquem, e acabem por comprometer cada vez mais a racionalidade das políticas públicas, criando implicitamente preferências para algumas pessoas na utilização dos bens escassos sem qualquer parâmetro ético ou

---

<sup>493</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, o juiz deve estar atento à necessidade de garantir a exequibilidade de suas decisões. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 139 e ss.

<sup>494</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLI\\_S\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf), acesso em 06 de setembro de 2013.

<sup>495</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 556.

<sup>496</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 596. Acerca do controle judicial de políticas públicas em vista da escassez de recursos e da recorrente invocação da reserva do possível, Daniel Wei Liang Wang realizou um interessante estudo, a fim de buscar indicativos de como o Poder Judiciário vem lidando com decisões que envolvem tais elementos. Para tanto, o autor analisou jurisprudência do STF em casos envolvendo o direito à educação e saúde, todos entre 2000 e 2010, tanto envolvendo demandas de cunho concreto quanto ações de controle abstrato. Para Wang, há uma grave incoerência nos julgamentos dos casos envolvendo políticas públicas. No caso da saúde, por exemplo, o autor constatou que até 2007 não eram feitas maiores considerações a respeito da escassez de recursos, de modo que praticamente todas as demandas envolvendo pedidos de tratamento ou concessão de medicamentos eram deferidas, com o argumento de correção da omissão estatal. Ocorre que, após 2007, houve uma mudança na postura do STF, que passou a ponderar abstratamente o direito à saúde com questões financeiras. Entretanto, observa-se que até os dias de hoje o STF tem dificuldades em estabelecer critérios para aplicar de maneira uniforme o critério da escassez dos recursos, sendo recorrente as decisões que discrepam por se basearem ora no argumento da escassez de recursos, ora no dever absoluto de proteger a vida, deferindo tutelas por conta da urgência do tratamento, gravidade da doença, etc. Segundo o autor, no caso da educação, embora os custos dos direitos e a escassez de recursos sejam citadas em boa parte das decisões, não têm papel relevante na fundamentação dos votos, criando, assim, a situação curiosa em que “o tribunal mostra ter ciência da relevância destas questões, mas não as leva em consideração na hora de decidir”. Cf. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 356-363.

jurídico.<sup>497</sup> Sob um discurso que busca a concretização da justiça, do ponto de vista concreto, cria-se uma completa inversão da lógica distributiva própria dos direitos sociais, criando uma redistribuição de recursos por ordem de chegada daqueles que acessam os tribunais. O caráter coletivo da concretização dos direitos prestacionais e das políticas públicas acaba comprometido, de alguma forma, por conta da realocação de recursos para o cumprimento de tutela individuais.<sup>498</sup>

Trata-se de, neste ponto, de efeito que imprime a visualização da terceira dimensão mencionada por Sarlet a respeito da teoria da reserva do possível: a análise da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e à sua razoabilidade em relação à outros direitos fundamentais. Como assinalado, a reserva do possível deve indicar prudência na análise judicial, de modo a determinar a obrigação de o Poder Público alocar da melhor maneira possível os recursos públicos para a satisfação de direitos fundamentais. Sob este viés, há de se proteger não só os direitos fundamentais invocados jurisdicionalmente, mas todos aqueles que envolvem a necessidade de dispêndio de recursos, e que podem eventualmente ser prejudicados pelos provimentos jurisdicionais que demandem realocação de recursos.

Como aduz Daniel Sarmento, o impacto é inequívoco e em vista disso precisa ser enfrentado. Mas como promover uma atuação judicial que seja capaz de contribuir efetivamente à construção de um ambiente de maior respeito aos direitos dos cidadãos? O julgamento, continua Sarmento, força uma análise da macrojustiça, “que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos”.<sup>499</sup> Esta constatação, ao que tudo indica, aponta mais uma vez para a necessidade de uma análise judicial que privilegie a ótica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando da realização do controle de políticas públicas, tendo em vista que se analisa o dever estatal perante a coletividade, e não sob o ponto de vista individual.

Assim, a partir da reflexão até aqui apresentada, parte-se, no capítulo seguinte, para a análise do controle de políticas públicas sob o ponto de vista do Direito Processual

---

<sup>497</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 585.

<sup>498</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 111.

<sup>499</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 584.

Civil, em busca da investigação dos instrumentos e técnicas processuais adequadas a esta espécie de atividade do Poder Judiciário.

### **CAP. 3 – VIAS PROCESSUAIS DE TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O capítulo anterior buscou promover uma análise acurada da conformação das políticas públicas, para que fossem ressaltadas duas de suas características principais: a processualidade e a continuidade. A conformação de uma política pública, como se viu, envolve uma construção cadenciada de uma multiplicidade de atores e demanda um intervalo de maturação entre a sua conformação e a visualização dos efeitos concretos por ela atingidos. Tais características, como se argumentou, jamais podem ser desconsideradas pelo Judiciário quando este realiza o controle de políticas públicas.

Na sequência, destacou-se que o Judiciário, ainda que muitas vezes sem se dar conta da dimensão integral do problema, tem admitido a possibilidade de intervir e ocasionalmente até mesmo ditar os rumos das políticas públicas. Buscou-se explicitar que a tarefa do controle judicial envolve fatores complexos que extrapolam discussões sobre a legitimidade ou não do Judiciário para intervir em questões que, em princípio, estão destinadas constitucionalmente aos demais Poderes. A doutrina, atualmente, tem se debruçado sobre a análise dos limites e contornos de intervenção judicial.

Foram apresentados modelos que se destinam a delimitar o espaço de atuação do agir jurisdicional quando invocado a manifestar-se sobre políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais. Demonstrou-se a necessidade de se visualizar de maneira distinta situações que envolvem a existência ou não de determinada política pública, além de sua eventual insuficiência, a partir das ideias de autovinculação e heterovinculação. Ressaltou-se a insuficiência de modelos que buscam circunscrever a atuação judicial ao controle do orçamento público, eis que não compreendem a complexidade da construção e desenvolvimento de uma política pública e acabam por restringir o alcance do controle judicial a apenas um dos processos juridicamente articulados que dizem respeito a elas.

Por fim, foram tecidas considerações sobre as ideias do mínimo existencial e da reserva do possível, modelos construídos a partir da experiência jurisprudencial e que têm por escopo delimitar, na prática, a justiciabilidade dos direitos fundamentais. Conforme se argumentou, tais modelos objetivam contribuir para que as decisões



judiciais levem em conta a escassez de recursos e o caráter normativo de um conteúdo mínimo de direitos – ainda que, como demonstrado, a doutrina e a jurisprudência não tenham chegado a uma delimitação definitiva sobre o que integraria este mínimo. Concluiu-se que tais construções acabam por revelar-se insuficientes para parametrizar o controle judicial de políticas públicas, pois este envolve a necessidade de uma perspectiva para além da delimitação de determinado direito sob o viés subjetivo. Além disso, acerca da escassez de recursos, o capítulo anterior ressaltou que a crescente concessão individualizada de tutelas acaba por realizar uma redistribuição de recursos por ordem de chegada nos tribunais, muitas vezes em detrimento da utilização de mecanismos de tutela coletiva do direito, que possibilitariam o acesso universalizado às pretensões.

O terceiro capítulo deste trabalho, a partir da problemática anteriormente desenvolvida, tem por objetivo delinear as possíveis pontes de interação entre Judiciário e Poderes eleitos quando se trata de controle de políticas públicas. Objetiva-se, assim, trazer reflexões sobre as vias processuais pelas quais uma política pública pode ser controlada ou afetada, ainda que indiretamente, pelo Judiciário. Conforme se argumentou em linhas anteriores, o controle de constitucionalidade brasileiro é bastante abrangente e viabiliza a repressão do agir estatal inconstitucional tanto pela via abstrata quanto pela via concreta. A tarefa consiste em buscar racionalizar este processo, de modo a instrumentalizar a atuação judicial para que promova de maneira adequada a tutela dos direitos sociais, seja pela via individual, seja pela coletiva.<sup>500</sup>

Os direitos fundamentais, dentre eles os sociais, como destacado no capítulo primeiro, possuem uma conformação poliédrica. Isso quer dizer que todos os direitos fundamentais possuem um duplo caráter (subjetivo e objetivo) e são multifuncionais, pois conformam uma variedade de pretensões jurídicas jusfundamentais. É possível

---

<sup>500</sup> PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil... Op. Cit.*, p. 165. Sobre o tema, argumenta Clèmerson Merlin Clève que “Há, sem dúvida, a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Neste passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção. Mas diante da insuficiência dos apontados instrumentos, particularmente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive ações coletivas, especialmente a ação civil pública”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória... Op. Cit.*, p. 25.

afirmar, portanto, que tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais podem, a depender da situação, gerar pretensões titularizadas tanto por indivíduos determinados quanto por um grupo ou uma coletividade. Como afirma Hachem, “se considerado o direito fundamental como um todo (sentido amplo), é possível afirmar que todos eles, independentemente do rótulo ou classificação que se lhes dê (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc.), exibem simultaneamente uma titularidade individual e transindividual”.<sup>501</sup>

Assim, há diversas pretensões jurídicas emanadas dos direitos fundamentais. Todas elas podem ser reivindicadas em juízo, sejam individuais, coletivas ou difusas, digam respeito à dimensão objetiva ou subjetiva, demandem uma abstenção estatal ou uma prestação fática ou normativa, mesmo que através de instrumentos específicos e com graus de exigibilidade diferenciados, a depender do que esteja em foco.<sup>502</sup> Há um grande equívoco doutrinário, como elucida Hachem, em se buscar “atestar genericamente que um direito fundamental como um todo possui titularidade individual ou transindividual (v.g., afirmar que ‘educação é um direito fundamental individual’ ou que ‘saúde é um direito coletivo’), já que um mesmo direito enfeixará, necessariamente, pretensões jurídicas de ambas as naturezas”.<sup>503</sup>

Trata-se, portanto, de verificar, na situação concreta, qual via processual é mais adequada à resolução do problema, para que seja possível promover ao máximo e de maneira universalizada a concretização dos objetivos constitucionais. A eleição da via adequada no controle de políticas públicas é capaz de superar ou ao menos minimizar os possíveis efeitos colaterais invocados pela doutrina para desestimular este tipo de atuação judicial, tais como: (i) a falta de *expertise* do Judiciário para lidar com assuntos que envolvem uma visão global (macrojustiça), (ii) a concessão de tutelas somente para aqueles que possuem capacidade de acessar o Judiciário, e (iii) a sobrecarga no sistema da justiça, dentre outros.<sup>504</sup> Para que o Judiciário seja um ator que realmente contribua para o aprimoramento da democracia, nos casos que envolvem ação ou omissão estatal

---

<sup>501</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 647.

<sup>502</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 649.

<sup>503</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 650.

<sup>504</sup> VALLE, Vanice Regina Lório do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 55.

que afete uma coletividade, deve ser capaz de atuar da forma que melhor reposicione os demais Poderes e que ofereça realmente respostas capazes de viabilizar a fruição do direito social por todos os titulares.

Este capítulo foi subdividido em dois tópicos principais. O ponto 3.1 tem a finalidade de apresentar as vias processuais pelas quais o Judiciário pode interferir nas políticas públicas concretizadoras de direitos sociais. O tópico 3.2, por sua vez, se deterá especificamente à análise da tutela coletiva de direitos, buscando delinear algum dos desafios postos ao Judiciário para o aprimoramento do controle judicial de políticas públicas.

### **3.1 Vias processuais de intervenção jurisdicional em matéria de políticas públicas**

O compromisso pela efetividade dos direitos trazidos na Constituição Federal de 1988 tem gerado uma intensa judicialização de assuntos ligados diretamente às políticas públicas.<sup>505</sup> Os mecanismos de acionamento do controle judicial de políticas públicas são vários, decorrentes inclusive da própria conformação complexa das políticas, que podem ser decompostas em diversas etapas, normas abstratas de direito e atos administrativos. Como afirma Felipe de Mello Fonte, o juízo de constitucionalidade pode recair sobre cada uma das faces que compõem a política pública ou mesmo sobre o todo. Em todas estas circunstâncias, haverá, mesmo que de forma não abrangente, controle de políticas públicas.<sup>506</sup>

Maria Paula Dallari Bucci, dentre diversos outros autores,<sup>507</sup> afirma que, dentre as vias processuais disponíveis para o controle de políticas, algumas se revelam mais adequadas do que as outras. Para a autora, as ações coletivas, como mecanismo de processamento de demandas coletivas e massificadas, são “o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados em políticas públicas”.<sup>508</sup> Apesar disso, há situações que se amoldam a outras vias processuais também aptas a estabelecer uma reivindicação pela melhor atuação do Poder Público na concretização

---

<sup>505</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 55.

<sup>506</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 49.

<sup>507</sup> Dentre eles estão: Ada Pelegrini Grinover, Felipe de Melo Fonte, Osvaldo Canela Junior.

<sup>508</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito...Op. Cit., p. 31.

de direitos fundamentais, que acabam por afetar, ainda que de forma indireta, a conformação das políticas públicas.

Pode-se dizer que os meios processuais em que é possível realizar o controle ou a afetação das atividades relacionadas às políticas públicas são, como explica Camilo Zufelato, de duas naturezas: (i) as ações do controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão; e (ii) todas as ações que possibilitam a realização do controle concreto de constitucionalidade, que corrigem a omissão ou o desvirtuamento do Estado na consecução das políticas públicas em situações concretamente postas sob análise.<sup>509</sup> Isso, naturalmente, sem esgotar outras possibilidades de controle do Poder Público diante de situações ilegais ou mesmo violadoras de atos administrativos que repercutam na concretização de direitos sociais.

As ações que viabilizam o controle concreto podem ser, por sua vez, relacionadas a instrumentos de tutela de pretensões individuais ou transindividuais. A proteção de posições jurídicas individuais pode se dar por instrumentos processuais manejados pelo próprio titular do direito, ou mesmo por legitimados ativos, via ferramentas da tutela coletiva, no caso de direitos individuais que ostentam origem comum (direitos individuais homogêneos). A seu tempo, a tutela de pretensões jusfundamentais de natureza transindividual, que dizem respeito à coletividade, é realizada por meio de instrumentos de tutela coletiva (direitos coletivos *stricto sensu* e direitos difusos).<sup>510</sup> Os subtópicos seguintes deste ponto, assim, se destinam a promover um enfoque da possibilidade de controle judicial de políticas públicas sobre cada uma destas possibilidades.

### 3.1.1 O controle de constitucionalidade abstrato e as políticas públicas

---

<sup>509</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... *Op. Cit.*, p. 315.

<sup>510</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21 e ss. e HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 316.

Como visto no capítulo inicial, o controle de constitucionalidade no Brasil incorporou os modelos americano (difuso e concreto) e europeu (concentrado e abstrato). O controle difuso foi previsto no sistema constitucional brasileiro desde a primeira Constituição republicana de 1891. O controle de constitucionalidade concentrado, por sua vez, foi introduzido por meio da emenda constitucional n. 16 de 1965, que estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal mediante representação que lhe fosse encaminhada pelo Procurador-Geral da República.<sup>511</sup> Somente após a Constituição Federal de 1988, no entanto, é que foi superado o monopólio da legitimação do Procurador-Geral da República e, dentre outras mudanças, o rol de legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade foi ampliado.<sup>512</sup>

Segundo Clèmerson Merlin Clève, com a ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de constitucionalidade (criada pela Emenda Constitucional n. 3 de março de 1993), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o controle de constitucionalidade sofreu uma verticalização: através da primazia da jurisdição constitucional concentrada pode-se dizer que houve uma compressão da jurisdição constitucional difusa.<sup>513</sup>

Foge do escopo do presente trabalho delinear as particularidades e a conformação das ações de constitucionalidade do controle concentrado no Brasil.<sup>514</sup> O

---

<sup>511</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito... *Op. Cit.*, p. 151. Gilmar Ferreira Mendes ensina que, antes da Emenda Constitucional n. 16 de 1965, já havia uma figura prévia do controle de Constitucionalidade concentrado – a representação interventiva. Segundo o autor, a Constituinte de 1891 já demonstrou preocupação acerca da necessidade de garantir que o STF fosse legitimado a conhecer alegação de ofensa pelo Estado-Membro a determinados princípios da ordem federativa. Para um apanhado histórico completo do controle de constitucionalidade no Brasil, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 64 e ss.

<sup>512</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Idem*, p. 70 a 85. Para a análise sistemática das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 ao controle de constitucionalidade, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro... Op. Cit.*

<sup>513</sup> Segundo Clève, ainda, seguindo essa tendência, “foi ampliada a legitimação da ação direta de inconstitucionalidade depois da Constituição de 1988, em que pese a auto-restrição do Supremo Tribunal Federal na exigência de pertinência temática para os legitimados ativos que não os universais”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação*. Conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. A gravação da referida conferência está disponível em: <http://www.clevedadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>. No mesmo sentido, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional... Op. Cit.*, p. 85 e ss.

<sup>514</sup> Sobre a natureza, finalidade, procedimento, legitimidade processual e objeto da Ação direta de inconstitucionalidade, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional... Op. Cit.*, p. 397-400. Sobre a Ação direta de constitucionalidade, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Sobre a ação direta de

que se objetiva discutir no presente tópico se resume às seguintes indagações: (i) São as ações de controle concentrado um meio processual apto a realizar o controle de políticas públicas? (ii) Qual a posição do Supremo Tribunal Federal a este respeito?

As políticas públicas, como visto, não se conformam apenas através da edição de leis ou atos normativos. Mais do que isso, elas se materializam por meio de um conjunto de processos juridicamente articulados, que, por sua vez, conformam um complexo de atos que se desenvolvem em diversas etapas e se exteriorizam de diversas formas, dentre elas leis e atos normativos.<sup>515</sup> Pode-se mencionar, como diplomas legislativos que conformam políticas públicas, por exemplo, a Lei n. 11.343/06, que instituiu o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, a Lei n. 6.938/81, que conforma a política nacional de meio ambiente e a Lei n. 11.445/07, que diz respeito às diretrizes nacionais de saneamento básico.<sup>516</sup>

Uma lei ou ato normativo, portanto, pode configurar parte do que compõe uma política pública. Tais normas, que dizem respeito direta ou indiretamente à formulação, conformação e implementação de políticas públicas, podem, por previsão constitucional, ser declaradas inconstitucionais por meio do controle concentrado. Nestas situações, ainda que o controle seja exercido de maneira pontual – já que com a declaração de inconstitucionalidade ou não de determinada norma não se analisa toda a complexidade que conforma a política pública – o Judiciário realizará, em alguma medida, o controle de políticas públicas.

O Supremo Tribunal Federal não possui um posicionamento sedimentado acerca dos limites de controle de políticas públicas em seus julgados. Pode-se dizer que ora manifesta uma postura de autocontenção em casos desta natureza, ora adota uma postura mais ativista, admitindo a intervenção jurisdicional para sanar uma realidade de supressão de direitos fundamentais – esta postura mais ativista, em geral, ocorre diante de situações de controle concreto de constitucionalidade, especialmente para garantir tutelas relacionadas ao direito de saúde.<sup>517</sup> Como exemplo de uma postura que manifesta

---

constitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>515</sup> Para uma explicação mais bem detalhada da complexidade das políticas públicas, conferir o ponto 2.1.

<sup>516</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais...* *Op. Cit.*, p. 32 e ss.

<sup>517</sup> Como por exemplo: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL

certa deferência pelas escolhas dos representantes eleitos, pode-se citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 1698, julgada em 2010, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia. No referido julgado, o STF compreendeu que, ainda que fosse possível verificar um grave quadro de analfabetismo na realidade brasileira, não haveria omissão inconstitucional por parte do Chefe do Poder Executivo federal, tendo em vista o elevado número de programas governamentais para a área de educação na ocasião. A intervenção judicial, portanto, seria descabida.<sup>518</sup>

Sobre o assunto, vale ressaltar decisão monocrática proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, de relatoria do Ministro Celso de

---

RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – (...) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS, Dj. 22/11/2013). Vale ressaltar que existem vários estudos que abordam especificamente o direito à saúde e sua tutela judicial. Confira-se, dentre outros: BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetro para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Tutela judicial do direito fundamental à saúde: interpretando a Constituição a partir do projeto democrático brasileiro. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. 1 ed. Curitiba - Paraná: Juruá, 2013, p. 145-179; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná; HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

<sup>518</sup> “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1698, Relatora: Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2010, DJe- 15-04-2010, p. 32-38)

Mello. Tal decisão foi paradigmática e gerou vasta repercussão acadêmica, notadamente pelo fato de que o Ministro Relator proferiu extenso voto tratando do assunto, embora, no caso, a ADPF tenha sido extinta sem julgamento por perda de objeto.

A ADPF n. 45 consistiu em ação promovida pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) em busca da suspensão do veto presidencial relativo ao Art. 59, parágrafo segundo da Lei n. 10.707/2013<sup>519</sup> – diploma legal que dispunha sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária da União Federal de 2004. O referido dispositivo visava garantir que o mínimo constitucional previsto para os gastos com saúde fosse utilizado exclusivamente para ações e serviços de saúde. Com o veto presidencial, o mínimo constitucional previsto para a saúde poderia ser subdividido em mais outras três rubricas que a norma vetada excetuava do mínimo constitucional: (i) encargos previdenciários; (ii) serviço da dívida; (iii) gastos do Ministério da Saúde subsidiados com os recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, o que seria, conforme alegação do arguente, inconstitucional por violar os dispositivos dos artigos 6º e 196 da CF. Na ocasião, o Presidente da República argumentou a dificuldade de alcançar o equilíbrio orçamentário caso o referido dispositivo não fosse vetado, mas antes que a ADPF fosse julgada, encaminhou ao Congresso Nacional projeto de lei (transformado na Lei n. 10.777/2003) com o objetivo de restaurar integralmente o dispositivo por ele anteriormente sustado.<sup>520</sup>

Embora a ADPF n. 45 tenha perdido o seu objeto, o Ministro Celso de Mello proferiu na ocasião extensa decisão em que desceu às minúcias do tema debatido. Muito embora suas conclusões não tenham passado pelo crivo do colegiado, pois proferidas em decisão monocrática – o que, portanto, não garante que estejam infensas à discordância dos demais ministros – tal precedente constitui, segundo Felipe de Melo

---

<sup>519</sup> Art. 59. A proposta e a lei orçamentária incluirão os recursos necessários ao atendimento:

II - da aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde, em cumprimento ao disposto na Emenda Constitucional no 29, de 13 de setembro de 2000.

§ 2 Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se como ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza.

<sup>520</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais... Op. Cit.*, p. 35.



Fonte, o primeiro enfrentamento direto dos argumentos envolvendo políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>521</sup>

Na decisão, o Ministro relator reconheceu a dimensão política da jurisdição constitucional conferida à Corte, e qualificou a ADPF como instrumento idôneo para promover o controle judicial de políticas públicas.<sup>522</sup> Além disso, o argumento genérico da reserva do possível para justificar a omissão estatal na concretização de políticas garantidoras de direitos fundamentais sociais foi desconstruído, afirmando o ministro que, muito embora não seja tarefa do Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe cabe, quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos político-jurídicos, comprometerem a eficácia dos direitos de estatura constitucional.<sup>523</sup> Vale colacionar alguns trechos do voto do Ministro Celso de Mello:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

(...)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na

<sup>521</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais...* Op. Cit., p. 35.

<sup>522</sup> Sobre a Arguição de Descumprimento de preceito fundamental, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional...* Op. Cit., p. 411-417. Sobre a problemática em torno da definição do que seja preceito fundamental, cf. ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas... Op. Cit.

<sup>523</sup> Autores como Sérgio Cruz Arenhart, Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki também promovem uma análise da referida decisão. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... Op. Cit., p. 18 e ss. e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas... Op. Cit., p. 59-86.

Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

(...)

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, **a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.**

(...)

**Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.**

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

(...)

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

**A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.** (grifo nosso)<sup>524</sup>

<sup>524</sup> STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+45.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>. Acesso em 07 de março de 2013.

O controle de constitucionalidade abstrato de leis e atos normativos é, portanto, um meio processual adequado ao controle de políticas públicas – conclusão inclusive admitida pelo STF. Embora tal via processual não tenha a vocação de acompanhar todo o ciclo de conformação de políticas públicas e suas distintas etapas, assegura uma ampliação do debate democrático sobre decisões dos representantes eleitos que afetam a todos, pois permite a sua revisão, caso inconstitucionais.<sup>525</sup> Ademais, possui a vantagem de atingir de maneira semelhante os jurisdicionados que desfrutam da mesma situação jurídica, garantindo um tratamento uniforme e molecular à questão.<sup>526</sup> Tal fato neutraliza a problemática em torno do tratamento desigual, muitas vezes levantada pela doutrina, entre aqueles que obtêm êxito em suas demandas individualizadas e aqueles que, embora sejam também titulares da pretensão jusfundamental, não têm oportunidade de acessar o Judiciário.<sup>527</sup>

Sobre o controle de constitucionalidade concentrado e a judicialização do debate em torno dos direitos sociais, soa oportuno mencionar o recente estudo empírico realizado por Thamy Pogrebinski, professora de Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A autora reuniu em um banco de dados as 4.574 ações protocoladas no STF entre 1988 e 2009, relativas ao controle constitucional direto e abstrato, com o objetivo de visualizar, a partir de dados concretos, o comportamento da Corte Suprema em relação aos demais Poderes. Foram catalogadas 4.347 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), 202 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e 25 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC).<sup>528</sup>

<sup>525</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007, p 66.

<sup>526</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação Civil Pública: Judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 120 e ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas... *Op. Cit.*, p. 446.

<sup>527</sup> ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas... *Op. Cit.*, p. 448. Sobre a importância dos precedentes para a atuação da jurisdição contemporânea, e da aproximação, no caso brasileiro, da civil law e da common law, cf. MENDES, Ubirajara Carlos; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O Judiciário como portal de respostas obrigatórias... *Op. Cit.*, p. 260 e ss, e BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea*. Curitiba: Tese de Doutorado em Direito (PUC/PR), 2011, p. 50 e ss.

<sup>528</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Prefácio. In: POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?... Op. Cit.*. Registre-se que há outros estudos empíricos sobre o tema da judicialização no Brasil anteriores ao apresentado neste trabalho, como o Luiz Werneck Vianna e outros e o de Matthew M. Taylor. Para outras perspectivas, cf. BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz Werneck. *Dezessete anos de*

A partir de sucessivos recortes, Pogrebinschi reduziu o universo do banco de dados em 810 ADIs e ADPFs<sup>529</sup> que discutiam leis e atos normativos do Poder Legislativo Federal.<sup>530</sup> Embora a delimitação do campo de pesquisa não tenha abrangido atos emanados diretamente do Poder Executivo – excetuando, pois, a articulação direta entre STF e Executivo –, há de se atentar para o fato de que, no Brasil, após a Constituição Federal de 1988, o Poder Executivo tem desempenhado intensa atividade legislativa, seja por meio de Medidas Provisórias, seja por meio da propositura de Projetos de Lei.<sup>531</sup>

Os dados apresentados por Fernando Limongi atestam o controle do Poder Executivo sobre os assuntos objeto de produção legislativa: desde a promulgação da Constituição de 1988 até o ano de 2006, o Poder Executivo dominou a pauta da produção legislativa federal em 85,6% das vezes. Além disso, obteve um percentual de sucesso – que indica que a matéria ventilada pelo Executivo foi aprovada pelo Legislativo ao longo do mandato daquele que submeteu a medida – que supera os 70%.<sup>532</sup> Isto quer dizer que, muito embora o estudo de Pogrebinschi possua o recorte que exclui o controle de constitucionalidade de atos emanados diretamente pelo Poder Executivo, os dados não deixam de possuir correspondência também em relação a este Poder, já que este é que tem pautado a agenda do Poder Legislativo.<sup>533</sup>

---

judicialização da política. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85 e TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil... *Op. Cit.*, p. 229-257.

<sup>529</sup> Por razões metodológicas, a autora excluiu de seu objeto de análise as Ações Diretas de Constitucionalidade. Atenta Pogrebinschi para o fato de que, entre 1988 e 2009, somente 25 ADCs foram distribuídas (0,55% das ações de controle concentrado já existentes), número pouco elevado em decorrência, dentre outras coisas, de que somente em 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, houve ampliação do rol de legitimados para propô-la, equiparando aos legitimados da ADI. Da 25 Ades catalogadas, 16 delas tinham como objeto norma proveniente do Legislativo federal. A opção pela exclusão, segundo a cientista, decorreu, dentre outros fatores, porque a essência dos objetivos da ADC são inversos aos da ADI e da ADPF, já que aquela busca a confirmação da constitucionalidade das normas. Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?... Op. Cit.*, p. 23-15.

<sup>530</sup> A pesquisa levou em conta somente os processos que têm por objeto leis e atos normativos emanados pelo Poder Legislativo federal. Ações com tal característica correspondem a 18,74% dos casos existentes. Os demais 81,26% dos casos (3.717 leis e atos normativos questionados) têm sua origem fora do Congresso Nacional. Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Idem*, p. 22.

<sup>531</sup> Sobre o tema da atividade legiferante dos Governos, e da necessidade de fulminar o seus abusos, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas provisórias*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010 e CLÈVE, Clèmerson Merlin. ... *Op. Cit.*

<sup>532</sup> LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 76, nov. 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=pt&nrm=iso)>.

Acesso em: 18 de dezembro de 2013, p. 23 e ss. Sobre presidencialismo de coalizão e administração pública, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional...* *Op. Cit.*, p. 319-322.

<sup>533</sup> O estudo observa que a iniciativa de leis promulgadas pelo Congresso que lograram ser declaradas inconstitucionais pelo STF é majoritariamente do Poder Executivo. Normas de iniciativa do Poder Executivo

A partir da pesquisa empírica realizada, Thamy Pogrebinschi produziu conclusões que apontam para a existência de um diálogo constitucional entre os Poderes, e não um ativismo jurisdicional neutralizador dos demais órgãos políticos, como parte da doutrina especializada supõe. Ao contrário disso, ao menos em sede de controle de constitucionalidade concentrado, o Poder Judiciário revela-se bastante deferente em relação à produção do Poder Legislativo e, por sua vez, os Poderes eleitos respondem os casos em que há a declaração de inconstitucionalidade com robusta produção legislativa contra-argumentadora. Como resposta à atuação do Judiciário, foi constatada uma média de 6,85 projetos de lei apresentados e de 1,29 normas promulgadas pelo Congresso Nacional como produção superveniente às normas declaradas inconstitucionais no todo ou em parte pelo STF, e que tratavam exatamente sobre os mesmos assuntos objeto de revisão judicial.<sup>534</sup>

Segundo Pogrebinschi, é inexpressivo o total de decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade no todo ou em parte de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional. Concluiu que a Corte Constitucional julgou procedentes, no todo ou em parte, apenas 13,32% das ADIs e ADPFs que buscam impugnar normas provenientes do Parlamento. Tal proposição corresponde a apenas 67 decisões do STF, as quais resultaram na contestação de somente 47 normas do Congresso Nacional, sendo que apenas 3 foram integralmente declaradas inconstitucionais (sendo uma delas anterior ao regime constitucional inaugurado em 1988). Tem-se, assim, que o STF logrou invalidar menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.<sup>535</sup>

---

foram 61,7% (29 normas), do Poder Legislativo, 31,9% (15 normas) e do Poder Judiciário, 6,4% (3 normas). Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?... Op. Cit.*, p. 114. Sobre o papel do Poder Legislativo no cenário contemporâneo, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Poder Legislativo no Brasil contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>534</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?... Op. Cit.*, p. 12.

<sup>535</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Idem*, p. 10-11. Ademais, segundo a autora, “o STF, no julgamento das decisões procedentes e procedentes em parte, tem se valido de três recursos institucionais (interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão) que tendem à preservação do trabalho do Poder Legislativo, limitando os efeitos de suas decisões, quando não evitando a nulidade das leis declaradas inconstitucionais. Isso indica a adoção de uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes e procedentes em parte”. Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Idem*, p. 13.

Mas os dados que se revelam particularmente interessantes para o presente tópico são outros, relativos aos números obtidos acerca da temática das normas que sofreram decisão final declaratória de inconstitucionalidade. Como expõe Pogrebinschi, as 67 ações que decidiram pela inconstitucionalidade versavam sobre 48 objetos específicos, que foram distribuídos pela autora em 6 categorias temáticas: (i) trabalho (relações trabalhistas e previdenciárias); (ii) tributação; (iii) administração pública (serviço público, competências administrativas e questões federativas); (iv) justiça (questões atinentes ao Poder Judiciário, Ministério Público e Advocacia); (v) política (questões eleitorais e partidárias) e, por fim, (vi) direitos (ações sobre direitos difusos e coletivos e questões gerais sobre o acesso a direitos constitucionalmente assegurados).<sup>536</sup>

A categoria “direitos”, que englobou as ações que diziam respeito diretamente aos direitos sociais, respondeu por apenas 6 ações em que houve declaração de inconstitucionalidade no todo ou em parte, número que pode ser considerado pouco elevado. Tais ações tratavam sobre os temas: (a) educação – 3 ações; (b) meio ambiente – 1 ação e (c) liberdade de expressão – 2 ações.<sup>537</sup> Ademais, ainda que as demais categorias estabelecidas por Pogrebinschi fossem contabilizadas, por tratarem tangencialmente de direitos sociais – como é o caso da categoria trabalho e previdência, tal número ainda se revela pouco expressivo, principalmente em relação a outros temas. Do universo de 67 decisões finais julgadas procedentes pelo STF, 26 delas tratavam de temas relacionados aos próprio Poder Judiciário – tais como prerrogativa de função, remuneração dos ministros do STF, Juizado Especial e critérios para nomeação de membro de tribunal. Isso “corresponde a 39% de todas as declarações de inconstitucionalidade contra o poder Legislativo em 21 anos de história democrática.”<sup>538</sup>

Assim, pode-se concluir, a partir da pesquisa empírica realizada por Pogrebinschi que, embora o Supremo Tribunal Federal reconheça a sua legitimidade para tratar de assuntos relacionados ao controle judicial de políticas públicas

---

<sup>536</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Idem*, p. 65.

<sup>537</sup> Segundo Pogrebinschi, “tais ações versam sobre objetos variados, como tabelamento de mensalidades escolares (ADI 0319), transferências de instituições de educação (ADI 3324), funções de magistério (ADI 3772), indenização por impacto ambiental (ADI 3378), exposição de crianças em meios de comunicação (ADI 0869) e lei de imprensa (ADPF 130)”. Cf. POGREBINSCHI, Thamy. *Idem*, p. 66.

<sup>538</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Idem*, p. 67.

concretizadoras de direitos fundamentais, dentre eles os sociais, a prática revela que o controle concentrado não é o meio processual em que o Judiciário atua de maneira mais protagonista ou mais intensa.

Lenio Luiz Streck, apesar de atestar a qualidade e o rigor da pesquisa realizada por Thamy Pogrebinski, promove uma série de críticas às conclusões da cientista política, notadamente quanto ao fato de que os números podem mascarar algumas posturas pouco perceptíveis do STF, como os efeitos decorrentes da utilização das sentenças interpretativas (interpretação conforme e a nulidade parcial sem redução de texto). Tais técnicas de decisão, embora preservem o texto legal, podem alterar completamente a proposição do Legislativo. Nesse sentido, Streck cita como exemplo a ADPF 132, em que o Tribunal fixou uma interpretação conforme para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impedisse o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo.<sup>539</sup>

Inobstante a isso, os números acima trazidos dão conta de revelar que o controle concentrado de constitucionalidade não tem sido o principal mecanismo de controle judicial de políticas públicas. É que, além de esta espécie de controle ser viabilizada somente por meio de um rol específico de legitimados, as ações do controle concentrado possuem uma natureza eminentemente declaratória, limitando-se a consignar se determinada norma é compatível ou não com a Constituição. Casos que demandam um ataque voltado a inconstitucionalidades concretas, que envolvem a necessidade de determinação de obrigações de fazer ou não fazer em situações específicas, reclamam outros instrumentos processuais.<sup>540</sup>

Como adverte Lenio Streck, no plano do controle difuso, é possível observar a judicialização das questões que envolvem demandas por prestações estatais de maneira muito mais intensa. Segundo o autor, a judicialização do direito à saúde, por exemplo, “passa por uma ou duas ações no Supremo Tribunal Federal (controle concentrado) e

---

<sup>539</sup> Para uma crítica completa às posições defendidas por Pogrebinski, notadamente quanto ao tema do ativismo judicial, cf. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>540</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ação Civil Pública: Judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade... Op. Cit.*, p. 120.

por dezenas de milhares de ações nos fóruns e Tribunais da República, inclusive no STF”.<sup>541</sup>

Assim sendo, tendo em vista a relevância do controle concreto na judicialização dos direitos fundamentais sociais, o trabalho se volta a partir de agora para a sua análise. Os pontos seguintes tratarão: da tutela de direitos fundamentais através de demandas individuais (3.1.2) e, em seguida, da tutela coletiva de tais direitos (3.1.3), buscando trazer apontamentos sobre cada uma destas vias processuais para o controle judicial de políticas públicas.

### *3.1.2 A tutela individual e a proteção dos direitos sociais*

Muito se discute, como já exposto nos capítulos anteriores, sobre os efeitos prejudiciais decorrentes da tutela individualizada de direitos ligados à prestações estatais. Argumenta-se, principalmente, sobre a inevitabilidade da escolha política das prioridades alocatícias em vista da escassez de recursos, escolha esta que estaria ao encargo dos Poderes eleitos. Assim, ao conceder de maneira individualizada tutelas que envolvem a realocação de recursos, o Poder Judiciário estaria praticando um “ativismo judicial despreparado”<sup>542</sup>, ao impactar a organização e o desenvolvimento das políticas públicas já planejadas pelo Poder Público. Como explica Maria Tereza Sadek, o principal argumento das autoridades municipais, estaduais e federais no tocante ao tema é o de que os recursos desviados para o cumprimento das decisões judiciais individuais poderiam beneficiar um maior número de pessoas se utilizados para construir novos hospitais, unidades de pronto atendimento, escolas, etc.<sup>543</sup>

Tal realidade não deve ser descurada. De fato, as concessões de tutelas individualizadas relativas aos direitos fundamentais abrangem apenas uma visão pontual, incapaz de visualizar claramente determinada política pública em seu aspecto global. As tutelas individuais de direitos prestacionais, apesar de afetarem em alguma

---

<sup>541</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>, acesso em 09 de novembro de 2013.

<sup>542</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas... Op. Cit.*, p. 596.

<sup>543</sup> SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política... Op. Cit.*, p. 23.



medida as políticas públicas, não têm, portanto, aptidão para exercer o seu controle efetivo, justamente por se tratar de uma perspectiva que diz respeito à relação débito/crédito do cidadão perante o Estado. Como explica Eduardo Appio, as demandas processuais de natureza individual impõem um paradigma fundado na justiça corretiva, que não se encaixa adequadamente ao ideal de justiça distributiva, próprio das políticas públicas.<sup>544</sup>

Além disso, conforme apontado no ponto 2.1 do capítulo anterior, as políticas públicas se conformam a partir de uma complexidade de atos, e se desenvolvem em uma perspectiva sistematizada, sendo necessário um inegável espaço de tempo conformador de todos os processos relacionados à busca pela concretização de seu objetivo. A materialização global dos direitos fundamentais exige, para tanto, a previsão e o desenvolvimento de um plano jurídico-político que define os meios de atuação estatal. Deste modo, falar em políticas públicas, e de seu controle, significa tratar de atos estatais que trarão prestações a uma dada coletividade, como um grupo de crianças de um bairro que necessita de escola, a coletividade de moradores de uma região periférica excluída do plano diretor do município, o grupo de deficientes físicos sem transporte adaptado.<sup>545</sup>

Entretanto, esta inaptidão da tutela individualizada para a realização do controle judicial de políticas públicas não implica na conclusão de que os cidadãos não possuam o direito de pleitear de maneira individualizada pretensões jurídicas decorrentes de direitos fundamentais sociais. Em verdade, trata-se de situações radicalmente distintas. O controle de políticas públicas e a tutela individual de direitos fundamentais configuram situações diferentes, ambas, no entanto, plenamente amparadas constitucionalmente. Uma tutela individual, quando cabível, não deve ser obstaculizada com o argumento utilitarista de que os recursos poderiam ser utilizados para atingir mais pessoas. Nessa hipótese, há de se perquirir, no caso concreto, se o demandante possui direito ou não à concessão da tutela jurisdicional, mesmo que, em alguma medida, isto afete o planejamento dos demais Poderes na organização das políticas públicas. Assim corrige-se, ao menos no plano individual, uma atuação estatal insuficiente ou omissiva

---

<sup>544</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil... Op. Cit.*, p. 55.

<sup>545</sup> O exemplos são de ZUFELATO, Camilo. *Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... Op. Cit.*, p. 329.

que viole um direito fundamental social e que repercuta na esfera jurídica de um cidadão específico.

As normas jusfundamentais são dotadas de um caráter multifuncional, o que quer dizer que delas emana uma série de pretensões jurídicas distintas. Tais pretensões podem ser titularizadas tanto por um sujeito específico quanto por uma coletividade, a depender da situação considerada. Os direitos fundamentais possuem uma natureza jurídica e estrutura normativa complexa, o que quer dizer que todos eles, independentemente de serem classificados doutrinariamente como direitos de liberdade ou sociais, ostentam simultaneamente a titularidade individual e transindividual.<sup>546</sup>

Assim, a feição individual de um direito fundamental garante aos sujeitos o direito de pleitear a tutela jurisdicional em caso de lesão aos bens constitucionalmente protegidos que afete a esfera jurídica particular do indivíduo. A via individual de tutela jurisdicional é fundamental ao exercício da cidadania e, especialmente em circunstâncias emergenciais e dramáticas, em que a omissão estatal expõe o indivíduo ao perigo de morte, por exemplo, a tutela individual serve como mecanismo viável para se obter a prestação material em caráter de urgência.<sup>547</sup> Do contrário, como bem ressalta Daniel Sarmiento, os direitos individuais restariam fragilizados e acabariam dependentes da iniciativa daqueles que são legitimados a propor ações coletivas para serem tutelados judicialmente.<sup>548</sup> É, pois, pacificamente reconhecida a viabilidade da convivência entre pretensões individuais e transindividuais decorrentes dos direitos fundamentais, sendo possível o exercício do direito de ação de maneira distinta ou simultaneamente, pela via individual e pela via coletiva.<sup>549</sup> Ou seja, ainda que em determinados casos a ação coletiva seja a via mais adequada para se proteger um direito em nível global, garantindo seu acesso universalizado a todos seus titulares, não pode o Poder Judiciário se abster

---

<sup>546</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías...* Op. Cit., p. 102 e ss. Para uma exposição detalhada dos direitos fundamentais, remete-se ao ponto 1.1.3 deste trabalho.

<sup>547</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política... Op. Cit., p. 25.

<sup>548</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 585

<sup>549</sup> WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. *Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo*, v. 96, p. 371 e ss. 2001. Como exemplifica Ada Pellegrini Grinover, seria plenamente cabível, por exemplo, a ação coletiva ajuizada com o objetivo de se exigir a cessação da poluição ambiental praticada por uma indústria, para atender os interesses de toda a coletividade e, ao mesmo tempo, uma ação individual proposta por uma vítima reclamando a indenização pelos danos individualmente sofridos em virtude da mesma poluição combatida na ação coletiva. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle jurisdicional de políticas públicas...* Op. Cit., p. 146.

de efetivar uma pretensão individualizada que esteja em consonância com o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de conclusão umbilicalmente ligada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º, XXXV, da CF).

Outrossim, existem situações completamente singulares, que não dizem respeito a outros sujeitos senão o indivíduo lesado. Situações desta natureza não se amoldam às demandas coletivas, já que estas pressupõem a indivisibilidade ou a homogeneidade do direito a ser tutelado. A tutela individual por vezes consubstancia a única forma de trazer ao conhecimento do Judiciário a lesão do direito.<sup>550</sup> Nos casos de tutela individual de direitos fundamentais, com base no direito subjetivo do autor da ação, deverá ser racionalmente delineado o contorno do direito fundamental pleiteado no caso concreto, a partir do arcabouço normativo relacionado e por meio da ponderação dos direitos atingidos.<sup>551</sup>

Quanto ao argumento de que, ao garantir direitos via tutela jurisdicional individual, o Poder Judiciário estaria comprometendo planos mais abrangentes de concretização dos direitos fundamentais à coletividade, deve-se pontuar que, na lição de Ana Paula de Barcellos, é necessário que não se desvincule por completo as noções de microjustiça e macrojustiça. A macrojustiça não deve existir como um conceito rarefeito, etéreo. Deve estar vinculado à realidade e às pessoas concretamente consideradas. Desta forma, levando-se em conta que determinados bens são indispensáveis à dignidade humana dos indivíduos, “a atribuição de tais bens às pessoas – as múltiplas microjustiças – formarão necessariamente um dos conteúdos obrigatórios

---

<sup>550</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 585; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória... Op. Cit.*, p. 23.

<sup>551</sup> Extrapola o objeto deste trabalho a discussão acerca da delimitação do direito subjetivo do sujeito no caso concreto, por meio da técnica da ponderação. Todavia, remete-se ao modelo dos direitos subjetivos garantidos *prima facie*, defendido por autores como Robert Alexy, Martin Borowsky e Ingo Sarlet. Como explica Sarmiento, de acordo com este modelo, os direitos sociais possuem natureza principiológica e se sujeitam a um mecanismo de ponderação no caso concreto. Nesta ponderação, comparece, de um lado, o direito social em jogo, e, do outro, princípios como os da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros que seriam afetados pela garantia do direito contraposto, a partir do princípio da proporcionalidade. Como argumenta Sarmiento “Esta solução é profundamente comprometida com a efetivação dos direitos sociais, mas leva em consideração todas as dificuldades fáticas e jurídicas envolvidas neste processo, bem como a existência de uma ampla margem de liberdade para os poderes políticos neste campo, decorrente não só da sua legitimidade democrática, como também da sua maior capacidade funcional.” Cf. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 568. Sobre a ponderação de princípios, cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales... Op. Cit.* Para uma abordagem crítica da utilização da técnica da ponderação nos direitos fundamentais, cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais... Op. Cit.*; PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

da macrojustiça, de tal modo que, se esta última não incluir tais prestações em seu bojo, haverá uma injuridicidade em sua concepção”<sup>552</sup>.

Importa salientar também que há casos em que a tutela individual de direitos fundamentais acaba por transbordar seus efeitos e garantir direitos e interesses coletivos *lato sensu*.<sup>553</sup> No caso, por exemplo, em que determinado sujeito portador de necessidades especiais ajuíza ação judicial para requerer que o Município realize obras de adaptação em escola pública, como a instalação de elevador e a adaptação de sanitário para portadores de deficiência física. Os efeitos de uma eventual condenação serão obviamente aproveitados por todos aqueles que necessitam das referidas adaptações.<sup>554</sup>

No mais, vale acrescentar que o agir jurisdicional provocado reiteradamente pela via individual de tutela de direitos pode funcionar como um mecanismo apto a indicar um *déficit* de eficiência da eventual política pública de determinado segmento. Como explica Vanice Regina Lírio do Valle, o controle do agir estatal, que se inicia a partir da repetição de casos relacionados à dimensão subjetiva e individual dos direitos fundamentais, denuncia muitas vezes a omissão ou ineficiência do Poder Público no cumprimento de deveres relacionados à dimensão objetiva de tais direitos. Tal realidade sugere a necessidade de provocação dos órgãos encarregados à promoção das políticas públicas em nível universal, por intermédio das ações coletivas.<sup>555</sup>

Assim, conclui-se que a proliferação dos pedidos individuais de tutela de determinado direito fundamental pode funcionar como um mecanismo de pressão para a modificação da agenda política, funcionando como catalisador de demandas. A doutrina cita como exemplo real disso as demandas relacionadas à busca por medicamento para tratamento da AIDS no Brasil, nos anos 90. Na ocasião, a proliferação das ações individuais acabou por contribuir para a conformação de uma

---

<sup>552</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais...* *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>553</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle jurisdicional de políticas públicas...* *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>554</sup> Este exemplo foi retirado de um caso concreto. Trata-se da apelação cível n 231.136.5/9-00, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, e condenou a prefeitura Municipal de Ribeirão Preto, sob pena de multa, à realização de obras de adaptações para garantir o acesso de portadores de necessidades especiais em prédio de uma escola pública.

<sup>555</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 162.

política pública universalista, como afirma o estudo empírico realizado por pesquisadores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.<sup>556</sup>

Ocorre que tal efeito – o de visualização do *déficit* de observação da dimensão objetiva pelo Poder Público a partir da reiteração das demandas individuais – apesar de configurar um mecanismo de pressão que advoga em direção da busca pela melhor atuação dos representantes eleitos, não neutraliza os aspectos negativos do manejo inadequado da via individual em casos que dizem respeito à omissões estatais que atingem direitos de uma coletividade. A realização da correta diferenciação, na prática, entre situações em que é necessária a satisfação pontual da pretensão individualizada daquelas em que o ideal é a determinação de uma ação administrativa coletiva que resolva de maneira abrangente as carências decorrentes da insuficiência da conduta estatal é fundamental.<sup>557</sup>

Isto porque, tratar uma omissão estatal que atinge a uma coletividade pela via individual, salvo exceções, como acima exposto, não sana a conduta ilegítima estatal e cria uma situação de desigualdade entre aqueles que buscaram a via jurisdicional e aqueles que, embora sofram as mesmas consequências negativas da má conduta do Estado, não têm oportunidades concretas de acesso à justiça.<sup>558</sup> O conflito é absorvido, mas não dirimido pelo Judiciário.<sup>559</sup> Neste caso, observando o magistrado que, em uma demanda individual, restou evidenciada a violação dos deveres objetivos do Estado de proteção e promoção de direitos fundamentais, deve remeter tais informações ao

---

<sup>556</sup> FERREIRA, Camila Duran et al. O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS... *Op. Cit.*, p. 387-431. Disponível também em: <http://getinternet.ipea.gov.br/SobreIpea/40anos/estudantes/monografiacamila.doc.>, acesso em 3 de dezembro de 2013. Segundo Grinover: “(...) o acolhimento da pretensão estritamente individual diminui a disponibilidade de verbas destinadas à política pública geral (aspecto negativo), embora a reiteração de pedidos no mesmo sentido possa acabar influenciando, como já ocorreu, na ampliação da própria política pública (aspecto positivo). Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 149. Sobre o assunto, Cf. ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. A Constituição norteadora das paixões: O Protagonismo Judicial como garantia dos pré-compromissos constitucionais. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Constituição, Democracia e Justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. 1ed. Belo Horizonte: Forum, 2011, v. 1, p. 37-52.

<sup>557</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 682. No mesmo sentido, Eduardo Appio: “Os direitos coletivos não podem ser protegidos através de ações individuais, razão pela qual as ações coletivas e de controle concentrado de constitucionalidade são indispensáveis nas sociedades”. Cf. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil...* *Op. Cit.*, p. 233.

<sup>558</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 145.

<sup>559</sup> CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas...* *Op. Cit.*, p. 145.

Ministério Público, conforme previsão legal do artigo 7º da Lei de Ação Civil Pública.<sup>560</sup> Registre-se que há esforços doutrinários que advogam pela possibilidade de coletivização de demandas individuais. Dentre eles, destaca-se a discussão promovida pelo Centro Brasileiro de Pesquisas e Estudo Judiciais – CEBEPEJ, liderado por Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, que culminou na elaboração de um Anteprojeto de Lei a respeito do controle judicial de políticas públicas. Tal Anteprojeto prevê, no seu artigo 28, a possibilidade de o magistrado, ante a relevância social do pedido e ouvido o Ministério Público, converter ações individuais em coletivas.<sup>561</sup>

Além disso, ainda que se trate de pretensões tuteláveis pela via individual, em casos de idêntica situação fática e jurídica, a via coletiva revela-se também a mais recomendada, haja vista que por meio desta se evitam decisões judiciais contraditórias e o acesso aos bens tutelados é universalizado.<sup>562</sup> A existência de procedimentos coletivos que não excluam a ação individual, constitui, segundo Saulo Versiani Penna “fator de agregação da economia, simplificação, segurança e efetividade que se esperam do processo judicial, especialmente quando relacionado às políticas públicas”.<sup>563</sup>

Assim sendo, uma vez que um direito fundamental pode ostentar uma titularidade individual e, ao mesmo tempo, transindividual, é imprescindível que, a partir da situação posta sob análise, seja identificada a via processual que melhor se amolda a cada objeto da demanda. Haverá prejuízo à prestação jurisdicional efetiva sempre que, diante de situações que reclamem a tutela transindividual de determinado direito – ligadas portanto a omissões estatais que preponderantemente prejudiquem um grupo de indivíduos de maneira homogênea, ou a coletividade –, o tratamento judicial da questão

---

<sup>560</sup> Art. 7. Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

<sup>561</sup> Art, 28. Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva ação individual que: I – tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária. O inteiro teor do Anteprojeto pode ser visualizado em: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 208-513.

Reunião de processos em primeiro grau – Art. 21 e recursos – 23 – conversão da individual em coletiva – 28.

<sup>562</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 669.

<sup>563</sup> PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil...* *Op. Cit.*, p. 323.

limite-se às concessões individualizadas de tutelas jurisdicionais.<sup>564</sup> Como aduz Sergio Cruz Arenhart, são comuns decisões judiciais que atravancam o desenvolvimento dos mecanismos coletivos de tutela dos direitos fundamentais, por estarem muitos magistrados ainda adstritos a um esquema individualista do Processo Civil.<sup>565</sup>

O que se ressalta, portanto, é a necessidade de potencialização das ações que repercutem sobre a coletividade de maneira geral, e que estão disponíveis no ordenamento jurídico para a defesa dos direitos prestacionais. Esta potencialização, evidentemente, passa pelo próprio comportamento dos magistrados, na medida em que, como aduz Arenhart, “são as suas decisões que balizam a conduta dos outros protagonistas processuais”.<sup>566</sup> O manejo das ações coletivas, portanto, deve ser estimulado pelo legislador e pelo Judiciário.<sup>567</sup> Nesse sentido, como orienta Clèmerson Merlin Clève, além das ações de controle de constitucionalidade abstrato, as demandas coletivas, em especial a ação civil pública, podem indicar um meio poderoso de racionalização da atuação do Poder Judiciário na promoção efetiva dos direitos fundamentais.<sup>568</sup> O tópico a seguir tratará detidamente sobre o assunto.

### *3.1.3 A tutela coletiva de direitos fundamentais sociais e o controle judicial de políticas públicas*

Como visto anteriormente, uma das múltiplas funções que podem ser exercidas pelos direitos fundamentais é a de atribuir aos indivíduos o direito à participação nas instâncias deliberativas do Poder Público através de instrumentos e procedimentos adequados. Essa dimensão dos direitos fundamentais repercute não apenas no âmbito do

<sup>564</sup> Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, o que define se uma pretensão deve seguir a tutela processual coletiva ou individual é o elemento que se revela preponderante na situação concreta específica delineado por intermédio do pedido formulado. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 71.

<sup>565</sup> Como assinala o processualista, “Vê-se, ainda hoje, várias decisões judiciais que prestam verdadeiro desserviço à tutela coletiva, quer impondo restrições a ela inexistentes (na ordem jurídica), quer vedando as ações coletivas para certa finalidade – a exemplo de decisões que entendem que as ações “civis coletivas” somente se prestam para impor obrigação de ressarcimento - quer ainda transformando as ações coletivas em ações individuais em que se formaria um litisconsórcio ativo (como se fez com o Art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei n. 9.494/97). Em todas estas limitações se observa nítido conservadorismo e clara vinculação à ótica individual do processo”. ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário...* Op. Cit., p. 7.

<sup>566</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 78.

<sup>567</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 585.

<sup>568</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória...* Op. Cit., p. 25.

Poder Legislativo e do Poder Executivo, mas também na esfera do Poder Judiciário, com vista a impor o dever de se estruturar procedimentos judiciais aptos a tutelar direitos que dizem respeito à coletividade.<sup>569</sup>

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni ressalta a importante relação entre os direitos fundamentais prestacionais e os modelos processuais desenhados para dar conta da tutela dos direitos transindividuais e individuais homogêneos. As ditas ações coletivas, como ressalta o jurista, constituem verdadeiros “condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais”.<sup>570</sup> Como bem argumenta Gilmar Ferreira Mendes, trata-se de um verdadeiro truísmo a afirmação de que vivemos em uma sociedade de massa, a qual reclama o delineamento de formas jurídicas que superem o modelo processual atualmente predominante, este fincado em uma concepção individualizada de proteção dos direitos.<sup>571</sup>

Demandas coletivas, quando endereçadas em face do Poder Público, viabilizam que o povo participe do poder, acenando contra desvios da gestão da coisa pública.<sup>572</sup> A tutela jurisdicional, quando delineada para a proteção de omissões ou insuficiências das condutas estatais, tem sido considerada um mecanismo de participação popular na gestão pública, que pode ocorrer tanto por meio do cidadão (legitimado para propor a ação popular), quanto por meio de entes legitimados que possuem o dever constitucional

---

<sup>569</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 116.

<sup>570</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Idem*, p. 115.

<sup>571</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In. MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 195. Como explica Rodolfo de Camargo Mancuso, grande parte das reformas relativas a Código de Processo Civil tem foco em um manejo judicial em bloco das demandas e recursos: “as chamadas (um tanto ironicamente ‘sentenças vinculantes’: CPC, Art. 285-A – Lei 11.277/2006); o direito sumular como meio obstativo do acesso ao segundo grau (CPC, Art. 518, §1. – Lei 11.276/2006); os recursos extraordinários e especiais por amostragem (CPC, Arts. 543-B e 543-C – Leis 11.418/2006 e 11.672/2008, respectivamente), a par dos elementos de contenção do acesso aos Tribunais Superiores: a *repercussão geral*, exigida para o recurso extraordinário ao STF (CF/88, §3. Do Art. 102 – EC 5/2004) e a potencialização das decisões monocráticas do Relator, nos Tribunais (CPC, Arts. 544, §3, e 557 e §1-A). A coroar esse contexto, a EC 45/2004 trouxe as súmulas vinculantes do STF, poderoso instrumento que opera em dupla finalidade: parametriza as decisões, assim do Judiciário como da Administração Pública e sanciona, com cassação ou anulação, nessa ordem, as decisões judiciais e administrativas que se revelem renitentes (= recusa imotivada) ou equivocadas (= aplicação indevida), como se colhe do § 3. daquele dispositivo”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. *Revista de Processo - RePro*. Ano 33, n. 164, out./2008, p. 153-154.

<sup>572</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo... Op. Cit.*, p. 115. Na mesma toada, segundo Kazuo Watanabe, “as ações coletivas têm como um de seus escopos permitir o acesso à ordem jurídica justa”. Cf. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In. GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p. 128.



de fazer ecoar as vozes dos titulares dos direitos atingidos, via tutela coletiva.<sup>573</sup> No mesmo sentido se posiciona Sergio Cruz Arenhart, que define as demandas coletivas como “verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional”.<sup>574</sup>

Pode-se dizer que um dos maiores desafios do Poder Judiciário, hoje em dia, consiste em promover soluções adequadas a casos que exigem atuação em níveis globais.<sup>575</sup> O cenário em que se desenvolve o constitucionalismo contemporâneo no Brasil é marcado pela garantia de uma série de direitos fundamentais que devem ser concretizados de modo a atingir todos os cidadãos. Quando o Poder Público descumpre o desiderato de promoção satisfatória destes direitos, a tutela coletiva tem se revelado “uma forma extremamente efetiva de realização das políticas públicas, uma vez que permite ao Estado conhecer e resolver a totalidade da controvérsia coletiva em um único processo”.<sup>576</sup>

O tema do processo coletivo tem sido bastante discutido também em outras realidades, como no cenário europeu e norte-americano, justamente por servir como via de proteção de direitos recém amparados pela ordem constitucional e que exigem uma visualização de abrangência supraindividual.<sup>577</sup> Como ressalta Ada Pellegrini Grinover, no cenário brasileiro, a tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa uma das conquistas mais expressivas dos últimos tempos, notadamente porque são aptos a tutelar interesses que possuem uma clara dimensão social.<sup>578</sup>

A via coletiva, em especial por meio das ações civis públicas, tem gerado, segundo Maria Paula Dallari Bucci, “um novo patamar jurídico de cidadania no

---

<sup>573</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo...* Op. Cit., p. 116.

<sup>574</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>575</sup>BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 475.

<sup>576</sup>GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 33-34.

<sup>577</sup>SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais... *Op. Cit.*, p. 526. Sobre as *class actions* e o ambiente norte-americano, cf. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos...* *Op. Cit.*

<sup>578</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo. *Revista de Processo*, vol. 96, p. 28-36, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 33.

Brasil”<sup>579</sup>, e constitui um importante instrumento de diálogo dos jurisdicionados com o Poder Público. No mesmo sentido se posiciona Ronaldo Porto Macedo Junior, que argumenta que as ações coletivas conformam “instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais”.<sup>580</sup>

Antes, porém, de especificar todos os motivos pelos quais a tutela coletiva tem sido considerada pela doutrina majoritária como o mecanismo processual preferencial do controle judicial de políticas públicas, parece fundamental resgatar alguns esclarecimentos terminológicos acerca dos direitos transindividuais e os individuais homogêneos, bem como traçar um panorama sobre quais são os instrumentos de tutela coletiva postos à disposição no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Como já mencionado, o processo coletivo diz respeito tanto a direitos difusos e coletivos quanto a direitos individuais homogêneos. Comumente, a doutrina faz referência a estas três espécies de direitos como direitos coletivos *lato sensu*. Em relação ao termo “direitos transindividuais”, explica Antonio Gidi que a transindividualidade diz respeito, em verdade, à indivisibilidade do direito, de modo que tal expressão deve especificar somente os direitos difusos e coletivos, excluindo-se desta classificação os direitos individuais homogêneos, já que estes, apesar de poderem ser tutelados pela via coletiva, são plenamente individualizáveis, podendo ser atribuídos de maneira separada para cada um de seus titulares. Além disso, para evitar confusões entre os direitos coletivos *lato sensu* e direitos coletivos *stricto sensu*, o autor recomenda a utilização do termo “direitos de grupo” para definir as três espécies de direitos – difusos, coletivos e individuais homogêneos.<sup>581</sup>

Importa, neste sentido, definir especificamente em que consistem os direitos coletivos *stricto sensu*, os direitos difusos e os direitos individuais homogêneos.

---

<sup>579</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em Direito...Op. Cit., p. 33.

<sup>580</sup> MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In. MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 565.

<sup>581</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 211. Explica Elton Venturi que o essencial, na prática, não é verificar em qual destas categorias se localiza o direito, mas se este pode ser tutelado pela via coletiva, respeitada devidamente a legitimação ativa legal. Cf. VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 2 e ss.

Os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos se caracterizam pela indivisibilidade do bem jurídico protegido. Isto quer dizer que, quando se identifica que determinado bem jurídico pertence a uma coletividade de sujeitos, seja ela determinável ou não, se está tratando de um direito transindividual – e que, por esta característica, torna o direito insuscetível de ser atribuído a indivíduos isoladamente considerados. A diferença entre estas duas espécies pode ser vista a partir da possibilidade ou não de determinação do grupo que titulariza a pretensão transindividual. Sendo possível a determinação do grupo, classe ou categoria dos sujeitos participantes da coletividade titular do bem jurídico indivisível, tratar-se-á de um direito coletivo *stricto sensu*. Quando esta identificação revelar-se impossível, estará delineado um direito difuso.<sup>582</sup>

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos diferem dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos difusos porque não possuem titularidade transindividual. Trata-se de direitos dotados de titularidade individualizada, de modo que bem poderiam ser pleiteados judicialmente por meio da via individual. Como explica Teori Albino Zavaski, a qualificação de homogêneos não desvirtua sua natureza individual, apenas os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo sua defesa judicial coletiva.<sup>583</sup> Assim, a conformação de um direito como individual homogêneo diz respeito exclusivamente a questões de índole processual: a utilidade ou não em tratar direitos individuais idênticos ou semelhantes em um único processo. Substancialmente, como afirma Sérgio Cruz Arenhart, tais direitos são “direitos individuais enfeixados para um tratamento coletivo”.<sup>584</sup>

---

<sup>582</sup> Segundo Rodolfo Mancuso, “Os interesses difusos situam-se no ‘extremo oposto’ dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o ‘poder de exigir’, exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 88. Indo de encontro, ao que parece, às classificações baseadas na determinabilidade ou não do sujeito, Antonio Gidi: “(...) ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos (...). quem tem o direito público subjetivo à prestação jurisdicional referente a tais direitos (direito de ação coletivo) é apenas a comunidade ou a coletividade como um todo, através das entidades legalmente legitimadas à sua propositura”. Cf. GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22-23.

<sup>583</sup>ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, vol. 78, p. 33.

<sup>584</sup>ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 42 e 134. Existem critérios estabelecidos pela doutrina para a definição da origem comum dos direitos individuais homogêneos: i) critério da preponderância; ii) da quantidade dos sujeitos envolvidos; iii) a utilidade da proteção coletiva para o Estado – este

Segundo Ada Pellegrini Grinover, o Brasil foi o primeiro país iberoamericano a tratar da tutela dos interesses difusos e coletivos, por meio da lei da ação popular, de 1965 (Lei n. 4.717/65).<sup>585</sup> Tal Lei prevê a possibilidade de o cidadão encampar demanda judicial para a proteção do patrimônio público, este definido no § 1º do Art. 1º da referida Lei como “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.<sup>586</sup> Com o artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988, houve, inclusive, uma ampliação do rol de proteção da coisa pública por meio da ação popular, para abranger, além do patrimônio público, a proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.<sup>587</sup>

Mas a ação civil pública, regulamentada por meio da Lei n. 7.347/85, é que se tornou o mecanismo processual por excelência de tutela de direitos prestacionais pela via coletiva. Tal constatação, segundo Camilo Zufelato, decorre do fato de que, desde a sua inicial regulamentação até os dias de hoje, houve uma gradativa ampliação do objeto desta espécie de ação, que colmatou uma verdadeira “*cláusula geral* segundo a qual é possível tutelar qualquer espécie de direito transindividual, mesmo que não elencado explicitamente em lei”.<sup>588</sup>

A Lei da Ação Civil Pública previu inicialmente a proteção, por meio deste instrumento processual, do meio-ambiente, do consumidor, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), por sua vez, como já mencionado no capítulo primeiro deste trabalho, incluiu o inciso IV no Art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, estendendo a possibilidade do seu emprego para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo, por qualquer dos

---

último defendido por Arenhart como sendo o mais apropriado. Para uma análise pormenorizada de cada um os referidos critérios, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 134-145.

<sup>585</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, maio/jun. 2002, p. 3.

<sup>586</sup> Os bens e direitos de valor turístico foram acrescentados ao texto legal somente na década de 70, por meio da Lei n. 6.513, de 1977.

<sup>587</sup> Art. 5º LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

<sup>588</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... *Op. Cit.*, p. 316.

legitimados referidos na Lei<sup>589</sup>.<sup>590</sup> Esta cláusula geral permitiu um amplo ajuizamento de ações em face do Poder Público em questões ligadas aos direitos sociais como o direito à educação, à habitação e à saúde.<sup>591</sup> Antes disso, a Constituição Federal de 1988 atribuía legitimidade para a proteção dos direitos difusos e coletivos apenas ao Ministério Público, por previsão contida no seu Art. 129, III.<sup>592</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, ainda, introduziu em seu Título III uma nova disciplina geral para o processo coletivo, aplicável a todas as demandas judiciais de natureza transindividual (e não somente àquelas que envolvem relações de consumo). Estabeleceu, ademais, uma forte conexão entre suas normas e as normas dispostas na Lei de Ação Civil Pública, ao prever no seu artigo 90 a aplicabilidade das normas previstas na Lei n. 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) às ações coletivas relativas ao Direito do Consumidor<sup>593</sup> e, ainda, ao acrescentar à LACP o artigo 21, dispondo a aplicação dos dispositivos do Título III do CDC à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível.<sup>594</sup> Como explica Elton Venturi, a interação entre tais diplomas legais foi considerada pela doutrina nacional como um verdadeiro marco fundador de um sistema processual coletivo no Brasil.<sup>595</sup>

---

<sup>589</sup> Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

<sup>590</sup> Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, “dentre os co-legitimados ativos ao manejo dos megaconflitos (entes políticos, associações, órgãos públicos, Procon) é sensível o protagonismo do Ministério Público, já por sua atribuição constitucional para a tutela do interesse social (CF, Art. 127), e, em particular, para a ação civil pública em nome dos interesses metaindividuais (CF, Art. 129, III). Sua contribuição tem sido igualmente relevante na esfera da prevenção e da resolução para-jurisdicional desses conflitos, mediante a celebração de *Termos de Ajustamento de Conduta*, no bojo dos inquéritos civis (Lei 7.347/85, Art. 9), os quais, se levados à homologação judicial, convertem-se em título executivo judicial, (CPC, Art. 475-N, V, inciso acrescentado pela Lei 1.232/20050)”. Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos...* Op. Cit., p. 156.

<sup>591</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. In. MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 471.

<sup>592</sup> Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

<sup>593</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

<sup>594</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei n. 8.078, de 1990)

<sup>595</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo...* Op. Cit., p. 17. Como explica Juliana Pondé Fonseca, apesar de as demandas coletivas serem apontadas como alternativa mais adequada ao controle judicial de política concretizadoras de direitos fundamentais, ao que parece, o desenvolvimento da legislação atinente não parece ser prioridade do poder público atualmente. Como explica: “Os anteprojetos de códigos de processo coletivo nem

Embora a ação civil pública seja ressaltada pela doutrina como o principal mecanismo processual de defesa dos direitos de grupo, no ordenamento jurídico brasileiro há um amplo conjunto de espécies de tutela jurisdicional coletiva que podem viabilizar a proteção dos direitos em decorrência da omissão estatal no desenvolvimento de políticas públicas satisfatórias.<sup>596</sup> Pode-se dizer que, atualmente, o Direito brasileiro prevê para a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, além da ação civil pública: (i) a já referida ação popular; (ii) a ação de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/92), (iii) o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, LXIX, da CF e Lei n. 12.016/09) e (iv) o mandado de injunção – cabível ante a ausência de norma regulamentadora que inviabilize direitos transindividuais assegurados pela Constituição Federal (Art. 5º, LXXI, da CF).<sup>597</sup> A tutela dos direitos individuais homogêneos, por sua vez, pode ocorrer por meio (i) da ação civil coletiva, disciplinada pelos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor e (ii) pelo mandado de segurança coletivo, a depender da situação apresentada em cada caso concreto.<sup>598</sup>

Insta demonstrar, finalmente, os principais motivos pelos quais se defende que as ações coletivas conformam o meio mais indicado ao controle judicial de políticas públicas. Pode-se concentrar os argumentos nos seguintes pontos principais: (i) a universalização do acesso à justiça a todos os titulares das pretensões jusfundamentais e a racionalização da prestação jurisdicional; (ii) a viabilização de uma visão global dos

---

sequer foram transformados em projetos de lei, mesmo após intensa discussão na doutrina. Foram elaborados pelo menos quatro anteprojetos de Código de Processos Coletivos: o modelo de Antonio Gidi, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, o anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (ou anteprojeto USP) e o anteprojeto UERJ. Atualmente, um projeto de alteração da Lei de Ação Civil Pública está arquivado no Congresso (com um recurso pendente, impugnando tal arquivamento). Também existe uma Comissão de Juristas para alteração do Código de Defesa do Consumidor, impulsionada pelo Senador José Sarney (assim como ocorreu com os projetos do novo CPC e do novo Código de Processo Penal)”. Cf. FONSECA, Juliana Pondé. *Violação de Direitos e Inefetividade do Judiciário... Op. Cit.*, p. 105.

<sup>596</sup> ZUFELATO, Camilo. *Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... Op. Cit.*, p. 317.

<sup>597</sup> Enquanto não sobrevém disciplina legal específica para o mandado de injunção, aplica-se a essa espécie processual os ditames normativos da Lei n. 12.016/09, que regulamenta o mandado de segurança, por força do Art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/90. Ainda, Camilo Zufelato ressalta a relevância da utilização do mandado de injunção coletivo no controle judicial de políticas públicas. Segundo o autor: “Não obstante a ausência no campo infraconstitucional de normativa expressa sobre essa ação, não resta dúvida acerca da possibilidade de ajuizamento de demanda que vise à satisfação de um direito coletivo violado pela ausência de lei. Nesse sentido, e compartilhando vivamente do entendimento segundo o qual o Judiciário deverá criar a regra do caso concreto, seria possível que a decisão judicial criasse e concretizasse uma política pública que satisfaça aqueles direitos violados em decorrência dessa ausência”. Cf. ZUFELATO, Camilo. *Idem*, p. 319.

<sup>598</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... Op. Cit.*, p. 664.

problemas ligados à inadequação, omissão ou insuficiência das prestações estatais e (iii) a possibilidade de uma interação dialógica entre os Poderes para a construções de soluções jurídicas adequadas à tutela do direito debatido. A seguir, serão traçadas considerações acerca de cada um deles.

Como visto em linhas anteriores, a tutela individualizada de pretensões atinentes a toda a coletividade pode gerar situações de desigualdade, em que são protegidos aqueles indivíduos com capacidade financeira e técnica de acessar o Poder Judiciário, enquanto que vários outros cidadãos igualmente titulares daquela parcela de direito fundamental permanecem dependentes do alvedrio da atuação estatal protetora. Isto porque o Judiciário, ao determinar a destinação de recursos para o cumprimento de seus julgados, criaria uma inevitável desalocação das verbas públicas, que, por sua vez, poderiam cumprir outras finalidades estatais tecnicamente não avaliadas pelo processo judicial individual.<sup>599</sup>

Esta situação seria ainda mais danosa em países eivados de grande desigualdade social, como o Brasil, em vista da dificuldade do acesso à justiça por parte de muitos brasileiros. A miserabilidade, o baixo grau de instrução e o parco conhecimento a respeito dos seus direitos, aliados à deficitária estrutura dos órgãos públicos destinados à assessoria jurídica gratuita, faria com que as classes sociais mais necessitadas de prestações estatais relativas a direitos fundamentais sociais permanecessem distantes da prestação jurisdicional.<sup>600</sup>

Tal complexidade não deve ser desconsiderada. Entretanto, o argumento da desigualdade de acesso à justiça não pode incorrer na falácia de utilizar a disparidade de tal acesso para negá-lo a todos, como aponta Cláudio Pereira de Souza Neto. Não há como defender a impossibilidade de tutela jurisdicional de direitos sociais pela via individual, porque, como visto no ponto 1.1.3 deste estudo, os direitos fundamentais emanam pretensões jurídicas diversas, plenamente justicializáveis, em determinados casos, pela via individual. Há situações, ademais, que não se encaixam em outra fórmula

---

<sup>599</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 192.

<sup>600</sup> Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, "o baixo grau de instrução do povo brasileiro em geral e o pequeníssimo nível de conhecimento a respeito dos seus direitos é algo de conhecimento geral e que, sequer, exige demonstração". Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 61.

processual senão a tutela individual. Não se trata, portanto, de negar o acesso à justiça àqueles que dispõem de recursos e possibilidades para tanto, mas sim de aumentar o acesso à justiça daqueles marginalizados.<sup>601</sup>

Este é um dos fundamentos que remetem à priorização das ações coletivas no tratamento de políticas públicas que concretizam direitos sociais. O tratamento coletivo de situações relacionadas a omissões na conformação de políticas públicas é capaz de levar a decisões aplicáveis a todos os jurisdicionados que se encontrem em condições de prejuízo pela conduta dos Poderes omissos.<sup>602</sup> Como bem retrata Vanice Regina Lírio do Valle, a virtude consiste na exigibilidade jurisdicional do tratamento global da política pública, que se aplicará “a partir de um signo universalizante, a todos os seus virtuais destinatários, resgatando o sentido necessariamente coletivo da ação da Administração”.<sup>603</sup> O acesso à justiça e o tratamento isonômico de situações análogas estaria garantido por meio do processo coletivo.

Desta forma, identificada uma situação envolvendo a lesão de direitos transindividuais decorrente da ausência ou ineficiência da execução das políticas públicas, o processo coletivo revela-se o meio idôneo para garantir que as prestações estatais sejam universalizadas, mesmo quando pleiteadas pela via jurisdicional.<sup>604</sup> A preferência da via coletiva também vale para os casos envolvendo os direitos individuais homogêneos que emanem de políticas públicas (ou da falta delas). Quando, apesar de titularizados por indivíduos determinados, os direitos assumirem contornos idênticos ou muito semelhantes – convertendo-se, como explica Arenhart, em direitos de massa – a tutela coletiva também é recomendada. Além de tal mecanismo proporcionar um

---

<sup>601</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais... Op. Cit., p. 534.

<sup>602</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais... Op. Cit., p. 534.

<sup>603</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 151.

<sup>604</sup> Como explica Arenhart, as Leis de ação civil pública e de ação popular não dedicaram qualquer palavra sobre os direitos individuais homogêneos, tampouco a própria Constituição da República. Mas a garantia de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos pode ser extraída do próprio sistema constitucional, pela tutela dos direitos individuais (Art. 5, XXXV da CF). Como explica o autor: “está garantida a proteção dos interesses individuais, seja na forma unipessoal, seja em processos em que haja a formação de litisconsórcio, seja *a fortiori*, por meio das ações coletivas”. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 43.



tratamento isonômico a indivíduos que se situam em mesma posição jurídica, atenua os riscos de decisões conflitantes sobre o mesmo tema.<sup>605</sup>

Além do mais, o tratamento coletivo tem como benefício evitar, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, o seu fracionamento em multifárias e repetitivas demandas individuais, garantindo uma resposta judiciária célere, unitária e isonômica.<sup>606</sup> A pulverização de ações seriais e demandas idênticas consiste em um grande entrave à boa prestação da tutela jurisdicional, vez que abarrotava o Poder Judiciário com um volume descomunal de causas sujeitas ao seu crivo, o que provoca, dentre outros fatores, grande morosidade do Judiciário, contrária ao direito constitucional à razoável duração do processo delineado no Art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal.<sup>607</sup>

Além disso, a potencialização da via coletiva para a resolução de direitos de massa diz respeito diretamente, como explica Sérgio Cruz Arenhart, à necessidade de racionalização dos esforços jurisdicionais na busca pela garantia da proporcionalidade na sua faceta pan-processual. Trata-se de um enfoque do princípio da proporcionalidade que tem como centro de preocupação o aperfeiçoamento da prestação do serviço “justiça”, e da garantia do aprimoramento de sua oferta.<sup>608</sup> Para tanto, é imprescindível

---

<sup>605</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 41-42 e 82. Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, existem evidentemente limites da coletivização de questões envolvendo direitos individuais. Como explica o autor, “Faltando a afinidade de questões, faltando a utilidade da tutela coletiva ou sendo viável a formação do litisconsórcio, não se justifica a aglutinação, até porque em regra ela gera processo mais complexo que os processos individuais”. Ademais, Arenhart ressalta que outros critérios limitadores também podem ser levados em consideração, envolvendo, por exemplo, impossibilidade de preservação da representatividade adequada, a reserva do direito de autoexclusão – com exceção dos casos em que esse direito seja incompatível com a finalidade da coletivização. Para um maior aprofundamento sobre tais limites, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 219 e ss.

<sup>606</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos...* Op. Cit., p. 155.

<sup>607</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 526.

<sup>608</sup> Como explica Sérgio Cruz Arenhart, a adequação do serviço “justiça” prestado como um todo deve levar em conta três aspectos: i) o aspecto legislativo, ii) o aspecto estrutural e o iii) aspecto cultural. Em apertada síntese, o plano legislativo diz respeito à existência de legislação capaz de oferecer respostas adequadas e modernas às demandas de justiça advindas da sociedade. Trata-se, segundo o autor, de examinar se “o esforço judicial empregado para certo tipo de causa se justifica em face do volume, da complexidade e das necessidades de outros feitos”. O plano estrutural exige a análise da suficiência dos recursos humanos e materiais disponíveis à prestação jurisdicional, levando em conta, por exemplo o número de juízes, de causas, de auxiliares, bem como a demanda social e a infraestrutura, entre outros. Por sua vez, o plano cultural diz respeito à qualidade da demanda proposta ao Judiciário, bem como a resposta que este pode oferecer. Neste aspecto, é necessário o exame “elementos como a legalidade e a boa-fé que presidem as relações econômicas e sociais de um povo, o seu grau de educação cívica e de conhecimento dos seus próprios direitos, a propensão a recorrer a outros meios de pacificação de conflitos etc.”. Essencial, ainda, no plano cultural, a análise preparo dos atores judiciais para o desempenho de sua atividade. Para uma análise acurada destas ideias, Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 36 e ss.

o tratamento racional dos recursos judiciais, vez que a estrutura jurisdicional e a quantidade de magistrados não é capaz de dar conta de promover uma análise confortável de todas as demandas individuais passíveis de serem ajuizadas.<sup>609</sup>

Assim, explica o jurista, em situações que envolvem casos idênticos ou bastante semelhantes, não parece prudente impor que “*sempre e todos eles sejam tratados, cada um, em uma demanda autônoma, recebendo uma decisão inteiramente nova e divorciada de outras, que possam ter sido dadas – ou que devam ainda ser dadas*”. O aperfeiçoamento da prestação do serviço “justiça” não se compatibiliza com a ideia da possibilidade de análise individualizada de demandas seriais e repetitivas de maneira individualizada, não sendo, pois, racional imaginar o cabimento da apreciação judicial da mesma questão diversas vezes e em vários processos.<sup>610</sup>

Imagine-se, por exemplo, que cada integrante do movimento sem teto fosse demandar individualmente a construção de uma casa popular. A tutela individual desse direito, descolada de um plano jurídico-político estatuído por política pública, certamente originaria uma série de decisões conflitantes, ainda que se tratassem de casos idênticos. Para uns, poderia ser garantido o direito de obter moradia em condições minimamente dignas, para outros, este direito poderia ser negado. Ressalta-se, a este respeito, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para ajuizar demanda coletiva em casos como este apresentado, a teor do Art. 5º, inciso II da Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).<sup>611</sup>

Ainda, a doutrina aponta como benefício decorrente da tutela coletiva de direitos sociais, no âmbito do controle de políticas públicas, a sua vocação de propiciar um ambiente de discussão dos aspectos globais que contornam a ação ou inação estatal. Se não há dúvidas de que um juiz ao decidir questões individualizadas a respeito de direitos prestacionais efetua interferência, ainda que mínima, sobre uma política pública (como quando, por exemplo, decide a respeito da concessão ou não de certo benefício previdenciário a alguém),<sup>612</sup> há de se reconhecer que quanto maior a possibilidade de

---

<sup>609</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 38.

<sup>610</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem*, p. 144-145.

<sup>611</sup> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: II - a Defensoria Pública;

<sup>612</sup> Como explica Arenhart, decisões individuais tal como a exemplificada afetam políticas públicas porque, dentre outros possíveis efeitos, importam: na i) alocação de recursos; ii) a alteração de procedimentos para atendimento

visualização e discussão sobre todos os aspectos envolvidos na composição e execução dos deveres estatais, maior a possibilidade de se promover interferências mais planejadas e eficientes, pois decorrentes de um conhecimento mais preciso sobre o impacto das medidas judiciais no orçamento e no aparato administrativo de uma forma geral.

Não se descuida do fato de que o Processo Civil possui limitações ao exame de demandas políticas em relação a esfera de discussão pública. Primeiramente, porque não é todo conflito social que é trazido à apreciação do Poder Judiciário, mas aquilo que é demandado oportunamente e nos limites do requerido na inicial.<sup>613</sup> Ademais, para que o procedimento seja organizado e se volte ao seu fim, existe uma série de regras preclusivas, que impedem, por exemplo, a introdução de novos pedidos ou a alteração destes após determinada etapa procedimental.<sup>614</sup> Como afirma Daniel Sarmiento, “o processo judicial tende a gerar uma ‘visão de túnel’, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário, enquanto o foco se centra sobre outros – não necessariamente os mais relevantes”.<sup>615</sup>

Muito embora tal consideração seja relevante, dentre as vias processuais disponíveis para a tutela de direitos que envolvem políticas públicas, ressalta-se que as ações coletivas possuem uma tendência a viabilizar uma instrução processual mais ampla. O Ministério Público, inclusive, antes de ajuizar a ação, pode instaurar inquérito civil para esse fim. Esta maior amplitude na visualização das variáveis relacionadas às condutas estatais na concretização de direitos fundamentais possibilita ao julgador uma maior interação com as incontáveis variáveis que dizem respeito à concretização de políticas públicas, e que tendem a ser negligenciadas em ações individuais. As decisões proferidas via processo coletivo podem promover alterações mais abrangentes que as individuais no planejamento da Administração Pública, mas que se direcionam de

---

do caso concreto e iii) representam um paradigma para pessoas em situações equivalentes. Cf. ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... *Op. Cit.*, p. 1.

<sup>613</sup> O ponto 3.2.2 promoverá uma abordagem detida sobre o princípio da demanda.

<sup>614</sup> COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de Políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 461 e ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas... *Op. Cit.*, p. 447.

<sup>615</sup> SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais...* *Op. Cit.*, p. 582.

maneira mais organizada a um determinado fim, evitando, desta forma, o descontrole dos planos elaborados pelos Poderes eleitos em decorrência da pulverização dos recursos públicos para atender demandas individuais.<sup>616</sup>

Tais situações exigem que o julgador, além do domínio das técnicas de interpretação constitucional e aplicação do direito com base nas prioridades constitucionais, possua uma atenta visão da realidade e seja sensível perante o interesse social que o caso demanda, e que exercite ao máximo a conjugação dos meios, fins e motivos que envolvem a atuação estatal na concretização dos direitos fundamentais e seja capaz de formular decisões “não segundo suas próprias opiniões ou convicções, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades”.<sup>617</sup>

Esta tarefa exige esforços para que, de um lado, o Poder Judiciário forneça respostas adequadas às demandas jurisdicionais que deflagram situações de inconstitucionalidade, garantindo uma tutela jurisdicional efetiva e, de outro, não usurpe competências dos Poderes Executivo e Legislativo, apenas substituindo suas decisões por aquelas que se revelarem ineficientes no curso do processo. Como já ressaltado em outras oportunidades do presente estudo, os esforços, na medida do possível, devem se focar na tentativa de diálogo e indução dos Poderes, para que sejam reconduzidos à trajetória trilhada no texto constitucional.<sup>618</sup>

Trata-se de visualizar o processo judicial, em casos envolvendo políticas públicas, como um palco de interação e construção dialógica das prioridades constitucionais, a serviço do realinhamento da boa conduta estatal, quando verificadas, no caso concreto, inconsistências na atuação dos representantes eleitos e em suas escolhas.<sup>619</sup> Tal ideia diz respeito a uma análise que prioriza a verificação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, ou seja, do dever constitucional dos representantes eleitos de adotarem medidas adequadas de efetivação de tais direitos no plano concreto.

---

<sup>616</sup> SARMENTO, Daniel. *Idem*, p. 585.

<sup>617</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... *Op. Cit.*, p. 7.

<sup>618</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 153.

<sup>619</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem, Ibidem*.

A via processual coletiva apresenta-se como um caminho propício à construção desta relação. Através dela, não há somente a indicação de qual ação deve ser desenvolvida em um caso pontual e em uma relação limitada entre determinado sujeito e o Poder Público, mas a possibilidade de acompanhamento do percurso complexo e prolongado do agir estatal. As políticas públicas, como visto no Capítulo 2, envolvem um desenvolvimento em etapas que se prolongam no tempo, o que denota as características da processualidade e da continuidade delas.<sup>620</sup>

A viabilização de uma interação dialógica e que abrange o máximo possível das variáveis envolvendo a determinação de políticas públicas é capaz, ainda, de garantir uma visualização mais profunda dos motivos pelos quais determinado direito não foi concretizado, já que é possível vislumbrar a cadeia de execução do agir estatal. Como as políticas públicas envolvem um período de maturação – entre os atos destinados a determinado fim e os resultados deles – nem sempre uma situação pontual de inconstitucionalidade decorre de má conduta estatal, complexidade esta que pode ser melhor vislumbrada por meio da via coletiva.

Isso porque, levando em conta o fato de que as políticas públicas guardam uma inevitável relação de desenvolvimento ao longo do tempo, um dado pontual que pareça negativo não quer dizer necessariamente que tal política pública não está sendo implementada, ou que os Poderes não estão cumprindo com seus deveres institucionais. Pode significar apenas um retrato de um momento no curso da política pública em questão. Assim, determinada demanda pontual, nesse sentido, acaba por apresentar um dado insuficiente a orientar uma decisão jurisdicional.

Por fim, é possível mencionar que a via processual coletiva permite que soluções globais sejam delineadas a partir do que é factível no plano concreto, e sua implementação seja acompanhada ao longo do tempo pelo Poder Judiciário. Experiências neste sentido já são visualizadas na prática em vários países, conforme se demonstrará no tópico 3.2.2 do trabalho.

No Brasil, a doutrina enfatiza a necessidade de aprimorar o controle judicial de políticas públicas através de mecanismos que propiciem a amplitude da produção de

---

<sup>620</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Idem*, p. 154.

informações a respeito dos casos envolvendo prestações estatais e dispêndio de recursos públicos nos processos judiciais, e que facilitem a existência deste ambiente dialógico e prolongado de interação entre o Poder Judiciário e os representantes eleitos. A seguir, serão trazidas considerações a este respeito.

### **3.2 Caminhos de aprimoramento do controle judicial de políticas públicas**

O ponto anterior demonstrou que, em que pese haja outras vias pelas quais o Poder Judiciário pode afetar, interferir e controlar políticas públicas, a via processual coletiva revela-se como o meio mais adequado à realização desta espécie de controle, notadamente porque tem capacidade de melhor enfrentar a complexidade existente no agir estatal direcionado à concretização de direitos fundamentais. Dentre outros possíveis benefícios, a via coletiva garante um maior acesso à justiça, afetando, através de seus provimentos, cidadãos que não participam diretamente da relação processual. Decisões que atingem globalmente os indivíduos fulminam o paradoxo da desigualdade muitas vezes criado entre aqueles que moveram demandas individuais e aqueles que, por qualquer motivo, não puderam fazê-lo.

O tratamento coletivo de questões judiciais relacionadas a direitos sociais e políticas públicas também tem como benefício o fato de promover um redirecionamento dos Poderes, de maneira sistêmica, aos objetivos constitucionais, sem que o aparelho estatal seja desestruturado, como pode ocorrer com a concessão de sucessivas e desconcertadas decisões individuais. As demandas individualizadas, embora representem mecanismo apto à tutela de determinadas situações envolvendo direitos sociais, dão conta somente de resolver problemas pontuais, e não de promover soluções que impliquem a verdadeira readequação do agir estatal. O impacto desordenado no orçamento promovido por decisões atomizadas cria o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, penalizando a própria prestação do serviço público de uma maneira geral.<sup>621</sup> Este é um dos efeitos colaterais que pode ser minimizado pela potencialização de instrumentos coletivos de tutela jurisdicional.

---

<sup>621</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática... *Op. Cit.*, p. 287.

É necessário mencionar, no entanto, que o tratamento coletivo de questões envolvendo políticas públicas deve estar aliado à ideia de busca de um espaço dialógico entre os Poderes, para que o controle das atuações estatais seja realmente dirigido à recondução da rota de encadeamento de agires estatais em consonância com a Constituição Federal. O que se busca, em verdade, é que o Judiciário seja capaz de funcionar como um catalisador de mudanças de ambientes em estado de inconstitucionalidade, e não promova a simples substituição de decisões políticas consideradas inoportunas pelo julgador por aquelas que este repute válidas. Tal feito representaria uma conduta antidemocrática e possivelmente conduziria a soluções práticas não adequadas à tutela dos direitos fundamentais sociais.

Para tanto, ressalta-se a necessidade de uma construção do processo que opere neste sentido. Não basta que o controle judicial de políticas públicas seja realizado via tutela coletiva. Para que os direitos de grupo sejam devidamente protegidos, e que o Estado seja reconduzido judicialmente a condutas condizente com as prioridades constitucionais, há que se atentar para a necessidade de superação da lógica individual em que se funda o paradigma processual dominante, e que, como elucida Elton Venturi, é capaz de inviabilizar as potencialidades da tutela de pretensões jurídicas transindividuais.<sup>622</sup> Mecanismos processuais devem se voltar às especificidades da natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais, para que possam assegurar o respeito, a proteção e a promoção das diversas posições jurídicas neles enfeixadas.<sup>623</sup> Isto envolve mais do que tratar os direitos sociais sob a ótica em que se baseiam as relações entre um credor e um devedor.<sup>624</sup>

Como explica Virgílio Afonso da Silva, o diálogo constitucional surge como uma alternativa capaz de exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos e de realizar o controle das políticas públicas, seja na etapa de elaboração

---

<sup>622</sup> VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo...* *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>623</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais... *Op. Cit.*, p. 556.

<sup>624</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 597. Apontando a necessidade de valorização da interação entre os poderes, Estefânia Barboza e Katya Kozicki afirmam: “Se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se comunicarem, os dois primeiros poderão, inclusive, verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantida pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais em longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível”. Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas... *Op. Cit.*, p. 80.

ou execução.<sup>625</sup> Tal interação exige a busca por um contraditório ampliado e qualificado e a adaptação dos provimentos relacionados à implementação de políticas públicas, para que sejam factíveis em vista da complexidade inerente à sua conformação. Os provimentos jurisdicionais devem dar conta de acompanhar a concretização dos objetivos e resultados perseguidos via judicial. Para tanto, parece fundamental a existência de um contraditório qualificado em situações deste porte, bem como de provimentos que se prolonguem e se adaptem às situações concretas apresentadas nos casos sob análise. Os tópicos a seguir tratam de forma pormenorizada destes desafios.

### *3.2.1 Em busca de um contraditório ampliado e de uma interação processual dialógica entre os agentes responsáveis pela implementação de políticas públicas*

Como se argumentou ao longo deste capítulo, as decisões judiciais que envolvem o controle de políticas públicas devem ser absolutamente sensíveis à realidade social posta sob análise. Como explica Sérgio Cruz Arenhart, a intervenção judicial assume a sua mais desastrosa face quando desconectada da realidade, ao impor, por exemplo, a alocação de recursos para fins que emergem aos olhos dos magistrados, mas que em realidade pressupõem sacrifícios a outros direitos fundamentais não enunciados pelos demandantes.<sup>626</sup> Pense-se no exemplo em que determinado grupo de pacientes de um município obtém judicialmente prioridade para realização de transplantes em detrimento de outros que estão em situação semelhante. Ou ainda, a determinação de imediata realização de concurso público para prover cargos públicos preenchidos precariamente em casos em que os recursos públicos de determinada localidade não dão conta de garantir o mínimo constitucional em saúde e educação. Quanto menos abrangente o conjunto probatório trazido ao processo judicial, maior o risco de decisões desta natureza.<sup>627</sup>

---

<sup>625</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas... *Op. Cit.*, p. 598.

<sup>626</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 507-511.

<sup>627</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites... *Op. Cit.*, p. 485.



É certo que a extensa proteção constitucional dedicada aos direitos fundamentais provoca a emergência de necessidades infinitas. No processo coletivo, há interesses relevantes defendidos por ambos os polos da relação processual. Como explica Arenhart, o conflito coletivo envolverá um interesse relevante reclamado pelo autor em detrimento de outros, também de nível constitucional, invocados pelo réu. Não havendo, pois, como escapar desta realidade, é necessário que os esforços sejam direcionados para a existência de um contraditório ampliado e construtivo. A própria legitimação da decisão judicial nasce, pois, da possibilidade da existência do diálogo robusto e amplo entre os que serão atingidos pela atuação jurisdicional.<sup>628</sup>

Assim, o contraditório torna-se um dos fundamentos processuais de controle judicial de políticas públicas, na medida em que garante que sejam capturadas as diversas variáveis que digam respeito às escolhas dos representantes eleitos.<sup>629</sup> Por meio do diálogo entre as partes é possível, inclusive, aclarar situações em que, apesar de existir um retrato da realidade que possivelmente denotaria abandono estatal em uma análise superficial, revela, em uma visão mais profunda, a existência de esforços suficientes por parte do Estado para resolver, em determinado espaço de tempo, as necessidades evidenciadas. Levando em conta que as políticas públicas requerem um certo período de maturação para a concretização de seus objetivos, é imprescindível que se observe que nem sempre uma situação específica de baixa concretização de direitos indica a ineficiência estatal.

Desta forma, como afirma Valle, é essencial que os Poderes demandados promovam, no ambiente processual, “a enunciação expressa da trajetória eleita de implementação e avaliação, que permitirá o desenvolvimento, em maior profundidade, do controle do poder”. O delineamento de uma política pública e sua enunciação envolve a escolha, dentre inúmeras situações que exigem a atenção do Poder Público, das prioridades de enfrentamento, dos planos de ataque e das metas traçadas para a obtenção dos objetivos pretendidos, além de sua avaliação.<sup>630</sup>

---

<sup>628</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário... *Op. Cit.*, p. 506 e 510.

<sup>629</sup> VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural...* *Op. Cit.*, p. 181.

<sup>630</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 87.

Se o Estado logra êxito em demonstrar que tal processo foi tecido de maneira democrática e com foco na efetivação dos objetivos constitucionais, há a presunção de que suas escolhas são legítimas e merecem deferência jurisdicional. O Poder Público, tem, portanto, a oportunidade de explicitar o porquê de suas escolhas serem as mais indicadas ao caso concreto.<sup>631</sup> A partir disso torna-se viável a existência de um controle substantivo e amplo da atuação estatal, inclusive para compreender pela não interferência judicial no percurso de concretização de direitos fundamentais enunciado pelo Poder Público.

Ocorre que, na maioria das vezes, o que se percebe é que a ação pública não se preocupa com justificativas e elementos reflexivos. Como argumenta Valle, a sustentação de suas razões, inclusive em sede jurisdicional, “se revela árida, amparada muitas vezes em argumentos que não mais encontram eco, em pleno século XXI”.<sup>632</sup> As fundamentações se baseiam na total insindicabilidade de juízos discricionários, na suposta lesão ao princípio da separação de Poderes no julgamento de assuntos de cunho político e por alegações genéricas de insuficiência de recursos públicos.<sup>633</sup>

Além disso, percebe-se muitas vezes um abuso do direito de defesa, com manifesto intuito protelatório por parte do Estado, o que viola flagrantemente o princípio da boa-fé e cria evidente prejuízo ao exercício dos direitos fundamentais. Segundo Eduardo Cambi, em casos desta monta, comprovada objetivamente a improbidade processual, há de se aplicar com rigor os instrumentos legais de punição por litigância de má-fé,<sup>634</sup> de modo a esterilizar práticas que agem contra à dignidade da justiça.<sup>635</sup>

O contraditório, desta forma, não deve ser visto apenas como um direito das partes de informação e influência, mas como um dever da construção desta garantia. Com efeito, se o controle judicial de políticas públicas configura um ambiente de participação dos cidadãos na coisa pública, como se argumentou anteriormente, é imperioso que o processo seja delineado por meio de um contraditório participativo, o que remete à ideia de cooperação e fornecimento de informações claras e

---

<sup>631</sup> VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural... Op. Cit.*, p. 199.

<sup>632</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 83.

<sup>633</sup> Tais argumentos encontram-se superados pela doutrina jurídica contemporânea, tal como demonstrado nos pontos 1.2.2, 2.2.1 e 2.2.3 deste estudo.

<sup>634</sup> Tais como as multas previstas nos Arts. 14, § único, 17-18, 557, § 2 e 601, todos do Código de Processo Civil.

<sup>635</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso... Op. Cit.*, p. 497.

cognoscíveis.<sup>636</sup> Como argumenta Antonio do Passo Cabral, o contraditório, atualmente, não conforma somente a possibilidade de manifestação, mas também a colaboração para uma solução justa.<sup>637</sup>

Assim, tanto o juiz como as partes possuem o dever de fazer do processo uma atividade de cooperação e coparticipação, notadamente em processos relativos ao controle judicial de políticas públicas, por conta da sua relevância direta para o interesse público.<sup>638</sup> Tais deveres emanam do princípio implícito da cooperação processual, extraído de uma concepção democrática do processo, que se harmoniza aos objetivos constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988.<sup>639</sup> Como ressalta Cambi, o dever de prestar informações adequadas e compreensíveis decorre também do direito fundamental de acesso às informações de interesse público, que viabiliza ao cidadão o controle político dos atos do Poder Público e, no âmbito do Poder Judiciário, o controle jurídico de tais atos.<sup>640</sup> No mesmo sentido argumenta Ana Paula de Barcellos, que explica que, exceto em situações excepcionais, em que haja um sigilo constitucionalmente justificado, “os cidadãos têm o direito subjetivo de dispor de informação sobre a receita pública existente e as despesas planejadas e realizadas pelos órgãos governamentais. De forma muito simples, o cidadão tem o direito de saber de quanto dinheiro o Estado dispõe e em que ele está sendo gasto”.<sup>641</sup>

Desta forma, quando se trata de controle judicial de políticas públicas, vislumbra-se, segundo Vanice do Valle, um *imperativo dialógico*, que determina uma investigação aprofundada e cooperativa acerca da conformação do quadro de ação controlado. A prática dialógica configura, pois, um pressuposto indispensável à análise das decisões estatais acerca da concretização de políticas públicas.<sup>642</sup> Tal pressuposto envolve, por um lado, a participação cooperativa do Poder Público no processo – o que

---

<sup>636</sup> ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais... *Op. Cit.*, p. 327.

<sup>637</sup> CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *RePro*, n. 126, São Paulo, RT, ago. 2005, p. 63.

<sup>638</sup> Sobre a noção de interesse público e sua conformação principiológica, cf. HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>639</sup> VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural...* *Op. Cit.*, p. 199.

<sup>640</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2009, p. 422.

<sup>641</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 107.

<sup>642</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* *Op. Cit.*, p. 148.

requer a oitiva de todas as instâncias de Poder competentes para a formulação e execução da política pública em questão<sup>643</sup> –, e, por outro, a ampliação do contraditório à oitiva daqueles diretamente afetados pelas decisões emanadas de tais processos. Ressalta-se, aqui, o desenvolvimento de audiências públicas e de participação do *amicus curiae* no âmbito do processo coletivo.

Registre-se que há discussão doutrinária acerca da possibilidade ou não da participação direta de cidadãos afetados pelas decisões no processo coletivo, na qualidade de assistentes litisconsorciais.<sup>644</sup> Segundo Antonio Gidi, esta participação não é compatível com o escopo principal das ações coletivas, que é o de abordar determinada demanda de maneira global, e não a partir da lógica individualizada.<sup>645</sup> Além disso, há razões dogmáticas e pragmáticas que apontam para esta impossibilidade, a um, por conta da ilegitimidade individual para a tutela de direitos difusos e coletivos, e a duas, pela própria impossibilidade técnica de participação de todos os envolvidos no processo.<sup>646</sup>

O Poder Judiciário, como instância racional de debates, possui o dever de fundamentar as suas decisões e conduzi-las argumentativamente de acordo com o caminho percorrido pelo conjunto probatório exposto. No controle judicial de políticas públicas, o convencimento do julgador deve estar pautado ao máximo pela realidade concreta, que, por sua vez, deve ser abordada da maneira mais ampliada possível, em decorrência da própria complexidade do exercício de promoção e proteção dos direitos fundamentais através da atuação do Estado. Assim, a participação de especialistas e da sociedade na construção deste debate é de grande importância, pois garante que o espectro de discussão seja alargado, e que as decisões sejam mais compatíveis com a realidade.<sup>647</sup>

---

<sup>643</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 147.

<sup>644</sup> O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), em seu artigo 94, prevê a possibilidade de ingresso de pessoas físicas, individualmente, apenas em caso de ação que tutele interesses individuais homogêneos: Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

<sup>645</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas...* Op. Cit., p. 54.

<sup>646</sup> VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural...* Op. Cit., p. 190.

<sup>647</sup> ZUFELATO, Camilo. *Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais...* Op. Cit., p. 323.

A figura do *amicus curiae*, é instituto relativamente recente no Direito brasileiro, e sua origem não é clara. Como explica Cássio Scarpinella Bueno, parte da doutrina defende que o instituto remonta ao direito romano, e outra acredita que seu berço é o direito inglês do século XVII. A doutrina norte-americana, no entanto, é a mais completa sobre o tema, já que o instituto é bastante prestigiado nos Estados Unidos.<sup>648</sup>

No Brasil, a figura do *amicus curiae* é albergada por diversos dispositivos legais – nenhum, no entanto, diz respeito aos processos coletivos. Vale citar os seguintes diplomas normativos: Art. 31 da Lei de Comissão de Valores Mobiliários (Lei. n. 6.385/76)<sup>649</sup>; Art. 118 da Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/11)<sup>650</sup>; Lei de ADI/ADC (Lei n. 9.868/99)<sup>651</sup>; Lei da ADPF (Lei n. 9.882/99)<sup>652</sup>, bem como os artigos 482, §3º (incidente de declaração de inconstitucionalidade em tribunal)<sup>653</sup>, 543-A, §6º (análise de repercussão geral em recurso extraordinário)<sup>654</sup> e 543-C, §4º (Recurso Especial submetido ao procedimento dos recursos repetitivos)<sup>655</sup>, todos do CPC. Por fim, também vale mencionar o Art. 3º, §2º da Lei que regulamenta

---

<sup>648</sup> BUENO Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. *Revista Nacional da Magistratura*. Ano II, n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, maio de 2008, p. 132-138.

<sup>649</sup> Art. 31. Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação.

<sup>650</sup> Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente.

<sup>651</sup> Art. 7, § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. Também: Art. 9, § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. E Art. 20, § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

<sup>652</sup> Art. 6º, § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

<sup>653</sup> Art. 482 - Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. § 3º O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidade.

<sup>654</sup> Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 6º. O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>655</sup> Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 4º. O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

as Súmulas Vinculantes (Lei n. 11.417/06)<sup>656</sup> e o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que admite a manifestação de terceiros em sustentações orais nos julgamentos perante o Plenário ou perante as Turmas.

O papel do *amicus curiae* é o de apresentar elementos e argumentos que se relacionam intimamente com a matéria analisada em determinado julgamento. O acesso pode ocorrer de maneira espontânea ou por provocação do órgão julgador, e pode se dar por qualquer pessoa ou grupo que tenha interesse na resolução da causa. É pois o *amicus curiae* verdadeiro agente do contraditório, ao colaborar com o julgador para a elucidação dos diversos pontos de vista, além de aportar ao processo informações especializadas sobre determinado assunto, promovendo uma discussão multilateral, o que é imprescindível para o adequado controle jurisdicional de políticas públicas.<sup>657</sup> Além disso, sua participação no processo não é capaz de inviabilizar o contraditório, como a assistência litisconsorcial, uma vez que o *amicus curiae* não é parte, não havendo que se questionar sobre a sua legitimidade. Assim, a ocasional atuação de membros do grupo atingido pela atuação jurisdicional torna-se possível, sem que sejam opostos entraves dogmáticos ou pragmáticos.<sup>658</sup>

Como explica Cássio Scarpinella Bueno, a participação do *amicus curiae* no processo coletivo não pode ser obstaculizada pela ausência de previsão legal. O juiz gestor do processo possui poderes de instrução, o que o autoriza a colher todas as informações que possam contribuir para a busca da melhor atuação jurisdicional possível, o que se torna ainda mais essencial em vista da imperiosa necessidade de sensibilidade com a realidade social nos casos apresentados em processos coletivos e que envolvem o controle de políticas públicas.<sup>659</sup>

O Anteprojeto de Lei a respeito do controle jurisdicional de políticas públicas, assinado pelo CEBEPEJ, acima mencionado, busca, além de introduzir técnicas para privilegiar as ações coletivas e coletivizar as ações individuais, trazer previsão legal a

---

<sup>656</sup> Art. 3º, § 2º. No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

<sup>657</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*... *Op. Cit.*, p. 132-138.

<sup>658</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426-428.

<sup>659</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Idem*, p. 639.

respeito de uma cognição judicial aprofundada e um contraditório ampliado para os casos que envolvem o controle de políticas públicas. O referido Anteprojeto dispõem expressamente sobre a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* nos processos coletivos, bem como de realização de audiências públicas, em busca da valorização, nesta cognição ampliada, da emersão dos diferentes argumentos trazidos pela sociedade acerca do dispêndio de recursos públicos e das demandas específicas de cada localidade relativas à concretização de direitos fundamentais.<sup>660</sup>

A realização de audiências públicas também é enunciada pela doutrina como uma maneira eficiente de promoção desta cognição ampliada no controle judicial de políticas públicas. Ainda que também não haja sua previsão na legislação de processo coletivo, através do poder de instrução do julgador torna-se possível a sua realização, com o objetivo precípuo de participação da sociedade na formação do convencimento do magistrado.<sup>661</sup>

Como explica Cláudio Pereira de Souza Neto, a primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi realizada em abril de 2007. Tratava-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF, a qual tinha como objeto a impugnação do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05) – diploma legal que disciplina o uso de células-tronco embrionárias produzidas por meio de fertilização *in vitro* para fins terapêuticos e de pesquisa.<sup>662</sup> Desde então, a realização de audiências públicas pelo STF tem sido cada vez maior.<sup>663</sup>

---

<sup>660</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle jurisdicional de políticas públicas... Op. Cit., p. 139. Consta no Art. 9º do referido anteprojeto: “Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados. Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase preliminar como no processo judicial, a intervenção do *amicus curiae*, pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.” O inteiro teor do anteprojeto pode ser visualizado em: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 208-513.

<sup>661</sup> VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural...* Op. Cit., 197.

<sup>662</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no Art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

<sup>663</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais... Op. Cit., p. 534.

Embora inicialmente as audiências públicas tenham sido previstas somente para os casos de controle de constitucionalidade pela via concentrada (Leis n. 9.868/99<sup>664</sup> e n. 9.882/99<sup>665</sup>), o Supremo Tribunal Federal regulamentou, por meio de seu Regimento Interno, a possibilidade de convocação das audiências sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante submetidas ao crivo do Tribunal.

A principal audiência a respeito da saúde pública e o Sistema Único de Saúde (SUS), por exemplo, decorreu do acúmulo de processos individuais que acendiam ao STF pela via recursal, buscando, na sua maioria, a suspensão de liminares e tutelas antecipadas que garantiam aos demandantes tratamentos de saúde variados, desde fornecimento de medicamentos e próteses até criação de vagas de UTI e tratamentos no exterior. Esta audiência ocorreu entre abril e maio de 2009, e durante sete dias foram ouvidos por volta de cinquenta especialistas, dentre eles advogados, defensores públicos, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS. A partir dos dados colhidos na referida audiência, o Ministro Gilmar Mendes proferiu voto minucioso, especificando diversos critérios e parâmetros para a tutela judicial do direito à saúde, que se tornou paradigmático e tem sido utilizado pelo STF em diversos julgados posteriores a respeito.<sup>666</sup>

É oportuno ainda citar alguns dos principais temas colocados sob o crivo do STF e que suscitaram recentemente a realização de audiências públicas: i) para debater o Programa “Mais Médicos” (instituído pela Medida Provisória n. 621, de 8 de julho de 2013), questionado pelas ADIs n. 5.037 e n. 5.035, realizada em novembro de 2013; ii) relativa ao tema das biografias não autorizadas, tema levantado por meio da ADI n.

---

<sup>664</sup> Art. 9, § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

<sup>665</sup> Art. 6º, § 1º. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

<sup>666</sup> Informações colhidas do sítio virtual do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>, acesso em 14 de janeiro de 2014. O voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes encontra-se no agravo regimental da Suspensão de Liminar n. 47, julgado em 17/03/2010. Para uma abordagem detalhada do referido voto e da sua repercussão na jurisprudência para os casos envolvendo o direito à saúde, Cf. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde... Op. Cit.*, p. 222-228.



4.815, realizada também em novembro de 2013; iii) sobre o financiamento de campanhas eleitorais, tema suscitado por meio da ADI n. 4.650, ocorrida em junho de 2013; iv) a respeito do regime prisional e sistema penitenciário, em referência ao Recurso Extraordinário n. 641320, ocorrida em maio de 2013, para discutir a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso quando da ausência de vaga no sistema prisional.

Enfim, a proliferação de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal denota a importância deste instrumento para a ampliação do conhecimento dos dados referentes a determinada matéria, com a elucidação dos pontos de vista apresentados no processo. No processo coletivo envolvendo a concretização de políticas públicas, a promoção da participação de diversos agentes sociais na produção de argumentos sobre os assuntos envolvidos é um meio idôneo e apto à construção da solução mais bem adaptada à realidade, comprometida com os seus impactos e atenta às diversas variáveis que envolvem o deslinde de questões deste porte.

A seguir, serão trazidas algumas considerações a respeito dos provimentos relacionados ao controle de políticas pública.

### *3.2.2 Provimentos estruturais: em busca da construção de soluções gradativas e adequadas à concretização de direitos fundamentais sociais no âmbito do controle judicial de políticas públicas*

Como explica Sérgio Cruz Arenhart, as relações de massa e as relações metaindividuais demandam, na maior parte das vezes, decisões que extrapolam a simples determinação judicial de se fazer ou não fazer uma ação pontual. O controle judicial das políticas públicas que concretizam os direitos fundamentais exige provimentos que levem em consideração uma série de variáveis, complexidade esta que praticamente cria uma nova estrutura ou um método de satisfação do direito a ser tutelado.<sup>667</sup> O órgão julgador deve, além de levar em conta as diversas perspectivas

---

<sup>667</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 359.

concorrentes, criar soluções factíveis e que garantam efetivamente a concretização do direito fundamental debatido no processo.

Imagine-se, por exemplo, que é trazido ao Judiciário caso em que se verifica que a cadeia pública de determinado município possui infraestrutura prejudicada pela falta de conservação adequada e, além disso, encontra-se superlotada. Com o objetivo de assegurar aos presidiários condições dignas de existência, relacionadas ao direito à saúde (Art. 6º, *caput*, da CF), notadamente, o Ministério Público propõe Ação Civil Pública em face do Estado-membro responsável pelo estabelecimento prisional. Suponha que o juiz da causa determine o fechamento da dita cadeia pública e a realocação dos presos para municipalidades vizinhas – sem imaginar o magistrado que nas demais localidades o problema se repete de maneira praticamente idêntica, com superlotação e condições precárias de higiene e segurança. Nota-se que o resultado concreto desta espécie de decisão não é capaz de sanar efetivamente as violações decorrentes do sistema carcerário deficitário, nem tampouco capaz de proteger os direitos fundamentais dos presos e garantir a segurança pública.

Imagine-se, ainda, uma segunda situação: em determinada ação civil pública movida pela Defensoria Pública do Estado, o magistrado determina liminarmente a um município o pagamento de tratamento de saúde no exterior para todos aqueles que comprovem sua necessidade, desconsiderando qualquer questão ligada à existência de recursos para seu cumprimento, bem como os requisitos estatuídos pelo Sistema Único de Saúde a respeito dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Em vista da total exaustão orçamentária do ente da federação condenado, há o descumprimento da referida decisão, bem como a responsabilização pessoal dos gestores públicos relacionados. Mais uma vez, a condenação revela-se descompassada em relação à realidade, deixando de proporcionar soluções eficientes e factíveis para o problema da saúde pública daquela localidade.

Ainda, mais uma situação: em decorrência do direito à educação, o juiz da causa condena um município de pequeno porte à construção de cinco escolas e à compra de vinte ônibus escolares – o que seria indicado para abrigar toda a demanda da localidade – no prazo máximo de cinco meses. Embora seja possível considerar a possibilidade abstrata de determinações deste porte, o curto espaço de tempo para a concretização das

determinações judiciais, além das inúmeras outras obrigações constitucionais que recaem sobre os municípios, torna a determinação inviável concretamente, de maneira que o direito fundamental que se buscava tutelar permanecerá sem receber tratamento adequado do Poder Público.

O que se pretende atentar, através dos exemplos citados, é a necessidade, em casos de controle de políticas públicas, de construção de decisões adequadas e verdadeiramente aptas à concretização dos direitos fundamentais, consoante sua regulamentação constitucional e infraconstitucional. De outra via, a intervenção do Judiciário não cumprirá o seu objetivo de proteção dos valores constitucionais que lhe são submetidos. Casos que demandam, tal como nos exemplos dados, soluções globais – como a reconstrução de um sistema prisional, de um sistema escolar –, demandam soluções que afetam de maneira incisiva a estrutura administrativa do réu, como a readequação orçamentária, o remanejamento de servidores públicos, o planejamento sobre os efeitos colaterais e a longo prazo das medidas a serem adotadas, dentre inúmeros outros. Todos esses elementos não são, à toda evidência, identificáveis pelo magistrado em sua imediata reflexão solipsista, exigindo a abertura do processo judicial para que o provimento a ser determinado esteja em consonância com todas as peculiaridades fático-jurídicas da realidade que se pretende modificar.

Situações deste porte remetem, com as devidas proporções, à doutrina de Owen Fiss a respeito das *structural injunctions*, ou reformas estruturais, no ambiente norte-americano. Como explica Carlos Alberto de Salles, esta expressão é proposta por Fiss para designar a faceta ativista do Judiciário norte-americano entre 1950 e 1970. Nesta época, decisões judiciais promoveram a reformulação da estrutura de diversas instituições sociais, tais como presídios, hospitais e escolas. Como indica Salles, as reflexões realizadas pelo autor americano podem ser aproveitadas no ambiente brasileiro, já que as ações coletivas têm simbolizado uma verdadeira transformação das funções judiciais.<sup>668</sup>

O processo judicial de caráter estrutural, como afirma Owen Fiss, se configura a partir da ideia de que um juiz, ao encarar uma situação de burocracia estatal

---

<sup>668</sup> SALLES, Carlos Alberto de. Prefácio. In. FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 7.

que viole valores constitucionais, se incumbe de promover decisões capazes de reestruturar a organização de maneira abrangente, buscando a eliminação da ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes.<sup>669</sup> O eixo central de observação, portanto, não são ocorrências particulares – como a falta de matrícula de algumas crianças na escola, ou a situação específica de um preso ou de uma cadeia superlotada – mas o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação e perpetuação destes efeitos.<sup>670</sup>

O caso mais emblemático de reforma estrutural, como explica Arenhart, foi o caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*, julgado em meados da década de 50 pela Suprema Corte norte-americana. Nesta ocasião, em vista da profunda segregação racial que assolava os Estados Unidos da América nos anos 50, a Corte proferiu decisão que determinou a progressiva adoção de medidas que eliminassem a segregação de crianças afrodescendentes dos ambientes escolares, deixando ao encargo das Cortes locais o acompanhamento e supervisão destas medidas.<sup>671</sup> Como ressalta Maria Paula Dallari Bucci, a atuação do referido Tribunal em matéria de eliminação do racismo, nesta época, foi responsável por implantar modificações “que nem a vitória do norte industrializado contra o sul racista na Guerra Civil havia conseguido, um século antes”.<sup>672</sup>

A partir de então, o Poder Judiciário dos Estados Unidos passou a proferir diversas decisões de mesma conotação, impondo reformas estruturais em várias instituições sociais. Segundo Fiss, os casos de reforma estrutural possuem grande relevância na pauta da Justiça Federal norte-americana, e tem por finalidade principal fazer valer os valores constitucionais, em especial os relativos à igualdade.<sup>673</sup> Decisões desta natureza, por sua evidente complexidade – vez que objetivam promover modificações no cerne das instituições – conformam-se a partir do envolvimento judicial continuado, em uma espécie de supervisão e gerenciamento dos processos de reestruturação de ambientes em estado de inconstitucionalidade, o que pode ocorrer por um longo período.<sup>674</sup>

---

<sup>669</sup> FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 27.

<sup>670</sup> FISS, Owen. *Idem*, p. 50.

<sup>671</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 359.

<sup>672</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em Direito... Op. Cit.*, p. 36.

<sup>673</sup> FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 26.

<sup>674</sup> FISS, Owen. *Idem*, p. 136.

Foi o que ocorreu, inclusive, no caso *Brown v. Board of Education (Brown II)*. Atenta para a impossibilidade de satisfação imediata do direito postulado, bem como para a diversidade de situações vivenciadas pelas escolas locais, a Suprema Corte autorizou a elaboração de um planejamento continuado tendente à eliminação da discriminação nas escolas. Como argumenta Sérgio Cruz Arenhart, tal decisão foi capaz de aderir à realidade de cada lugar e tornar-se factível, porque os planejamentos foram desenvolvidos e supervisionados de maneira cadenciada e contínua.<sup>675</sup>

Esta modalidade de jurisdição que lida com situações progressivas e se manifesta de maneira gerenciadora é notada também em outros países. A jurisprudência canadense, por exemplo, desenvolveu a partir de decisão proferida no caso *Doucet-Boudreau vs. Nova Scotia (Minister of Education)* [2003]3S.C.R.3,2003SCC62, a ideia da “jurisdição supervisora”, partindo da possibilidade de o Judiciário, em casos envolvendo deveres de agir estatais, induzir Poderes omissos a determinado fim e acompanhar ao longo do tempo a estruturação, pelo próprio Estado, das providências capazes de atender as determinações judiciais.<sup>676</sup>

Destaca-se, ainda, o exemplo da jurisprudência da África do Sul nos casos *Grootboom* e o das *Campanhas de Ação de Tratamento* e casos ligados à AIDS. No primeiro deles, a Suprema Corte sul-africana determinou que os Poderes competentes criassem programas destinados a “prover alívio a pessoas que não tenham acesso à terra, carecem de teto sobre suas cabeças, e vivem em condições intoleráveis”. Por sua vez, nas ações levadas à referida Corte a respeito do contágio do HIV, a Corte afirmou que os governantes tinham o dever de “instituir e pôr em prática, levando em conta os recursos a sua disposição, um programa amplo e coordenado para implementar progressivamente o direitos de mulheres grávidas de ter acesso a serviços de saúde para combater a transmissão do HIV de mãe para filho”.<sup>677</sup>

---

<sup>675</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 359.

<sup>676</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial... Op. Cit.*, p. 156. Sobre o assunto, afirma Virgílio Afonso da Silva: “Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na *execução* de políticas públicas do que de falhas na *elaboração* dessas mesmas políticas”. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas... Op. Cit.*, p. 598.

<sup>677</sup> Os exemplos sul-africanos são expostos de maneira pormenorizada por Roberto Gargarella em: GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais... Op. Cit.*, p. 220-221.

Tal raciocínio é plenamente aplicável para os casos que envolvem o controle judicial de políticas públicas no Brasil. Quando direitos fundamentais são negligenciados em decorrência da omissão ou má atuação do Poder Público no seu dever de promover políticas públicas eficientes, as decisões judiciais envolvem mais do que soluções simplificadas, como determinações pontuais de concessão de determinado medicamento para um grupo específico, ou a obrigação de realização de matrículas de crianças que tiveram seu acesso negado por ausência de vagas. Situações deste porte envolvem a necessidade de respostas difusas e gradativas, que se orientam para um objetivo prospectivo.<sup>678</sup>

Para que o Judiciário seja capaz de contribuir para o aprimoramento da democracia, deve buscar promover decisões que objetivem eliminar as reais ameaças aos valores constitucionais. A função do processo, pois, vai além de punir condutas individuais dos responsáveis ou de impor determinações arbitrárias ao Poder Público, notadamente ao Poder Executivo. Foca-se, sim, no estabelecimento de resultados e prazos para que as instituições responsáveis pela salvaguarda dos direitos envolvidos se realinhem aos objetivos constitucionais.<sup>679</sup> E o Direito nacional, como elucida Sérgio Cruz Arenhart, encontra-se plenamente instrumentalizado para oferecer provimentos amplos e adequados a solucionarem situações complexas desta natureza.<sup>680</sup> Resgata-se aqui, a possibilidade de criatividade judicial em busca da tutela jurisdicional efetiva, conceito explicitado no ponto 1.2.3 deste trabalho.

O Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal da República assegura que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A eficácia irradiante de tal dispositivo sobre leis infraconstitucionais, inclusive processuais, implica no dever de construção de técnicas processuais adequadas à efetiva concretização dos direitos fundamentais. Além disso, os artigos 461 do CPC<sup>681</sup> e 84 do

---

<sup>678</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 359.

<sup>679</sup> FISS, Owen. *Um novo Processo Civil... Op. Cit.*, p. 110; e VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural... Op. Cit.*, p. 128.

<sup>680</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 358.

<sup>681</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

CDC<sup>682</sup>, como visto anteriormente, contemplam verdadeiras *cláusulas processuais abertas*, as quais permitem o delineamento da ação e do procedimento apropriados à tutela do caso concreto.<sup>683</sup>

Desta forma, arremata Cambi, “a *ausência* de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão obstacularizadora à proteção dos direitos materiais”.<sup>684</sup> Quando se trata de controle judicial de políticas públicas, assim, o Poder Judiciário está autorizado a usar variadas técnicas para promover decisões adaptáveis à realidade e à complexidade envolvida, bem como se utilizar dos diversos mecanismos disponíveis na legislação processual para viabilizar o cumprimento de seus julgados.<sup>685</sup> A legitimidade para a adoção de providências deste porte é assegurada, segundo Arenhart, por meio da justificação da decisão judicial, pela qual é possível verificar a proporcionalidade e a razoabilidade dela.<sup>686</sup>

Assim, a construção da solução adequada para o controle judicial de uma política pública deve partir de uma análise do agir estatal em etapas. Na mesma posição doutrinária encontra-se Maria Paula Dallari Bucci, que ressalta na necessidade de ‘processualização’ nas iniciativas objeto de processos judiciais, o que remete à “criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de ‘diálogos institucionais’ que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas”<sup>687</sup>.

Esta técnica de decisão, que se caracteriza pela progressividade dos provimentos e pela busca por eliminação das ameaças reais aos direitos fundamentais, revela-se, segundo Cambi, bastante racional e perfeitamente adequada ao controle de políticas públicas. Isso porque elas evitam a lógica do tudo ou nada, e por este motivo são mais adaptáveis às peculiaridades fáticas identificadas no caso.<sup>688</sup> Permite-se com isso um

---

<sup>682</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>683</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 224.

<sup>684</sup> CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 222.

<sup>685</sup> CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 494.

<sup>686</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 360.

<sup>687</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica... Op. Cit.*, p. 179.

<sup>688</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo... Op. Cit.*, p. 493. No mesmo sentido, Cf. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Salvador: Juspodivm, 2009, p.

manejo mais atento à previsão orçamentária e aos princípios relacionados a ela, como o da legalidade e da anterioridade. Ao Poder Público pode ser determinado o cumprimento de determinado plano de ação que envolva, dentre outras coisas, o dever de fazer constar nas propostas orçamentárias seguintes verbas necessárias à implementação da política pública relacionada ao direito fundamental demandado judicialmente.<sup>689</sup> A exaustão orçamentária, que se verifica pela insuficiência de recursos disponíveis para o atendimento das decisões sem prejuízo de outras obrigações estatais de idêntica hierarquia, não mais resulta no descumprimento da decisão judicial, mas como variável que determine um maior espaço de tempo para a realização das determinações judiciais organizadas em plano.

Pode-se dizer ainda que as decisões progressivas/estruturais acabam por ampliar a legitimidade da decisão judicial relacionada ao controle de políticas públicas. Isto porque abrem margens para que os representantes eleitos proponham suas próprias soluções (novos programas, investimentos e mudanças), desde que compatíveis com as metas e resultados esperados pelo provimento jurisdicional.<sup>690</sup> A construção dialógica das soluções, pois, torna-se uma realidade concreta.

Ressalta-se, de outra via, que não se trata necessariamente de proferir decisões que especifiquem apenas o resultado, sem esclarecimento dos meios para tanto. Tais decisões podem, a depender do caso, impor um plano de ação delineado processualmente ou delegar a produção deste plano a outro ente.<sup>691</sup> Como aduz Lucas Sebastian Grosman, como ideia geral, é possível defender que o Poder Judiciário deve promover meios de interação intensa com os demais Poderes estatais, proferindo determinações mais abstratas quanto maior e melhor for a capacidade de resposta do

---

155 e ss. Roberto Gargarella, sobre a interação dialógica entre o Legislativo e Judiciário, propõe solução semelhante: “Podem bloquear a aplicação de uma certa norma e devolvê-la ao Congresso, forçando-o a pensar de novo sobre ela; podem declarar que algum direito foi violado, sem impor aos legisladores uma solução concreta; podem estabelecer que uma violação de direitos deve ser corrigida em um tempo limite, sem se colocar no lugar do legislador nem decidir qual solução particular deveria ser aprovada; podem sugerir ao legislador uma série de soluções alternativas, deixando nas mãos deste a decisão final”. Cf. GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais...* Op. Cit., p. 219.

<sup>689</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *O processo – estudos e pareceres*. 3. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, P. 48.

<sup>690</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. Cit., p. 493.

<sup>691</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 359.



órgão responsável demandado judicialmente, e mais específica, na ausência de participação e de respostas suficientes.<sup>692</sup>

Desta forma, defende-se um largo espaço para que o órgão julgador possa adaptar a decisão às necessidades impostas pelo caso concreto. Assim sintetiza Sérgio Cruz Arenhart:

Assim, pode a sentença delegar a execução ou a fiscalização do julgado a outros órgãos, criar etapas para o cumprimento da ordem judicial, nomear terceiros encarregados de esboçar plano de cumprimento, ou adotar outras providências que a situação concreta requeira. (...) Pode-se, por exemplo, ditar à Administração Pública o objetivo a ser alcançado, reservando-lhe a escolha dos meios e preservando a sua discricionariedade, ou se pode estabelecer desde logo um cronograma de atividades a serem adotadas. Pode-se impor certas condutas ao réu, ou deixar essa determinação a um órgão técnico especializado. Pode-se escalonar medidas a serem adotadas no tempo, com prestação de contas periódicas, ou mesmo nomear um interventor fiscalizador para acompanhar o desenvolvimento da satisfação à prestação jurisdicional.<sup>693</sup>

Observe-se que provimentos progressivos, tais como acima demonstrado, não são incompatíveis com determinações que sanem situações emergenciais. Assim, decisões que resolvam questões urgentes podem ser tomadas em concomitância com aquelas que imponham mudanças gradativas.<sup>694</sup> Casos que envolvam, por exemplo, a liberação de medicamento indispensável, o abrigo de famílias sem moradia, o acesso de crianças a meios de estudo podem indicar, por um lado, a determinação de medida apta à satisfação imediata do bem da vida pretendido por meio de soluções provisórias – inclusive com a determinação de custeio, pelo Poder Público, de vagas fornecidas pela iniciativa privada – e, por outro, de ordens que garantam a resolução da questão de maneira permanente, através de provimentos que se dignem a resolver de fato a ineficiência estatal.<sup>695</sup>

---

<sup>692</sup> GROSMAÑ, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería, 2008, p. 143. No original: “No creo que exista una única forma de lograr tal balance ni que un mismo mecanismo pueda servir en todos los casos. Los jueces deberán adaptarse a las circunstancias, ser flexibles y aprender de sus errores. (...) Como idea general, el tribunal da un paso, luego espera que el Gobierno reaccione, luego da otro paso, y así sucesivamente. Esto se repetirá tantas veces como la complejidad del caso requiera. Lo ideal es que a cada paso el tribunal esté en condiciones de emitir un orden más específica y concreta que en el anterior, pero no se puede descartar que en ocasiones sea necesario dar un paso atrás, reconsiderar alguna orden emitida y rediseñar el camino a seguir.”

<sup>693</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais...* Op. Cit., p. 360. No mesmo sentido, cf. BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas... Op. Cit., p. 484 e ss.

<sup>694</sup> CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo...* Op. Cit., p. 493.

<sup>695</sup> CAMBI, Eduardo. *Idem*, p. 492.

É necessário mencionar que a ideia de provimentos adaptáveis e progressivos invoca discussões a respeito dos limites dos pedidos elaborados pelos legitimados que acionam o processo coletivo. O princípio da demanda, em sua interpretação tradicional, imprime a ideia de que é a parte quem determina os limites da atuação do Poder Judiciário, fixando o objeto a ser discutido. Como explica Arenhart, este princípio é tido como verdadeiro axioma do processo civil moderno, e tem como principais justificativas: (i) o caráter disponível dos direitos subjetivos – ideia ligada à concepção clássica de que o processo civil trata de interesses predominantemente privados e (ii) a necessidade de resguardar e garantir a imparcialidade do julgador, que deve julgar no limite do que for pedido pelas partes.<sup>696</sup>

A interpretação do referido princípio, no entanto, deve ser realizada em compatibilidade com o sistema processual contemporâneo, o que implica em observá-lo como uma regra que comporta exceções. Primeiro porque, como já elucidado no ponto 1.2.3 deste estudo, o papel do Poder Judiciário, e, por conseguinte, do Processo Civil, não é apenas o de sanar lides privadas e direitos disponíveis. O direito processual civil trabalha com direitos disponíveis e indisponíveis, interesses privados e públicos. Como explica Arenhart, mesmo nos casos em que se trata apenas de direitos disponíveis, não se descuida do interesse do Estado de aplicar o direito objetivo e manter a paz social – interesse este de natureza manifestamente indisponível.<sup>697</sup>

Além disso, o próprio ordenamento jurídico brasileiro especifica uma série de exceções ao princípio da demanda. Pode-se mencionar, dentre outros, a possibilidade de instauração de ofício do processo de inventário e partilha, ante a inércia dos legitimados (Art. 989, do CPC<sup>698</sup>); a possibilidade outorgada ao juiz de ordenar ao detentor de testamento que o exhiba em juízo (Art. 1.129, do CPC<sup>699</sup>); a invocação de ofício da execução trabalhista (Art. 878, da CLT<sup>700</sup>); a nomeação de curador para os

---

<sup>696</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 174.

<sup>697</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Idem, Ibidem*.

<sup>698</sup> Art. 989. O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal.

<sup>699</sup> Art. 1.129. O juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, ordenará ao detentor de testamento que o exhiba em juízo para os fins legais, se ele, após a morte do testador, não se tiver antecipado em fazê-lo.

<sup>700</sup> Art. 878. A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

bens arrecadados de ausente (Art. 1.160, do CPC<sup>701</sup>); a possibilidade de o juiz se afastar dos limites do pedido do autor quando se convencer da má-fé processual das partes (Art. 129, do CPC<sup>702</sup>); a possibilidade de o juiz conceder de ofício *habeas corpus* (Art. 654, § 2º, do CPP<sup>703</sup>), a possibilidade de concessão de ofício de medidas cautelares (Art. 797 do CPC<sup>704</sup>).<sup>705</sup>

Segundo Arenhart, ainda, o maior exemplo contemporâneo de exceção do princípio da demanda encontra-se nos artigos que disciplinam a tutela específica das prestações de fazer, não fazer e entregar coisa. Os artigos 461<sup>706</sup> e 461-A<sup>707</sup>, do CPC, bem como o Art. 84 do CDC<sup>708</sup>, permitem que o juiz valha-se de mecanismo apropriado para atingir o pedido de tutela demandado na inicial, independentemente de requerimento específico da parte. Além disso, pode até mesmo o magistrado se distanciar do pedido formulado pela parte, por conta do § 1º do Art. 461 do CPC<sup>709</sup> e § 1º do Art. 84 do CDC<sup>710</sup>, que possibilitam que o juiz determine o pagamento de

---

<sup>701</sup> Art. 1.160. O juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhe-á curador na forma estabelecida no Capítulo antecedente.

<sup>702</sup> Art. 129. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes.

<sup>703</sup> Art. 654, § 2º. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

<sup>704</sup> Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.

<sup>705</sup> Ressalta-se que há divergência doutrinária entre algumas dessas hipóteses, notadamente os casos de jurisdição voluntária, que comportariam, segundo parte da doutrina, falsas exceções ao princípio da demanda. Sobre o tema, cf. ALVIM, José Manoel Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1990, vol. I, p. 281. Para mais exemplos, bem como uma apreciação crítica e pormenorizada do princípio da demanda, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62-63; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª ed., São Paulo: RT, 2005, p. 97-98; ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais... *Op. Cit.*, p. 174 e ss.

<sup>706</sup> Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

<sup>707</sup> Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do Art. 461.

<sup>708</sup> Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

<sup>709</sup> Art. 461, § 1º - A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

<sup>710</sup> Art. 84, § 1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

indenização no lugar da prestação almejada. Tudo isso, argumenta Arenhart, põe “em dúvida a aceitação (ao menos em sua integralidade) do princípio da demanda”.<sup>711</sup>

Por fim, vale pontuar que, quando se trata de concretização de direitos fundamentais, especialmente os sociais, o objetivo central é a eliminação de desigualdades. Desta forma, o provimento jurisdicional goza naturalmente de certa plasticidade. Afirmar o contrário seria o mesmo que defender que o magistrado, diante do caso, estaria inapto a conceder tutelas eficientes por estar limitado aos pedidos indevidos ou insuficientes feitos pelos legitimados ativos, restringindo a proteção do bem jurídico a ser tutelado.<sup>712</sup> Neste sentido, o Anteprojeto de Lei elaborado pelo CEBEPEJ, acima enunciado, conta com disposição legal que possibilita ao magistrado, independentemente do pedido do autor, ajustar a decisão às peculiaridades do caso concreto, para privilegiar a eficiência da proteção dos direitos.<sup>713</sup>

Assim sendo, observa-se que os esforços doutrinários convergem para a necessidade de, a partir de um contraditório ampliado, e da possibilidade de manifestações multilaterais, o Poder Judiciário agir a partir de uma lógica de indução, buscando fixar, através de técnicas processuais, um caminho dialógico de readequação das atuações estatais aos objetivos constitucionais. A confecção de decisões que se destinem a provocar os Poderes faltantes a desenvolverem as etapas de gestação e de implementação da política pública é medida que melhor se adequa a situações que exigem reformas prolongadas e estruturais. Tal interação garante a participação do Poder Judiciário no aprimoramento da democracia, sem que isso signifique uma simples substituição de decisões dos Poderes eleitos.

---

<sup>711</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais... Op. Cit.*, p. 175 e 178.

<sup>712</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE; Tathyana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 189.

<sup>713</sup> Art. 17. Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Parágrafo único. O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente. O inteiro teor do Anteprojeto pode ser visualizado em: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 208-513.

É natural que as práticas de interação entre os Poderes gerem reações de desconfiança, por serem ainda recentes no cenário nacional. Segundo Vanice Regina Lírio do Valle, isto se torna ainda mais compreensível em vista da presença de episódios que evidenciam desvio e abuso de poder em todas as estruturas funcionais de poder. No entanto, no ambiente acadêmico, o enfoque deve ser pelo esforço em busca de soluções para as dificuldades institucionais e para a efetividade do texto constitucional no plano da realidade.<sup>714</sup> Como ressalta Virgílio Afonso da Silva, em um ambiente como o brasileiro, em que a separação de poderes na maior parte das vezes é interpretada como sinônimo de não-diálogo institucional, a tarefa exige constante reflexão.<sup>715</sup>

---

<sup>714</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 163.

<sup>715</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas...* Op. Cit., p. 598.

## CONCLUSÕES

Ao longo do estudo foram trabalhados vários temas relacionados à discussão principal – o controle judicial de políticas públicas. Como mencionado na introdução, a intervenção judicial nas políticas públicas consubstancia fenômeno relativamente recente no Brasil e que envolve uma inerente complexidade, notadamente em vista da constatação de que: (i) as políticas públicas possuem um caráter dinâmico e complexo – pois são delineadas a partir de um conjunto heterogêneo de ações estatais cadenciadas; (ii) são inúmeras as maneiras de o Poder Judiciário interferir ou afetar políticas públicas, já que mesmo concessões de tutelas individualizadas são capazes de impactar o planejamento estatal quando determinam a realocação de recursos públicos.

Assim, não se desconhece a inviabilidade de se traçar um percurso de atuação exata do Poder Judiciário para a realização de controle de políticas públicas. Como já mencionado, o assunto não admite simplificações mágicas e demanda uma constante reflexão a respeito principalmente dos meios, modos e limites desta espécie de intervenção judicial. Como ressalta Valle, é com a multiplicação do enfrentamento das hipóteses que têm sido trazidas ao Judiciário que se produz a riqueza de dados pela qual há a ampliação do conhecimento do problema, das suas variáveis e de seu equacionamento.<sup>716</sup>

No entanto, é possível, neste desfecho, traçar uma síntese conclusiva a respeito dos principais pontos abordados ao longo desta pesquisa. Convém assim, traçar um panorama de cada um dos capítulos e suas respectivas conclusões.

O capítulo primeiro teve por objetivo tratar: (i) do ambiente constitucional em que se localiza a problemática central do estudo; (ii) da importância da proteção e concretização dos objetivos constitucionais para a conformação da democracia no Brasil; (iii) do papel do Poder Judiciário na proteção da Constituição Federal.

Assim, em um primeiro momento, buscou-se examinar a construção histórica do modelo de Estado Constitucional, demonstrando que a aproximação dos polos *constitucionalismo* e *democracia* é fruto de um desenvolvimento histórico de

---

<sup>716</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...* Op. Cit., p. 140.

conformação e aperfeiçoamento da ideia da complementariedade dos termos, e que deságua na atual quadra histórica, na qual se proclama a força normativa da Constituição e a necessidade de realização no plano concreto das promessas constitucionais. Conforme se abordou, o Brasil vivenciou uma democratização tardia, somente a partir da Constituição Federal de 1988. A partir deste marco, a Constituição Federal conformou uma verdadeira reserva de justiça para estruturação do sistema democrático no Brasil, consagrando os direitos fundamentais em um extenso rol não exaustivo.

Salientou-se, em seguida, o regime unitário dos direitos fundamentais no Brasil, desmistificando os principais mitos que pretendem qualificar de maneira distinta os direitos ditos de liberdade dos direitos sociais, demonstrando-se que não há justificativas teóricas substanciais para diferenciá-los. Conforme se viu, todos os direitos fundamentais se apresentam como direitos complexos – dotados de uma *conformação poliédrica*, ou um aspecto multifuncional. A um só passo, portanto, cada um deles irradia deveres de conduta do Estado e garante feixes de posições jusfundamentais de titularidade, posições estas que podem indicar pretensões jurídicas que exigem uma atuação ou uma abstenção do Estado, bem como ser de natureza individual ou transindividual, a depender do enfoque analisado. Também, viu-se que os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas perspectivas: uma subjetiva e outra objetiva, e que esta última impõe deveres de conduta estatal plenamente exigíveis judicialmente.

Em seguida, tratou-se detidamente do papel do Poder Judiciário na proteção da Constituição Federal. Abordou-se o tema da judicialização da política, para explicitar que a multiplicação de questões de cunho político perante o Judiciário não decorre de uma postura ativista dos magistrados. Salientou-se que os marcos que conformam este fenômeno são alheios à vontade dos julgadores. Dentre os inúmeros fatores que influenciaram na judicialização da política, eis que não se descuidou da origem política do fenômeno, foram abordados principalmente os aspectos normativos – decorrentes da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional – os quais permitiram uma ampla abertura à busca do amparo jurisdicional para a satisfação de direitos lesionados.

A partir disso, atentou-se para o papel do Poder Judiciário no ambiente pós-Constituição Federal de 1988. Refutou-se a concepção da separação dos poderes como

um modelo estanque e absoluto de divisão de esferas de competências estatais, salientando-se o equívoco da conexão absoluta das ideias “povo” – Legislativo – democracia. Isto porque a Constituição Federal elencou uma série de atores institucionalmente responsáveis pelo aprimoramento da democracia, dentre eles o Judiciário, atores estes que invariavelmente dialogam a longo prazo. Embora a Constituição Federal tenha conferido ao Poder Judiciário o poder de dar a última palavra provisória a respeito dos direitos, em qualquer tempo um novo ciclo deliberativo pode se iniciar, por provocação das demais esferas de competência. O controle de constitucionalidade é, pois, apenas um das etapas do ciclo deliberativo, havendo que se eliminar uma visão puramente binária de quem detém a legitimidade para atuar. Nesta toada, o sentido político-institucional do controle judicial de políticas públicas é o de conceber o Poder Judiciário como um dos agentes que contribui para o aprimoramento da democracia, em uma perspectiva dialógica de interação entre os poderes que o autorize a agir quando demandado.

O primeiro capítulo findou-se com a defesa de uma perspectiva contemporânea da ideia de jurisdição, que seja capaz de superar aquelas tradicionalmente reproduzidas e calcadas em modelos advindos do período histórico do Estado liberal. Argumentou-se que a jurisdição, no Estado Constitucional, envolve mais do que proteção da esfera subjetiva dos sujeitos. O juiz, mais do que isso, deve proteger valores constitucionais. Para tanto, como diretor do processo, deve extrair das regras processuais mecanismos capazes de conferir plena efetividade ao direito material pleiteado, em busca da satisfação da tutela jurisdicional efetiva. Levando em conta que a lei processual não é capaz de prever absolutamente todas as necessidades de todos os direitos materiais – que assumem novos contornos com o passar do tempo e conforme cada caso -, o juiz torna-se obrigado a suprir eventuais omissões capazes de impedir a tutela do direito pleiteado, em nome do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido, no controle de políticas públicas, parece insuperável a ideia de se trabalhar com a edificação de um processo – e uma interação entre os sujeitos que participam dele – que supere a lógica individualista a que estão habituados os magistrados.

O capítulo segundo buscou examinar profundamente a configuração das políticas públicas. Observou-se que as chamadas *policies* conformam um fenômeno



complexo, de abstrusa apreensão a partir de conceitos puramente jurídicos. As políticas públicas se delineiam através de um *arranjo institucional*, no qual é traçado um encadeamento de ações e efeitos, em múltiplos centros de imputação jurídica. Viu-se que sua produção é condicionada tanto pela política competitiva (*politics*) quanto pela política constitucional (*polity*). A política constitucional, para tanto, é responsável pela definição de dois aspectos fundamentais: (i) o espaço no qual a competição política poderá se desenvolver e (ii) os conteúdos legítimos das políticas públicas concretizadas como um desfecho do jogo político.

Salientou-se que o Direito assume, ao menos, quatro grandes funções na construção de uma política pública – como: (i) objetivo; (ii) vocalizador de demandas; (iii) ferramenta e (iv) conformador do arranjo institucional pertinente -, e que há uma série de processos juridicamente articulados que afetam a conformação delas, como o processo legislativo, o processo orçamentário, o processo administrativo e mesmo o processo eleitoral. Sob o eixo interno de conformação, foram tecidas considerações acerca do *policy cycle*, ou o chamado ciclo de políticas públicas, que envolve as etapas de: (i) análise do problema; (ii) diagnóstico; (iii) solução; (iv) estratégia; (v) recursos e (vi) execução. Dentre os processos atinentes às políticas públicas, ressaltou-se o processo orçamentário no Brasil como um dos nódulos impeditivos à concretização de direitos fundamentais, notadamente por conta: (a) do modo de divisão das rubricas, que muitas vezes não privilegia os objetivos constitucionais e (b) a constante prática dos contingenciamentos.

A partir da visualização das duas principais características das políticas públicas – processualidade e continuidade – voltou-se o trabalho à análise do objeto do controle judicial de políticas públicas. Em um primeiro momento, resgatou-se os fundamentos legitimadores do controle judicial de políticas públicas: a legitimidade normativa e filosófica da atuação jurisdicional no controle de constitucionalidade e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, reforçada pela disposição contida no Art. 5º, § 1º da CF, que garante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Promoveu-se a diferenciação entre o controle de políticas públicas e a tutela individual de bens jusfundamentais sob o viés subjetivo, salientando a importância desta, mas a sua falta de vocação para a realização do controle efetivo das políticas públicas.

Sob a perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, foi salientada a necessidade de se conhecer qual o caminho percorrido pelo Poder Público na concretização dos direitos demandados, vez que a existência, inexistência e insuficiência das políticas públicas demandam posturas diferenciadas por parte do Judiciário. Conforme se viu, somente no caso de inexistência e insuficiência das políticas públicas é que a decisão judicial terá caráter substitutivo, buscando modificar o percurso traçado pelos Poderes eleitos na conformação das ações estatais. Ressaltou-se a necessidade, quanto a estas últimas hipóteses, de aprimoramento do funcionamento do Poder Judiciário para se qualificar como um indutor de melhores práticas por parte dos demais Poderes, e para que seja respeitado o caminho traçado pela Constituição Federal no tocante à competência para estruturação das políticas públicas.

O capítulo segundo também buscou confrontar posições doutrinárias que advogam pela restrição do controle de políticas públicas ao controle de orçamento. Foram apresentadas razões que combatem esta percepção, respaldadas principalmente no fato de que as políticas públicas conformam um conjunto complexo de ações estatais. Como se argumentou, limitar o controle de políticas públicas à análise do orçamento significaria tratar de somente um dos procedimentos envolvidos, não garantindo o realinhamento do Poder Público aos objetivos constitucionais. No último ponto, foram tecidas considerações acerca das ideias do mínimo existencial e da reserva do possível.

Quanto ao mínimo existencial, demonstrou-se a dificuldade de manejo da teoria no Brasil, notadamente em vista de tantas divergências a respeito da delimitação de seus contornos, ou seja, do que integraria este mínimo. A par disso, salientou-se que o mínimo existencial foi calcado na perspectiva subjetiva dos direitos, conformando uma relação que envolve o dever de prestação estatal sob a ótica débito/crédito. Levando em conta que o controle judicial de políticas públicas deve se fundar na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, salientou-se que o mínimo pode servir como um dos balizadores da configuração dos principais objetivos da realização das políticas, nas não deve delimitar o espaço de justiciabilidade delas. Foram refutadas, portanto, posições doutrinárias que subdividem as políticas públicas em essenciais – e, portanto, justicializáveis – e não essenciais, e não justicializáveis.

Quanto à teoria da reserva do possível, foi resgatada a sua origem histórica e a sua função no Brasil, que é a de consideração da escassez de recursos e de proteção dos demais direitos prestacionais que não integram o foco da análise judicial. Ressaltou-se as suas três dimensões: (i) fática, (ii) jurídica e (iii) de proporcionalidade, e se concluiu que, a partir destas dimensões, a escassez deve indicar um dever de compromisso estatal para o melhor manejo dos recursos. Resgatando considerações a respeito do processo orçamentário, vislumbrou-se a necessidade de investigação da real escassez, em especial sob a análise da perspectiva jurídica, havendo-se que refutar qualquer ideia de delimitação do agir estatal baseado em alegações não comprovadas, ou delimitações inconstitucionais a respeito do orçamento público. Concluiu-se que a escassez sob a perspectiva fática, no controle de políticas públicas, é diluída em relação ao tempo, eis que os provimentos voltados à concretização das políticas públicas envolvem planos e afazeres cadenciados, e não determinações pontuais de dispêndio de recursos.

Por fim, salientou-se que a análise da escassez de recursos ganha novos contornos a partir do crescimento do acesso de demandas individualizadas no Judiciário, uma vez que os provimentos deste porte tem o potencial de desorganizar o planejamento global da utilização de recursos públicos e reordenar o dispêndio de verbas por ordem de chegada aos tribunais. Sem descuidar da possibilidade da concessão de tutelas individualizadas, ressaltou-se a necessidade de promoção e tutela dos direitos sob uma perspectiva que atinja a coletividade, quando deflagrado, no caso concreto, que se trata de lesões a direitos que emanam de um descompromisso estatal ligado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O capítulo terceiro, a partir dos temas anteriormente desenvolvidos, buscou delinear as possíveis pontes de interação entre Judiciário e os demais Poderes no controle de políticas públicas. Foram trazidas reflexões sobre as vias processuais pelas quais uma política pública pode ser controlada ou afetada, ainda que indiretamente, pelo Judiciário.

Abordou-se, primeiramente, o controle de constitucionalidade das políticas públicas pela via concentrada. Foram trazidos julgados do Supremo Tribunal Federal que expõem o seu posicionamento: a Corte Suprema admite o controle de políticas públicas pela via concentrada, mas não define parâmetros precisos para tanto, e não raro

defende uma postura de autocontenção a respeito das políticas já definidas pelos demais Poderes. Sobre esta espécie de controle, salientou-se a sua viabilidade para controlar políticas públicas, mas a sua limitação quanto ao poder de acompanhamento da consecução das ações estatais relacionadas a políticas públicas, eis que sua natureza é declaratória. Neste ponto, apresentou-se pesquisa empírica que atesta que, entre 1988 a 2009, poucas foram as declarações de inconstitucionalidade, via controle concentrado, de leis emanadas do Congresso Nacional a respeito de direitos fundamentais. Concluiu-se que a maior parte das demandas que ingressam no Judiciário dizem respeito ao controle de constitucionalidade difuso, por se tratarem de pretensões jurídicas relacionadas a situações concretas a respeito da omissão do Poder Público na prestação de ações relacionadas à direitos fundamentais.

Voltou-se então os olhos à análise da tutela individual de direitos fundamentais sociais, a qual ocorre por mecanismos processuais que permitem ao indivíduo pleitear individualmente as prestações relacionadas ao seu direito subjetivo. Foi argumentado que esta configura uma via processual que garante a cidadania e encontra respaldo constitucional, eis que dos direitos fundamentais emanam pretensões jurídicas individuais. Ressaltou-se, todavia, o problema de se tratar sob a ótica individual situações que notadamente dizem respeito à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, eis que esta via processual não possui vocação para demandar situações relacionadas à pretensões jurídicas transindividuais e que demandam o controle global de políticas públicas. Neste aspecto, foi salientado o dever de o juiz, diante desta percepção, remeter tais informações ao Ministério Público, conforme previsão legal do artigo 7º da Lei de Ação Civil Pública. Foi mencionada também a existência de anteprojeto de lei que prevê a coletivização de demandas individuais.

Em seguida, foi examinada a tutela coletiva de direitos fundamentais, especialmente os sociais, para que fossem demonstrados os principais argumentos elencados para a utilização desta via processual para o controle de políticas públicas. Foram construídos os argumentos que defendem a tutela coletiva a partir de três pontos principais: (i) a universalização do acesso à justiça a todos os titulares das pretensões jusfundamentais e a racionalização da prestação jurisdicional; (ii) a viabilização de uma visão global dos problemas ligados à inadequação, omissão ou insuficiência das

prestações estatais e (iii) a possibilidade de uma interação dialógica entre os Poderes, no âmbito do processo, para a construção de soluções jurídicas adequadas à tutela do direito debatido. Concluiu-se, a partir dos argumentos doutrinários alinhavados, que as ações coletivas constituem o mecanismo por excelência de controle de políticas públicas.

A parte final do estudo buscou enfatizar a necessidade de aprimorar o controle judicial de políticas públicas através de mecanismos que propiciem (i) a amplitude da produção de informações a respeito dos casos envolvendo prestações estatais e (ii) a existência de um ambiente dialógico e prolongado de interação entre o Poder Judiciário e os representantes eleitos. Neste sentido, remeteu-se à necessidade de existência de um contraditório ampliado, que signifique, mais do que uma garantia de defesa, um dever de informação e participação dos agentes envolvidos no processo. Ressaltou-se também a necessidade de participação de outros sujeitos no processo que não as partes diretamente envolvidas, por meio da figura do *amicus curiae* e realização de audiências públicas, em busca de uma interação multifocal no processo.

Por, fim, apresentou-se a ideia de provimentos estruturais, que dizem respeito à confecção de soluções adequadas a extirpar situações burocráticas que lesionam direitos fundamentais. Observou-se que os esforços doutrinários contemporâneos convergem para a necessidade de o Poder Judiciário agir a partir de uma lógica de indução, buscando fixar, através de técnicas processuais, um caminho dialógico e cadenciado de readequação das atuações estatais aos objetivos constitucionais. Argumentou-se que esta forma de confecção de decisões – que se destinem a provocar os Poderes faltantes a desenvolverem as etapas de gestação e de implementação da política pública – é medida que melhor se adequa a situações que exigem reformas prolongadas e estruturais, tais como aquelas que envolvem a concretização de políticas públicas. Concluiu-se que esta espécie de interação garante a participação do Poder Judiciário no aprimoramento da democracia, sem que isso signifique uma simples substituição de decisões dos Poderes eleitos, e se adequa perfeitamente ao dever do Poder Judiciário de promoção da tutela jurisdicional efetiva.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *La hechura de las políticas*. México: Porrúa, 1992.

ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política* - vol. 1. São Paulo, Editora Ática, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ALLARI, Adilson Abreu. Orçamento impositivo. In. CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos públicos e direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 1990.

ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7177>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_. As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. ano 1, n. 1, 2009.

\_\_\_\_\_. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. In. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

BACELLAR FIHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: \_\_\_\_\_; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. Governo, políticas públicas e o cidadão. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXIV, nº 408.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_; HACHEM, Daniel Wunder. Transformações contemporâneas nas relações entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na República Federativa do Brasil. *Ópera Prima de Derecho Administrativo - Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, v. 10, p. 59-114, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Judicialização da Política: um fenômeno jurídico ou político? A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 39, p. 113-126, 2010.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

\_\_\_\_\_. O controle judicial dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Jus Navigandi*, v. 3091, p. 1-20, 2011.

\_\_\_\_\_. O Papel Ativo do Poder Judiciário enquanto efetivador dos Direitos Sociais da Constituição Federal De 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais (UniBrasil)*, v. 6, p. 63-83, 2007.

\_\_\_\_\_. *Stare decisis, Integridade e Segurança Jurídica: Reflexões Críticas a Partir da Aproximação dos Sistemas de Common law e Civil law na Sociedade Contemporânea*. Curitiba: Tese de Doutorado em Direito (PUC/PR), 2011.

\_\_\_\_\_; ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. A legitimidade do 'ativismo judicial' aos olhos da Teoria do Estado e do Direito: um estudo voltado à garantia dos direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, v. X, p. 71-82, 2013.

\_\_\_\_\_; Cotinda, T.C.Z.. Direitos Fundamentais e Controle Judicial. *Pensar (UNIFOR)*, 2014.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. *Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 6745-6765, 2008.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n.1, Junho de 2012.

\_\_\_\_\_; MENDES, Ubirajara Carlos. O Judiciário como portal de respostas obrigatórias: reflexos da potencialização dos Princípios. *Revista Jurídica (FIC)*, v. 1, p. 244-270, 2013.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, v. 8, p. 059-085, 2012.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. Jurisdição Constitucional Brasileira: entre constitucionalismo e democracia. *Sequência (UFSC)*, v. 56, p. 151-176, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

\_\_\_\_\_; BARROSO, Luís Roberto. O começo da História. A nova interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 12, p. 661-714, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 3 (janeiro/junho de 2010). Lisboa: Instituto de Direito Público, 2010

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetro para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.) *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (Orgs). *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: a tênue fronteira entre o Direito e a Política*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI194782,51045-Jurisdicao+Constitucional+A+tenue+fronteira+entre+o+Direito+e+a>> Acesso em: 20 de fevereiro de 2014.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; \_\_\_\_\_ (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BERIZONCE, Roberto Omar. Activismo judicial y participación en la contrucción de las políticas públicas. *RePro*, n. 190, São Paulo, RT, dez. 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Diritto è secolarizzazione: Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Trad. Mario Carpintella. Editora Laterza.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2003.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013.

BRASIL JUNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. *A visão do Ministério Público brasileiro sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. n. 992.123 - RS (2007/0228551-7), Relator: Ministro Castro Meira, DJ: 11/03/2008, Segunda Turma.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 208893 / PR; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.03.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.535/RJ. Rel.: Min. Franciulli Netto. Julg. 01/09/2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 581352 AgR / AM – AMAZONAS, Dj. 22/11/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 1698, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 25/02/2010, DJe- 15-04-2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29.04.2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 185/DF, Dj 04.12.2007.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Suspensão de Liminar 0760689-3, Órgão Especial, Rel. Miguel Kfoury Neto, DJ n. 584, publicação em 04/03/2011). Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1&AcordaoJuris=1067632>, acesso em 04 de fevereiro de 2014.

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 537.231-5/3-00, Des. Marrey Uint, dj. 27.03.2007.

BRASIL, Tribunal Regional Federal 4. AC: 2827 SC 2001.72.01.002827-3, Relator: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, Data de Julgamento: 22/05/2006, 3. Turma, DJ 02/08/2006.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores

Sociais. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira* 2013, n. 32. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. Síntese dos Indicadores de 2009. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas de reconhecimento e de redistribuição adequadas à salvaguarda do mínimo existencial não exclusivamente patrimonial. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Curitiba, 2006, 253 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em Direito. In. \_\_\_\_\_ (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011.

BUENO Cassio Scarpinella. Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*. *Revista Nacional da Magistratura*. Ano II, n. 5. Brasília: Escola Nacional da Magistratura/Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 132-138. maio de 2008

BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz Werneck. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, v. 19, n. 2.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *RePro*. V. 30, n. 126, p. 59-81, São Paulo, RT, ago. 2005.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Osvaldo. O Orçamento, e a Reserva do Possível: Dimensionamentos no Controle Judicial de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. São Paulo: Sergio Antonio Fabris, 2009.

CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, n. 23, p. 127-139, nov. 2004.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental* (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Curitiba: [s.n.] n. 22, 2003.

\_\_\_\_\_. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A lei no Estado contemporâneo. In: \_\_\_\_\_; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Desafios da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=441](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441). Acesso em: 04 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo e Tributação*. Conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em: <http://www.cleadvogados.com.br/arquivos/neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>. Acesso em 27 de fevereiro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Medidas provisórias*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990.

\_\_\_\_\_. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. O Estado brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília n. 104, p. 21-42, out./dez. 1989.

\_\_\_\_\_. O Poder Legislativo no Brasil contemporâneo. In: \_\_\_\_\_.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: \_\_\_\_\_.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Sobre a ação direta de constitucionalidade. In: \_\_\_\_\_.; BARROSO, Luís Roberto (Org.). *Doutrinas essenciais: Direito Constitucional*. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

\_\_\_\_\_.; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Sociais da Faculdade do Brasil*, p. 29-42, mar./ago. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Inconstitucionalidade das Políticas públicas. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional: estudos em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In: *Pensar: Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 18, n. 1, p. 9-46, jan./abr. 2013.

COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: \_\_\_\_\_. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COURTIS, Christian. La Prohibición de Regressividad en Materia de Derechos Sociales: Apuntes Introductorios. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni Un Paso Atrás*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, competição e políticas públicas. *Lua Nova*, São Paulo, n. 65, p. 95-135 Agosto, 2005.

DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos. In: \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERREIRA, Camila Duran; e outros. O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: IPEA; CAIXA (org). Prêmio IPEA 40 anos – IPEA-Caixa 2004: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005.

FILGUEIRAS, Fernando. *Política Orçamentária, Formação de Interesses e Corrupção no Brasil 1995-2000*. Centro de Pesquisas Estratégicas “Paulino Soares de Sousa” – UFJF, 2002. Disponível em: <<http://www.ecsbrdefesa.com.br/fts/PIFICB9500.pdf>> Acesso em 20 de fevereiro de 2014.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009.

FISS, Owen. *Um novo Processo Civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FONSECA, Juliana Pondé. Violação de Direitos e Inefetividade do Judiciário: revendo o problema da efetividade dos direitos sociais de acordo com as particularidades do caso brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Jurisdição e questões controvertidas de direito constitucional*. Curitiba: Juruá, 2013.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. História breve do constitucionalismo no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). *Doutrinas essenciais – Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANCO, Caroline da Rocha. O modelo de *multiple streams* na formulação de políticas públicas e seus reflexos no Direito Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 169-184, out/dez. 2013.

FRASER, Nancy. Redistribuição, Reconhecimento e Participação: Por uma concepção integrada de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GALDINO, Flavio. O custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro Renovar, 2002.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião as promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAZZETTO, Andréa Cristina O. *Lobbying no Congresso Nacional: estratégias de atuação dos grupos de interesse empresariais e de trabalhadores no Legislativo brasileiro*. *Revista Espaço Acadêmico*, nº 95 – mensal. Abril, 2009. Disponível em: <http://www.espacoacademico.com.br/095/95gozetto.htm>;

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública Refém do Autoritarismo. *Revista de Processo*, vol. 96, p. 28-36, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 361, p. 03-12, maio/jun. 2002.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *O processo – estudos e pareceres*. 3. Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. O Controle jurisdicional de políticas públicas. In: \_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales em La Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 38, p. 129-166, 2009.

\_\_\_\_\_. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 44, p. 59-110, 2011.

\_\_\_\_\_. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14.2, p. 618-688, jul./dez. 2013.

\_\_\_\_\_. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 13, p. 340-399, 2013.

\_\_\_\_\_. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 53, p. 133-168, 2013.

\_\_\_\_\_. Gestão pública e a realidade latino-americana. In: Raquel Dias da Silveira; Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. (Org.). *Estudos dirigidos de gestão pública da América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, v. 1, p. 71-94, 2011.

\_\_\_\_\_. *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Mínimo Existencial e Direitos Fundamentais Econômicos e Sociais: Distinções e Pontos de Contato à Luz da Doutrina e Jurisprudência Brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; \_\_\_\_\_. (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Democracia e participação popular na Administração Pública: mecanismos de realização do Estado Democrático de Direito. *Fórum Administrativo*, v. 130, p. 38-45, 2011.

HARADA, Kiyoshi. *Orçamento impositivo. Exame da PEC n. 565/06*. Disponível em: Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,orcamento-impositivo-exame-da-pec-no-56506,44979.html>, acesso em 03 de dezembro de 2013.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HESPANHA, António Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba*, n. 47, p. 29-64, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: W. W. Norton & Company, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Salvador: Juspodivm, 2009.

KANAYAMA, Rodrigo Luís. A ineficiência do orçamento público impositivo. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, p. 127-144, out./dez. 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. (trad. João Baptista Machado). São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* (trad. João Baptista Machado). 7. ed. Coimbra: Almedina. 2008.

KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*, Boston: Longman, 1984.

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

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 76, nov. 2006. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300002&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 18 de dezembro de 2013.

LOBATO, Lenaura. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique (Orgs.). *Políticas públicas*. Vol. 1. Brasília: Enap, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathiana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACIEL, Larissa Barreto. Políticas Públicas – Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável. In: PAMPLONA, Danielle Anne (Coord.). *Políticas públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá, 2012.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, UERJ, p. 1-22, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre si, e em face das ações individuais. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 96, 2001.

\_\_\_\_\_. Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos. *Revista de Processo - RePro*. Ano 33, n. 164, p. 152-169, out./2008.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 3 de dezembro de 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed., São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Eduardo. As políticas públicas na Ciência Política. In. \_\_\_\_\_.; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

\_\_\_\_\_.; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

MAURÍCIO JR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentária e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 15, Salvador, 2007. [http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf). Acesso em 09 de setembro de 2013.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 21, vol. 84, p.175-221, jul-set/2013.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Finanças Municipais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – Devido Processo Orçamentário e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. Golpe de Estado contra o Judiciário. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 04 de maio de 2012. Seção: Direito&Justiça. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1250468>>. Acesso em: 10 de julho de 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. *Temas de direito processual*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política – vol 1*. São Paulo, Editora Ática, 2004.

NEME, Eliana Franco; ARAUJO, Luiz Alberto David. O Controle de Constitucionalidade de Normas Orçamentárias. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. *Orçamentos Públicos e Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes LTDA, 2011.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

\_\_\_\_\_. *La constitución de la democracia deliberativa*. Trad. Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

\_\_\_\_\_. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*. Curitiba, 2006, 379 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 232-233.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. O controle judicial das políticas públicas por meio do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e argüição de descumprimento de preceito fundamental: contornos e perspectivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PARADA, Eugenio Lahera. Política Y Políticas Públicas. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique (Orgs.). *Políticas públicas*. Vol. 1. Brasília: Enap, 2006.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. 2009. 277 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

PÉREZ LUÑO, António Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salmão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. Curitiba, 2013. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. Tutela judicial do direito fundamental à saúde: interpretando a Constituição a partir do projeto democrático brasileiro. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). *Jurisdição e questões controvertidas de Direito Constitucional*. 1 ed. Curitiba - Paraná: Juruá, 2013.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política* – vol. 1. São Paulo, Editora Ática, 2004.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballande. A Constituição Norteadora das Paixões: o Protagonismo Judicial como garantia dos pré-compromissos constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. *Paraná Eleitoral*, v. 1, p. 25-40, 2012.

\_\_\_\_\_. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; \_\_\_\_\_ (Orgs.). *Políticas públicas*. Vol 1. Brasília: Enap, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. p. 205-228, n. 10 – Jan./Mar. 2010.

\_\_\_\_\_. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo\\_Ingo\\_DF\\_sociais\\_PETROPOLIS\\_final\\_01\\_09\\_08.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf), acesso em 06 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco G. M. de; BEDÊ, Faya (Coord.) *Constituição e Democracia*. Estudos em Homenagem ao Professor J.J Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: \_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; \_\_\_\_\_ (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.



SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública: o direito da reclamação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoConstitucionalismo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 5, n. 20. p. 145-165, abr./jun.2005.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, v. 1 – reserva do possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Poder Constituinte e Poder Popular: Estudos Sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: \_\_\_\_\_. SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; NUNES, António José Avelã (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>, acesso em 09 de novembro de 2013.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, n. 2, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Orçamento na Constituição*. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Vol. 5. São Paulo: Renovar, 2008

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIOLIN, Jordão. *Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: o controle jurisdicional de decisões políticas*. Salvador: Juspodivm, 2013.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação Civil Pública: Judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In. MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, v. 20, n. 78, São Paulo, RT, p. 32-49, abr./jun. 1995.

ZUFELATO, Camilo. Controle Judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.