

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE BAGATIN GODOY SIGUEL

Judicialização de Políticas Públicas no Estado Constitucional

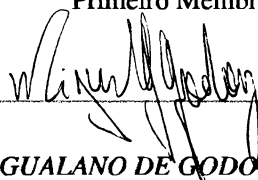
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO
Orientador



EMERSON GABARDO
Primeiro Membro



MIGUEL GUALANO DE GODOY - Direito Civil e
Processual Civil
Segundo Membro

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALEXANDRE BAGATIN GODOY SIGUEL

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

CURITIBA

2011

ALEXANDRE BAGATIN GODOY SIGUEL

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito.

Orientadora: Prof^a.Dr^a. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

Alexandre Bagatin Godoy Siguel

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Monografia apresentada ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial para outorga do grau de Bacharel em Direito, e aprovada pela seguinte Banca Examinadora:

Angela Cassia Costaldello
Orientadora

Emerson Gabardo
Primeiro membro

Miguel Gualano de Godoy
Segundo membro

“Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”
(Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 25.1)

“Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.”
(Universal Declaration of Human Rights, article 25.1)

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente, como não poderia deixar de ser, aos meus pais, Aureo Célio Godoy Siguel e Gisele Bagatin Siguel pelo amor, zelo e incentivo que sempre demonstraram ao meu favor, não só durante a graduação, como também na minha vida. Pelos mesmos motivos agradeço à minha avó Anália Vaz Bagatin por todo o carinho e bondade que nunca se esgotaram, mas se incrementaram ao longo dos anos. É com muita alegria que reconheço o apoio que eles prestaram e sempre prestarão.

Agradeço à Arilise Ferreira Cabezon, amiga incondicional, que me acompanha há praticamente dez anos com muito bom humor e serenidade, me ajudando a não só superar as minhas dificuldades como também sempre presente em meus momentos de alegria.

Agradeço também ao Pablo Marcelo Gaertner, pelo companheirismo e dedicação, pela capacidade de ressaltar o lado positivo das coisas frente às adversidades da vida, pela paciência e por acreditar em mim.

Ainda, agradeço à Claudia Sayuri Souza pela amizade e aventuras, por ter me mostrado outros caminhos igualmente válidos e outras perspectivas da vida, dentre elas que esta é curta e merece ser aproveitada. Obrigado pelo ouvido e pela certeza que posso sempre contar com você.

Aos amigos que me acompanharam na rotina acadêmica e me fizeram crescer com eles, me apoiando, ouvindo e auxiliando prontamente quando eu deles necessitei. Obrigado Cecilia L. Guetter, Manuela W. Maron, Isabela P. S. Rissio, Erick Vizolli, Larissa M. Alfaro, Paulo R. Pallu e André L. Fernandes.

À Professora Angela Cassia Costaldello, excelente pessoa e orientadora deste trabalho, que me ajudou de forma tão minuciosa – e sempre carinhosa – na discussão e elaboração deste polêmico tema, assim como no desenvolvimento do estudo.

Por fim, à Advogada da União Aline de Almeida Menin, que tanto me apoiou durante o meu estágio junto à Advocacia Geral da União e me inspirou, com sua inteligência, a escrever este trabalho a respeito deste tema.

RESUMO

A Constituição da República de 1988 é a norma fundamental que consolida os direitos e bens aos quais o Constituinte resolveu conceder uma hierarquia diferenciada em relação aos demais direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico. Dentre aqueles destacam-se os direitos fundamentais sociais. Muito embora estes se encontrem positivados na Lei Maior, eles ainda carecem de efetividade.

Nessa perspectiva, tomando-se por base o *status* conferido pelo Constituinte aos seus institutos e as competências do Poder Judiciário, questiona-se se este tem legitimidade para interferir em políticas públicas inaplicadas ou aplicadas insatisfatoriamente pelo Poder Público. Para compreender esta possibilidade e seus limites, adotou-se uma metodologia que abordou a revisão de material bibliográfico e jurisprudencial com o intuito não só de defender a sua possibilidade, vez que necessária e de acordo com a axiologia constitucional, como também o de estabelecer limites materiais a essa atuação que, se aplicada de forma excessiva, poderá inviabilizar os fins preteridos pela Carta.

Palavras-chave: Constituição da República de 1988; Direitos Fundamentais; Axiologia Constitucional; Efetividade; Poder Judiciário; Políticas Públicas; Limites materiais; Limites formais.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – A DIALÉTICA ENTRE OS MODELOS DE ESTADO E OS DIREITOS POR ELES PREVISTOS	10
1.1 OS TIPOS DE LEGITIMAÇÃO DO ESTADO SEGUNDO MAX WEBER.....	Erro!
Indicador não definido.	
1.1.1 O Estado de Direito Clássico	12
1.1.2 O Estado de Bem-Estar Social.....	14
1.1.3. O Estado Constitucional.....	16
CAPÍTULO 2 – A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	24
2.1 ESTRUTURA NORMATIVA CONSTITUCIONAL: A COEXISTÊNCIA DE REGRAS E PRINCÍPIOS	24
2.1.1 Da efetividade das normas constitucionais	26
2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	29
2.2 O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: POR UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA	30
CAPITULO 3 - AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS	35
3.1 A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO ADMINISTRADOR	Erro!
Indicador não definido.	
CAPÍTULO 4 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	40
4.1 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL – CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS	40
4.2 AS “NOVAS ATRIBUIÇÕES” DO PODER JUDICIÁRIO	42
CAPÍTULO 5 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	47
5.1 ANÁLISE DOS EFEITOS RESULTANTES DA INAPLICAÇÃO OU IMPLEMENTAÇÃO INSATISFATÓRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	47
5.2 OS CRITÉRIOS QUE AUXILIARIAM E DELIMITARIAM A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	48
5.2.1 O papel do magistrado como aplicador da Constituição da República	49
5.2.2 A revisão do princípio da tripartição dos poderes.....	54
5.2.3 A reserva do possível.....	56
5.2.4 O controle de discricionariedade	60
CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 é um marco em nosso país pois, além de instaurar o Estado Democrático de Direito, ela também figura como Lei Fundamental do Brasil.

A Lei Maior prevê uma consolidação de normas que regulam a forma de Estado, de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, os limites das ações do Estado e, ao que mais interessa, os direitos fundamentais do homem que, em síntese, podem ser interpretados a partir da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o progresso histórico é possível notar que os direitos, sejam eles individuais ou sociais, não são um dado, mas uma construção constante e gradual. Muito embora a previsão, por si só, já seja louvável, ela, é incapaz de satisfazer aos direitos, pois os direitos, em especial os prestacionais, precisam ser *efetivados*.

Dentre os direitos fundamentais elencados pelo Constituinte, o presente trabalho abordará com mais cuidado os direitos ditos sociais, que se encontram a partir do artigo 6º em diante da Carta. A peculiaridade destes é que se exige do Estado uma prestação positiva que, em regra, se materializa por meio de políticas públicas. Sua execução implica, por sua vez, no dispêndio de recursos, estes, como sabido, finitos.

Por conta disso, muitos alegam que as previsões referentes aos direitos fundamentais seriam *normas programáticas*, ou seja, normas sem qualquer eficácia que apenas demonstram os fins, sem que esteja determinado o meio, sendo impossível, por consequência, se exigir do Poder Público uma providência no sentido de efetivá-las tal como a Constituição as prescreve.

Porém, diante do inadimplemento dos Poderes Legislativo e Executivo, em sendo o Judiciário provocado, teria ele legitimidade para interferir nas políticas públicas de modo a implementá-las? Se sim, quais seriam os critérios que esta intervenção deveria seguir?

Esta matéria, como visto, apresenta um amplo alcance que perpassa pela História do Direito, pelo Direito Constitucional e, por fim, pelo Direito Administrativo. Com isso em mente, delimitar-se-á o objeto com uma análise que considerará, em primeiro lugar, a evolução histórica dos modelos de Estado, para se demonstrar que os direitos não são um posto, mas uma conquista gradual.

Em seguida analisar-se-á, no que concerne ao Estado constitucional, a estrutura das normas presentes na Lei Maior, como também o seu grau de eficácia e as técnicas jurídicas utilizáveis para que os direitos, diante um caso concreto, sejam aplicados da melhor forma possível. Aqui também se verificará com mais cautela o princípio da dignidade da pessoa humana e a noção da tripartição dos poderes, para se analisar qual é o alcance e relevância destes dois no trato da matéria.

Uma vez considerada a estrutura formal das normas, transcorrer-se-á num campo que tange ao Direito Administrativo, no que diz respeito à materialização daquelas normas que, no presente caso, serão vistas de acordo com as políticas públicas. Aqui a abordagem inicial do problema adquire maior consistência pois, haja vista os capítulos anteriores, haverá a possibilidade de se criticar a ineficácia de normas constitucionais e, diante disso, a possibilidade de o Judiciário, mediante provocação, intervir e “dar o direito ao caso concreto”.

Este ponto partirá de outro importante pressuposto, que é o de se verificar os limites constitucionalmente estabelecidos pela Constituição para que se esclareça se o fenômeno da judicialização de políticas públicas é possível ou não.

Só assim, comprovada a possibilidade de o Poder Judiciário intervir em uma política pública, passar-se-á ao último ponto, que, sem dúvidas, é o de maior peso no presente, que corresponde aos critérios em que essa intervenção possa ocorrer sem que haja excessos por parte do Judiciário. Abordar-se-á, aqui, elementos como o papel do magistrado na aplicação da Constituição, a teoria da *reserva do possível* e, por fim, a discricionariedade administrativa.

Este tema, contudo, não resta pacificado na doutrina ou jurisprudência pátrias. Nada obstante o peso de argumentos dogmáticos, procurar-se-á, portanto, fazer uma abordagem axiológica, contextual e finalística com base na evolução do Estado brasileiro e a postura tomada pelo Constituinte.

CAPÍTULO 1 – A DIALÉTICA ENTRE OS MODELOS DE ESTADO E OS DIREITOS POR ELES PREVISTOS

Para compreender o Estado moderno, é mister rever os estudos de Max WEBER¹ acerca da temática, eis que ele, de modo paradigmático, condensou o desenvolvimento das instituições sociais, econômicas, culturais e jurídicas a uma racionalidade típica da modernidade que seria responsável, em última análise, pela consolidação do capitalismo no Ocidente.

De acordo com Norberto BOBBIO, o Estado pode ser “entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos familiares por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externas (a defesa)”².

Outros autores, dentre os quais filia-se Marçal JUSTEN FILHO³, acolhem a ideia de que o Estado surgiu com a idade moderna, quando seus principais traços foram definidos no Tratado de Westfália (1648), o qual centralizou o poder e permitiu que a Instituição (à época governado pelo soberano) tivesse para si o monopólio da violência com o viés de eliminar qualquer obstáculo que pudesse interferir no seu desenvolvimento⁴.

Marcos Augusto MALISKA⁵, ao estudar Max WEBER, lembra que a coação física seria a reivindicação, com êxito, do monopólio do constrangimento físico legítimo. Daí derivaria (i) a lógica de um Direito racionalizado e, conseqüentemente, especializado (sobretudo o Legislativo e o Judiciário), (ii) a instituição de uma polícia encarregada de assegurar a ordem pública, (iii) bem como uma Administração racional baseada em regulamentos que lhe autorizam intervir nos mais diversos domínios, dentre eles a educação e a saúde.

Indo adiante, quanto ao Poder, Hannah ARENDT o define como:

“(...) a habilidade humana não apenas de agir mas de agir em concerto. Poder nunca é a propriedade de um único sujeito; pertence ao grupo e permanece existindo somente enquanto o grupo permanece junto. Quando

¹ O ponto de partida é o ensaio **Os três tipos puros de dominação legítima (Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft)**, presente em: WEBER, Max. **Weber: sociologia**. Org. Gabriel Cohn., p. 128-141.

² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**, p. 73.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 5-6.

⁴ Como visto, tal estrutura foi pensada na centralização do poder em nome de uma pessoa que governaria uma entidade soberana. Buscou-se concentrar o poder e extirpar, de vez, a descentralização, típica do momento histórico anterior que compreendeu o feudalismo.

⁵ MALISKA, Marcos Augusto. **Max Weber e o Estado Racional Moderno**. In: Revista Eletrônica do CEJUR, Vol. 1, nº. 1, 2006, p. 20-21.

nós dizemos de alguém que ele esta ' no poder', nós nos referimos a ele como recebendo o poder de um certo número de pessoas para agir em nome delas..."⁶

Quanto à legitimação do poder, Max WEBER⁷ distingue três tipos de dominação legítima, quais sejam: a religiosa, a carismática e a racional⁸.

A primeira erige-se em crenças metafísicas de que o governante concentra, em suas mãos, poderes políticos e religiosos. De acordo com esse Estado mais primitivo a investidura do poder era vista como uma dádiva de deus, o qual culminou com os famosos dizeres "*L'Etat c'est moi*" e "*the king can do no wrong*"⁹.

Já a segunda se fundamenta na capacidade de um governante em polarizar a esperança de um grupo na consecução de determinada atividade. Caracteriza-se por ser um desespero social, no qual o líder exercita uma série de promessas com o apoio de uma grande maioria, esta que acaba reduzida a uma massa sem qualquer voz.

Finalmente, a legitimação racional é aquela "*em que a dominação se funda na existência de leis impessoais e de um aparato administrativo burocrático. A dominação se funda, então, na despersonalização do poder político.*"¹⁰ Nesta fica

⁶ "*Poder* corresponde a la capacidad humana, no simplemente para actuar, sino para actuar concertadamente. El poder nunca es propiedad de un individuo; pertenece a un grupo y sigue existiendo mientras que el grupo se mantenga unido. Cuando decimos de alguien que está 'en el poder' nos referimos realmente a que tiene un poder de cierto número de personas para actuar en su nombre". ARENDT, Hannah, **Sobre la violencia**, p. 60.

⁷ WEBER, Max **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva**, p. 26 et seq; p. 22-23.

⁸ Registre-se que por tipo ideal entende-se um instrumento de análise sociológica com o viés de facilitar a criação de tipologias puras destituídas de tom avaliativo. Ou, em suas palavras: A "Obtém-se um tipo ideal mediante a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, e mediante o encadeamento de grande quantidade de fenômenos isoladamente dados, difusos e discretos, que se podem dar em maior ou menor número ou mesmo faltar por completo, e que se ordenam segundo os pontos de vista unilateralmente acentuados, a fim de se formar um quadro homogêneo de pensamento. Torna-se impossível encontrar empiricamente na realidade esse quadro, na sua pureza conceitual, pois se trata de uma utopia. A atividade historiográfica defronta-se com a tarefa de determinar, em cada caso particular, a proximidade ou afastamento entre a realidade e o quadro ideal (...) Ora, desde que cuidadosamente aplicado, esse conceito cumpre as funções específicas que dele se esperam, em benefício da investigação e da representação" (WEBER, Max. **A objetividade do conhecimento na ciência política e na ciência social**, p. 106)

⁹ "Com efeito, observava-se em quase toda a Europa continental, sobretudo em França, a fadiga resultante do poder político excessivo da monarquia absoluta, que pesava sobre todas as camadas sociais interpostas entre o monarca e a massa de súditos. Arrolavam essas camadas em seus efetivos a burguesia comercial e industrial ascendente, a par da nobreza, que por seu turno se repartia entre nobres submissos ao trono e escassa minoria de fidalgos inconformados com a rigidez e os abusos do sistema político vigente, já inclinado ao exercício de práticas semidespóticas. (...) □ Todos os pressupostos estavam formados pois na ordem social, política e econômica a fim de mudar o eixo do Estado moderno, da concepção doravante retrógrada de um rei que se confundia com o Estado no exercício do poder absoluto, para a postulação de um ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica." (Paulo Bonavides, **Ciência política**, p.134-136).

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 8.

caracterizado o governo das leis e não a dos homens (característica das duas anteriores), em que a decisão do governante não é um produto de sua consciência mas resultado de decisões cristalizadas em normas gerais e abstratas. No que tange à estrutura da Administração, Julien FREUND¹¹ explica que dentre as diversas formas de domínio racional (decisões, decretos, ordens de serviço, entre outras) a mais típica é a burocracia.

Como visto, esta estrutura racionalmente organizada possibilitou o surgimento do Estado de Direito, que é, sem embargo, a base do direito ocidental moderno.

1.1 O Estado de Direito Clássico

O “Estado de Direito”¹², tal como hodiernamente o conhecemos, remonta às construções doutrinárias alemãs, cujo termo “*Rechtsstaat*” implicava em Estado da Razão, ou seja, aquele em que se governa segundo a vontade racional. Este modelo atendia, sobretudo, às exigências da recém instalada classe burguesa no poder. A época também foi marcada pelo o início do legalismo com as codificações no Ocidente – ou seja, o positivismo (cujo exemplo mais notório é o Código de Napoleão de 1804, ainda vigente na França) – e o nascimento da disciplina Direito Administrativo tal qual hoje a concebemos.

O Estado de Direito clássico tinha como pressupostos quatro postulados fundamentais, a saber: (i) supremacia constitucional; (ii) tripartição dos poderes; (iii) a generalização do princípio da legalidade; e (iv) a universalidade da jurisdição¹³.

A uma, a supremacia constitucional visava justamente evitar excessos cometidos por um único governante (quanto à sua pessoa) ao prever um conjunto de normas de hierarquia superior que disciplinariam o Estado e, também, alguns direitos individuais.

A duas, a tripartição dos poderes consistia na diferenciação de atribuições a diversos órgãos, o que significa num mecanismo hábil de controle e limitação de um

¹¹ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa, p. 167.

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 147-158.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 10.

Poder em outro, evitando, assim, a concentração dos poderes próprios do Estado em um único órgão¹⁴.

A três, a observância da legalidade dizia respeito à previsão legislativa das atividades desempenhadas ou não pelo Estado (as ações e omissões estatais) e servem para limitá-lo por meio da Lei.

Finalmente, a universalidade de jurisdição representava o efetivo controle dos atos estatais, permitindo, conseqüentemente, a responsabilização das pessoas (físicas e jurídicas de direito público e privado) que atuaram de forma inadequada.

Sabe-se que Estado, em sua concepção primária, deveria assegurar os chamados direitos de primeira dimensão, também conhecidos como direitos individuais, que nada mais são do que o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelos direito positivo de cada Estado”. Dentre eles, cita-se o direito à vida, à propriedade, à liberdade e à igualdade *perante a lei*¹⁵.

Na França pré-revolucionária¹⁶, como havia descrença na monarquia, cunhou-se o entendimento que o Estado (aqui tomado como liberal) deveria se omitir no que dizia respeito aos privados, justamente porque ele fora, por séculos, responsável por mitigar os direitos da burguesia. Esta é a razão pela qual, na lição de Norberto BOBBIO, que o legalismo assumiu o papel de principal meio de garantia dos novos cidadãos frente às arbitrariedades estatais, as quais estavam tipicamente relacionadas a privilégios da nobreza.

¹⁴ Segundo Têmis LIMBERGER, os revolucionários franceses viam o Poder Judiciário com muita desconfiança pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares. Não é a toa que a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790 previu a separação das funções administrativas e judiciais, posição esta que foi reafirmada no período que seguiu à Revolução Francesa. Na prática, foi vedada a possibilidade de o Judiciário analisar o mérito do ato administrativo. Na hipótese de haver qualquer dissídio dever-se-ia encaminhá-lo ao Conselho de Estado, este se situava dentro do próprio Executivo e fiscalizava os atos controversos levantados contra a Administração (**Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais**. Revista de Direito Administrativo Volume 251, de maio/agosto de 2009).

¹⁵ Ressalve-se que a terminologia aqui adotada – dimensão – remete a Ingo Wolfgang Sarlet, que buscou substituir o uso do termo “geração”, este que pode implicar uma equivocada conclusão de que os direitos de “terceira geração” sucederiam os de segunda e, estes, o de primeira. Não há uma substituição, mas o abarcamento, por parte do constituinte, de direitos até então não arrolados no grupo dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 49).

¹⁶ SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise (Ensaio Sobre as Ações no Novo Processo Administrativo)**. Lisboa: Almedina, 2005, p. 22: “O Contencioso Administrativo do Estado Liberal enferma, assim, de “um pecado original”, de ligação da Administração à Justiça. A separação de poderes, tantas vezes repetida para esconder uma realidade outra, em que se mantinha a indistinção entre administrar e julgar, funcionava – para continuar a usar uma metáfora psicanalítica – como uma espécie de <<recordação de cobertura>>, encobridora de uma realidade recalçada, que não se ousava enfrentar.”

“A supremacia da lei com respeito ao juízo dado caso por caso pelo governante (o *‘gubernator’* platônico, que salva os companheiros nos piores momentos) repousa em sua generalidade e em sua constância, no fato de não estar submetida à mudança das paixões: este contraste entre as paixões dos homens e a frieza das leis conduzirá ao *‘topos’* não menos clássico da lei identificada com a voz da razão.”¹⁷

Desta forma, passou-se a imaginar uma dupla função estatal: a de formular suas próprias leis, cuja consequência seria a de criar uma limitação ao poder estatal e, paralelamente, a de conceder amplo espaço ao desenvolvimento da esfera privada, ou melhor, proteger a propriedade e garantir o *status quo*¹⁸ da burguesia nascente. Para tanto, o Estado deveria abster-se ao máximo no trato dos direitos individuais com o viés de garantir a autonomia da vontade.

O decorrer do tempo, contudo, viu-se que esta estrutura legalista, supostamente neutra, protegia apenas a classe burguesa, o que contribuiu com o aumento da pobreza e intensificou a desigualdade social.

E, com o viés de erradicar esta problemática, uma série de pensadores – sobretudo os ditos *socialistas científicos*, com destaque a Karl MARX e Friedrich ENGELS – proclamaram, como hoje se sabe, a necessidade de uma nova revolução nos países industrializados com o objetivo de dividir a riqueza de modo mais igualitário entre os cidadãos.

As ditas ideologias de esquerda podem não ter conseguido realizar a revolução em muitos países, porém seu reflexo foi devastador e denotou o que até então a burguesia fazia questão de esconder por detrás do liberalismo: o Estado de Direito, tal qual como os revolucionários franceses pensaram, encontrava-se em crise¹⁹.

E, com o intuito de superar os diversos problemas sociais sem, entretanto, superar a estrutura dogmática racionalmente clássica, o Estado toma uma postura ativa – em detrimento à secular abstenção – e passar a interferir no meio econômico. Muito embora não haja uma mudança de paradigmas, este modelo merece ser individualizado, o que será analisado com mais cuidado a seguir.

1.2 O Estado de Bem-Estar Social

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*, p. 96.

¹⁸ *Ibid.*, p. 93-97.

¹⁹ SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito Público sem fronteiras*, p. 295 et seq.

E assim o Estado de Bem-Estar social, também conhecido como Estado Providência, surgiu como uma resposta ao liberalismo que, juntamente com outros aspectos políticos e econômicos, contribuíram com a ocorrência de conflitos de proporções globais até então jamais vistos na história, especialmente a 2ª Guerra Mundial.

As crises do modelo liberal, sobretudo aquelas resultantes da crise de 1929, ultrapassada a Segunda Guerra mundial, fizeram com que as relações de mercado se alterassem profundamente. E o Estado, gradativamente, começa a intervir de forma mais incidente na economia figurando, ademais, como o principal agente na sociedade civil – e um dos instrumentos do qual ele se vale é política pública²⁰.

A propósito, uma das mais notáveis consequências da crise do Estado de Direito clássico foi a criação e ratificação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que inaugurou novos alicerces ideológicos com a finalidade de estabelecer a paz, a democracia e, principalmente, o fortalecimento dos direitos humanos entre os países.

No plano interno, o principal escopo do *Welfare State* era o de possibilitar a concretização de direitos elementares à pessoa humana, quais sejam: a vida, a saúde, a moradia e o trabalho digno.

Consequentemente, em oposição a clássica visão de que ele deveria se abster, o Estado passa a ocupar o papel de protagonista na promoção dos direitos sociais intervindo, se necessário, na economia. Além das escolhas políticas, isso também foi previsto pelo legislador, sobretudo na Constituição Mexicana (1917), a Constituição de Weimar (1919) e, no nosso caso, a Constituição de 1934²¹.

²⁰ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional. Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**, p. 480.

²¹ De acordo com Paulo BONAVIDES e Paes de ANDRADE: “A introdução de dois títulos, desconhecidos à Constituição republicana de 1891, e relativos, um à ordem econômica e social, outro à família educação e cultura, vem patentear a guinada constitucional no sentido de estabelecer juridicamente uma democracia social (p. 332). “(...) mas não padece dúvida que a tônica da Constituição de 34 recaiu sobre o Estado Social. O novo pacto, sobre declarar a inviolabilidade do direito à subsistência, já não mantinha como as Constituições anteriores o direito de propriedade em toda a sua plenitude, senão que ao garanti-lo assinalava que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, sujeitando-o assim às limitações que a lei determinasse. (...) Reiterou o princípio da igualdade e dedicou um título à ordem econômica e social organizada de modo a possibilitar a todos existência digna. Autorizou a União a monopolizar determinadas indústrias ou atividades econômicas por interesse público, fez as riquezas do subsolo propriedade distinta da do solo, condicionou o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, a autorização ou concessão federal; dispôs sobre a nacionalização desses bens, incumbiu o legislador de fomentar a economia popular, desenvolver o crédito, nacionalizar progressivamente os bandos de depósito, amparar a produção, estabelecer condições de trabalho por motivos de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, instituiu a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregados e empregadores, estabeleceu o salário mínimo, o regime de oito horas diárias de trabalho, o repouso hebdomadário, as férias anuais remuneradas, a

Indo adiante, no plano jurídico, o Estado Social previu os direitos sociais que, ao contrário dos ditos direitos de primeira dimensão²², demandam do Poder Público prestações que se materializam, sobretudo, por programas sociais. Ademais, os direitos individuais tiveram seu rol ampliado especialmente no que diz respeito aos direitos dos trabalhadores.

Este modelo, contudo, enfrentou uma grande gama de graves problemas que impossibilitaram a implementação de seus objetivos, a citar: a burocracia, a ineficiência, a corrupção e a insuficiência de recursos, que desaguou na crise do Estado Social.

Ademais, no cenário mundial, com o evidente enfraquecimento da União Soviética e, conseqüentemente, com o fim da Guerra Fria, que se deu com a paradigmática e emblemática queda do Muro de Berlim, o mundo verificou o triunfo do neoliberalismo (encabeçado por Margareth Thatcher) e a preferência pelo Estado Neoliberal em detrimento ao Estado Social²³.

Estes fenômenos serviram, por conseguinte, como fundamento por uma parcela da doutrina que admitiu serem os direitos sociais normas programáticas, que careceriam de eficácia, pois a Carta, em seu turno, em nada dispunha sobre os meios a serem trilhados para se atingir determinado fim²⁴.

Nesse horizonte, é de relevo verificar se tal posição tem pertinência dentro do nosso atual cenário constitucional, exigindo a análise dos contornos do chamado Estado Constitucional.

1.3 O Estado Constitucional

Este tópico inicia-se com o termo “Estado Constitucional”. O cuidado com a nomenclatura merece ser tomado porquanto não se quer indicar uma quebra de

indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, a assistência médica e sanitária ao operário e à gestante, a regulamentação do exercício de todas as profissões e o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho. (...) Quanto à educação e à cultura, não eram menores as garantias protetoras e os estímulos. Assim é que fixou na competência da União o estabelecimento de um plano nacional de educação ao mesmo passo que fez gratuito o ensino primário. Dispôs também sobre a criação por lei de um Conselho Nacional de Educação e instituiu percentuais mínimos da renda tributária a serem aplicados na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos”. (**História Constitucional do Brasil**, p. 329)

²² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, p. 49-65.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, p. 5.

²⁴ SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 296.

paradigma em relação ao Estado de Direito clássico e à sua vertente mais “humanizada”, o Estado Social, vez que ainda persistem uma série de elementos típicos destes naquele.

Dessarte, não houve a sobrevivência de um Estado integralmente novo, mas para definir o marco (no caso do Brasil) de quando estas mudanças se tornaram mais perceptíveis – e isso ocorreu com a promulgação da Constituição de 1988, conhecida como “Cidadã”²⁵, cujo impacto positivo é ímpar face às Cartas anteriores no que diz respeito a uma alteração no ordenamento jurídico e, por consequência, na sociedade.

No decorrer deste trabalho²⁶ viu-se, em linhas gerais, que a principal característica da Constituição editada no Estado de Direito clássico era a de organizar o aparato estatal e, subsidiariamente, a de garantir alguns direitos positivos e negativos (as ditas liberdades positivas e negativas). Naquele modelo não havia propriamente uma incorporação de valores, sobretudo porque a ideologia dominante, qual seja, o positivismo, insistia em almejar, como ocorria nas ciências exatas, uma teoria pura e livre de elementos estranhos a ela²⁷. Nesse ínterim, as poucas previsões eram postas na Carta Política por meio de regras, cuja peculiaridade é justamente a generalidade e a abstração.

Aqueles ideais tiveram como mais notório defensor Hans KELSEN²⁸, segundo o qual a Ciência do Direito não teria espaço para ideologias, pois a norma jurídica deveria ser pura e sem qualquer vínculo com valores. E, desta maneira, para garantir unidade ao sistema que apenas assimilaria elementos de natureza jurídica, o notório positivista decifrou a existência de uma norma fundamental que traria identidade ao sistema, tornando-o, pelo menos em teoria, perfeitamente coeso.

Com efeito, tal pensamento não só assimilou resquícios do constitucionalismo clássico como também corroborou com uma noção de

²⁵ Esta expressão remete ao discurso do deputado Ulysses Guimarães, de acordo com o qual “A soberania popular, sem intermediação, poderá decidir de seus destinos. Os cidadãos apresentarão propostas de leis, portanto, terão a iniciativa congressual, e também os cidadãos poderão rejeitar projetos aprovados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Portanto, propõem e vetam. Poucas Constituições no mundo democrático têm essa presença direta e atuante da sociedade na elaboração dos preceitos de império em seu ordenamento jurídico (...). A constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade. A governabilidade esta no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida, são ingovernáveis. Repito: esta será a Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros...” (BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 499).

²⁶ Cf. p. 8-11.

²⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p.23-27.

²⁸ KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, p. 310.

Constituição que compreenderia os seguintes aspectos: (i) ser capaz de erigir os princípios reitores que unificaram e determinaram as atividades estatais; (ii) definir os meios idôneos para a solução de conflitos; (iii) organizar a atuação estatal; e (iv) determinar os princípios da ordem jurídica global²⁹.

Nesta esteira, adotava-se um conceito neutro de Constituição, José Afonso da SILVA coseu o seguinte conceito que, aqui tomado de forma elucidativa³⁰, define o que seria a Constituição do Estado de Direito clássico:

“A Constituição do Estado, considerada sua Lei Fundamental, seria a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”³¹

Entretanto, como bem expôs Ferdinand LASSALE³², ao contrário do que ele havia presenciado em várias nações europeias, tal documento não refletia os fatores reais de poder, vez que havia uma previsão sem que houvesse, contudo, uma aplicação daquele rol de direitos, motivo pelo qual chamou a Constituição de Weimar de 1919 como “uma folha de papel” sem qualquer força vinculativa. Isso porque as Cartas sem qualquer vínculo com a sociedade apresentam um amontoado de palavras bonitas – mas vazias – que não se realizam por si só³³.

Konrad HESSE também argumentou nesse sentido, alegando que falta de efetividade das Constituições decorria da falta de mobilização para que fosse dada aplicabilidade direta e imediata a seus textos. Ou seja, a Carta Política, naquele contexto, servia apenas para traçar funções simples, com mero teor organizacional, enquanto ao Legislador ordinário era dado o poder de definir e explicitar os demais assuntos.

“A Constituição não configura, portanto, apenas como a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. (...) Para usar a terminologia acima referida, ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. **Ainda que não de**

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 11.

³⁰ A doutrina é rica de conceitos envolvendo a Constituição de acordo com o pensamento positivista.

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 37-38.

³² LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**, p. 43.

³³ IHERING, Rudolf von. **L’esprit du droit romain**. Trad. Meulenaere, t. 3, p. 16. In: DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**, p. 77.

forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia.”³⁴ (negrito)

Em contraponto à posição de Ferdinand LASSALE, Carl SCHMITT³⁵ decifrou a Constituição como uma expressão da “decisão política fundamental”. Assim, ao contrário do que alguns doutrinadores entendiam, as normas presentes naquele documento não derivavam do Direito, mas sim de uma decisão política (daí o uso do termo “Carta Política”) que deveria ser tomada pelo líder de um Estado (no caso, ele se referia à Alemanha nazista) capaz de encarnar a vontade popular.

Como consequência, a junção dos fenômenos sociais que refletiam ideologias inflamáveis aliada à falta de uma Carta que carecia de uma força imperativa, favoreceu a ascensão da extrema-direita alemã ao poder sem que fosse preciso alterar a Constituição, legitimando o *Führer* até mesmo a contrariar a Carta sobre o argumento que estava a realizar a vontade da nação que o havia eleito democraticamente.

Com o fim da Segunda Guerra mundial, entretanto, o pensamento fundado num líder político como pensava Carl SCHMITT cedeu ao de Hans KELSEN, que considerava a Constituição a partir de seus elementos jurígenos:

“Por organização jurídica fundamental, por Constituição em sentido jurídico, entende-se, segundo a lição de Kelsen, o conjunto de normas positivas que regem a produção do direito. Isto significa, mais explicitamente, o conjunto de regras concernentes à forma de Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação.”³⁶

Por mais que os apontamentos positivistas sustentados por Hans KELSEN tenham sido úteis para a consolidação das normas constitucionais, é preciso notar que seu excessivo formalismo jurídico e distanciava o direito da sociedade.

Norberto BOBBIO³⁷, em posição antagônica à de Hans KELSEN, contribuiu ao elaborar uma leitura transdisciplinar que ia de encontro à premissa jurídico-sistemática do Direito. Propôs e promoveu um Direito destinado a atender às

³⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, p. 15-16.

³⁵ SCHMITT, Carl. **Teoria da Constituição**. Apud: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 173.

³⁶ KELSEN, Hans., op. cit. Apud: FILHO, Manoel Gonçalves de. **Curso de Direito Constitucional**, p. 11.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**, Trad. Daniela Beccaccia Versiani, p. 45-46.

complexas necessidades de um Estado que precisava se transformar para promover interesses gerais maiores. José Afonso da SILVA³⁸ colaborou com uma concepção diferenciada que igualmente considerava o aspecto normativo (mas não como norma pura e com excessivo tom formal), porém com um sentido axiológico: haveria, assim, uma conexão da norma com a realidade social por ela legitimada.

Para Norberto BOBBIO, portanto, o Estado assume um novo papel, deixando de exercer a função tradicionalmente repressiva, mas também uma função promocional em que o Estado encoraja ou desencoraja condutas³⁹.

José Afonso da SILVA ressaltou a importância da axiologia jurídica⁴⁰ aduzindo que há uma gama de valores sociais que, historicamente, assentam o fundamento do agir comunitário, formando, assim, uma identidade social que acaba por ser assimilada pelo Constituinte ao promover as normas que compõem a Constituição. Dessa forma, a Lei Maior seria composta por um complexo de normas de conteúdo econômico, político e social com a finalidade de justificar os valores e favorecer não só a existência como, também, a sua adaptação de acordo com a evolução da sociedade.

Como o exemplo temos as Constituições Brasileira (1988) e da África do Sul (1996), as quais contêm um estreito vínculo com a sociedade, o que lhes garante o título de progressistas, porém com questionável eficácia normativa⁴¹.

No que diz respeito à Constituição Federal de 1988, é importante destacar a participação social na sua elaboração e que implementou em seu corpo direitos fundamentais até então sonhados. Isso porque a sociedade percebeu e ainda percebe grande dificuldade em se garantir liberdade, segurança, igualdade política, acesso à Justiça e, principalmente, reduzir (eliminar poderia soar quase utópico no contexto brasileiro atual) as desigualdades sociais.

Diante disso, a Constituição da República de 1988 estabeleceu instrumentos materialmente eficazes para promover uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/88), a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz e a cooperação

³⁸ SILVA, José Afonso. Idem, p. 105.

³⁹ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 45-46.

⁴¹ Defende-se que a efetividade constitucional ainda não foi alcançada frente às inúmeras dificuldades impostas pelos fatos e pela retórica. (BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 24. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2011)

entre os povos (art. 4º, II, V, VI e XI da CF/88) entre os indivíduos no recém-inaugurado Estado Democrático⁴².

A análise da história do constitucionalismo brasileiro esclarece que o assunto sempre envolveu polêmicas. Primeiramente, D. Pedro I ordenou a dissolução da Assembleia Constituinte; mais tarde, assistimos ao golpe do Estado novo; e, em um passado nem tão remoto, tivemos os diversos Atos Institucionais emanados pelos militares que restringiram direitos fundamentais. Assim, interessante anotar a lição de Fernando Henrique CARDOSO:

“Pela primeira vez na História do Brasil e talvez do mundo, se faz uma Constituição com a colaboração direta da cidadania. Recebemos milhões de assinaturas em emendas populares e o povo sentiu de perto o que é consciência de nossos direitos; entendeu, rapidamente, que, sem liberdade, não há avanço social. O Congresso foi durante a Constituinte um grande ponto de encontro de empresários, sindicalistas, representantes de igrejas, de nações indígenas, professores e estudantes. Foi uma amostra de todo o Brasil que, tocado pela consciência de que era hora de mudar, veio e pressionou. Se mais não o fizemos, foi porque mais não pudemos.”⁴³

A par daqueles entraves, a Constituição de 1988 marcou um recomeço, não apenas na redemocratização do país, como se viu com a incomum participação popular na elaboração de seu corpo, como também no estabelecimento de novas diretrizes sociais de caráter iminente progressista. E, por meio destas, a Constituição não conformou o *status quo*, mas pretendeu transformá-lo para reduzir as desigualdades sociais.

A justificativa dessa asserção encontra-se da leitura do art. 3º da Constituição da República de 1988⁴⁴, que pode ser entendida como "cláusula transformadora" ao reconhecer a realidade social injusta e buscar estabelecer critérios para transformá-la⁴⁵.

⁴² PETER DA SILVA, Christine Oliveira. **Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm. Acesso em 07 de maio de 2011.

⁴³ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de, op. cit., p. 502.

⁴⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁴⁵ “O art. 3º da Constituição de 1988 faz parte dos princípios constitucionais fundamentais. A característica teleológica destes princípios lhes confere relevância e função de princípios gerais de toda ordem jurídica, definindo e caracterizando a coletividade política e o Estado ao enumerar as principais opções político-constitucionais [...] Os princípios constitucionais fundamentais também têm a função de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado. A fórmula individualiza o Estado,

Ainda que não seja a possível de concretizá-lo de imediato e da melhor forma possível, deve-se ter em mente que o art. 3º da CF exige uma atuação constante e diligente por parte do Poder Público que por si só já é suficiente para ensejar uma prestação estatal.

Destarte, como explica o Luís Roberto BARROSO⁴⁶, a Constituição Brasileira de 1988 conquistou força normativa e efetividade com suas normas, ainda que isso seja progressivo e um tanto quanto tímido. Cita a efetividade da saúde na instituição do Sistema Único de Saúde – SUS.

Em virtude disso, José Joaquim Gomes CANOTILHO⁴⁷ admite existir um sentido material da Constituição, conceito este embebido de carga sociológica e política que considera os fatos e o momento social que a sociedade se encontra para desaguar na ideia de Constituição Real.

Consoante as noções acima esposadas, podemos analisar outra característica central do Constitucionalismo: a supremacia da Constituição em relação às normas infraconstitucionais. Por meio desta noção a Constituição é a Lei Fundamental de um ordenamento jurídico que determina o conteúdo e a forma das normas que lhe são inferiores⁴⁸.

A grande inovação trazida por este modelo é justamente a possibilidade de se interpretar normas infraconstitucionais de acordo com a ordem emanada da Lei Maior. Com isso, haja vista os fundamentos que a constituíram (no caso brasileiro o Poder Constituinte contou com intensa participação popular), é possível e aconselhável que se atualize os institutos jurídicos de acordo com os ditames constitucionais.

pois diz respeito ao tipo de Estado, regime político, valores inspiradores do ordenamento, fins do Estado, etc. [...]. O art. 3º da Constituição de 1988, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas VERDÚ, a ‘cláusula transformadora’ da Constituição. A ideia de ‘cláusula transformadora’ esta ligada ao art. 3º da Constituição italiana de 1947 e ao art. 9º, 2 da Constituição espanhola de 1978. Em ambos os casos, a ‘cláusula transformadora’ **explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la**. Deste modo, impedem que a Constituição considerasse realizado o que ainda esta por se realizar, implicando na obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social. **Os dois dispositivos constitucionais buscam a igualdade material através da lei, vinculando o Estado a promover meios para garantir uma existência digna a todos.** [...] Resta, ainda, esclarecermos que, embora fixe o programa de atuação para o Estado e a sociedade brasileiros, o art. 3º da Constituição não é uma norma programática. Sua eficácia, como princípio fundamental, é imediata. (BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**, p 291-295). (negrito).

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 5-6. Acesso em 30 de agosto de 2011.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 76.

⁴⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**, p. 34-36.

E, de acordo com o que Peter HÄBERLE⁴⁹ ensinou, uma Constituição verdadeiramente democrática há de considerar o conjunto plural de interesses públicos, que não se esgotaria na aplicação de normas pela técnica subsuntiva, mas na ciência de que casos concretos demandam um cuidadoso trabalho da hermenêutica constitucional.

Admite-se, assim, que a Carta de 1988 é forte, analítica e flexível que resiste a crises e que permite, pela hermenêutica, atualizar os institutos jurídicos ao mesmo tempo que os reforça.

Assentados o conceito, os elementos e as características do constitucionalismo, quais sejam: (i) normatividade da Constituição; (ii) superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica; (iii) centralidade da Carta nos sistemas jurídicos⁵⁰; (iv) existência de Direitos Fundamentais cuja observância é escopo do Estado Constitucional; (v) existência de princípios que possibilitam a hermenêutica jurídica; (vi) e a progressividade, passa-se à apreciação de como se deu a estrutura normativa da Constituição da República de 1988.

⁴⁹HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Apud BREUS, Thiago Lima. op. cit., p. 384.

⁵⁰ As três primeiras premissas básicas do constitucionalismo hodierno foram pensadas por Ana de Paula BARCELLOS em **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas.** In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, abr./jun/ 2005, p. 84.

CAPÍTULO 2 – A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

2.1 ESTRUTURA NORMATIVA CONSTITUCIONAL: A COEXISTÊNCIA DE REGRAS E PRINCÍPIOS

A estrutura normativa adotada em nosso sistema jurídico, que prevê a existência de duas espécies no gênero norma, quais sejam, os princípios e as regras, foi baseada nos ensinamentos teóricos de Ronald DWORKIN⁵¹.

A teoria dos princípios encontra-se associada à teoria dos direitos fundamentais e apresenta, conforme procurou estabelecer a vasta doutrina jurídica, muitas diferenças e algumas semelhanças. Simplificadamente, é possível reduzir estes critérios a três, que consideram: (i) o conteúdo da norma; (ii) a estrutura normativa; e (iii) o modo de aplicação⁵².

Quanto às diferenças, o modo de aplicação é o de maior destaque, nas palavras de Luís Roberto BARROSO. Regras aplicam-se na modalidade do tudo ou nada; em havendo uma hipótese de incidência o fato descrito em relato deverá incidir e o efeito previsto também deverá ser observado. Assim, não há longa margem para valoração por parte do intérprete, pois a técnica utilizada é a subsuntiva. E, como consequência, os direitos nelas previstos podem ser encarados como definitivos.

Assim compreende Virgílio Afonso da SILVA:

“O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.”⁵³

Já os princípios determinam um valor e, muitas vezes, preverá um Direito Fundamental. A grande diferença em relação às normas é que o amplo grau de abstração dos princípios poderá, num caso concreto, apontar soluções distintas que, de acordo com Luís Roberto BARROSO, podem se dar em três ordens: (i) colisão entre princípios constitucionais; (ii) colisão entre direitos fundamentais; e (iii) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como no caso da

⁵¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 39.

⁵² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 7. Acesso em 30 de setembro de 2011.

⁵³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**, mimeografado, p. 51.

separação dos Poderes e o direito à saúde, cujo objeto consiste no cerne do presente trabalho.

Ademais, como os princípios têm amplo alcance *prima facie*⁵⁴ e dividem, a *priori*, a mesma hierarquia, Robert ALEXY⁵⁵ concebe que é preciso utilizar um outro mecanismo, diferente da técnica subsuntiva, que considere a *dimensão de peso* que só será aferida no caso concreto, que se dá com a aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁶ ou, como é conhecido por nossos tribunais (sobretudo o STF), o princípio da razoabilidade.

Seguindo a doutrina do aludido autor, o princípio da proporcionalidade é o mecanismo adequado frente às colisões de princípios de mesma hierarquia. A diferença é que não há a anulação de um e a sua retirada do ordenamento jurídico – apenas se escolherá, frente às particularidades do caso concreto, qual que deve prevalecer no caso concreto. Paralelamente, exige-se, também, uma interpretação⁵⁷ e aplicação do Direito por parte da hermenêutica jurídica.

Explica Paulo Ricardo SCHIER⁵⁸ que tal metodologia se dá com a atribuição de um significado aos enunciados normativos do texto constitucional, que se daria em cinco momentos: (i) apuração semântica do texto; (ii) interpretação e atribuição de sentido; (iii) averiguação do componente fático; (iv) interpretação da realidade fática; e (v) contextualização dos componentes fáticos e textuais. E, somente após essa passagem, poderíamos concluir qual seria a melhor aplicação da norma ao caso concreto.

Em outras palavras, os princípios seriam aqueles que impõem a otimização do sistema e se adaptam aos critérios fáticos e as regras seriam aplicadas de

⁵⁴ SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., p. 252-254.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 82.

⁵⁶ De acordo com Marçal JUSTEN FILHO: "(...) a proporcionalidade se relaciona com a ponderação de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim, por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em toso sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico, O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, Ordem Econômica e Constituição**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998, p. 118).

⁵⁷ Conforme se verá no tópico a ela destinado.

⁵⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**, p. 101.

acordo com a premissa do tudo ou nada⁵⁹, esta que não deixando espaço para outra solução senão aquela prevista em abstrato.

Por conseguinte, os princípios têm como se manter no ordenamento por mais tempo sem que se precise alterar a norma, além do quê eles são responsáveis por trazer uma carga axiológica infinitamente maior ao ordenamento se colocarmos sua estrutura ao lado daquela das regras.

2.1.1 Da efetividade das normas constitucionais

A Lei Fundamental, entendida como Constituição, reflete o momento político e, assim, cria uma relação harmônica entre a Constituição e a realidade do político-social de um país⁶⁰. Este documento poderá ser considerado como bem sucedido quanto maior for a sua capacidade de regular sociedade face às condições históricas, sociais, políticas e econômicas dominantes com a finalidade de se obter uma ordem justa e coerente.

Deste ponto sobressai a noção de que a Carta deve ter força normativa para que a efetividade de suas normas seja a maior possível. Konrad HESSE⁶¹ ensina que a “norma constitucional somente logra atuar se procurar construir um futuro com base na natureza singular do presente”. Ou seja, a Constituição em si não realiza nada – ela apenas impõe tarefas e metas com o propósito de superar qualquer resistência a sua conformação⁶².

Nesse aspecto adverte Luís Roberto BARROSO⁶³ que a conquista do constitucionalismo brasileiro se deu com o movimento acadêmico conhecido como *doutrina brasileira da efetividade*, cuja intenção era a de “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa”. E, este resultado só é possível se tivermos como pressuposto básico que a Constituinte tenha se instaurado e tenha de fato constituído uma Carta democrática. Em relação a essa construção, explica José Joaquim Gomes CANOTILHO:

⁵⁹ ALEXY, Robert, op. cit., p. 88.

⁶⁰ HESSE, Konrad, op. cit., p. 13-14 e 20.

⁶¹ Ibid., p. 14.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, p. 41.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 3. Acesso em 30 de setembro de 2011.

“As constituições democráticas, elaboradas ‘democraticamente’, pressupõem uma realidade social, plural, antagônica e em tensão, daí o resultado que muitas das normas (abstraindo de algumas partes fundamentais) são um **verdadeiro compromisso** entre ideias, projetos, programas e interesses de grupos constitucionais”.⁶⁴ (negrito)

Foi com a superação do Estado liberal, em seu sentido clássico, que as Constituições contemporâneas passaram a definir planos que seriam materializados por meio de ações do Estado.

Estes esquemas, justamente por conter um amplo grau abstrato e não indicar o meio que determinada finalidade se instauraria, geraram a noção na doutrina pátria, a citar José Afonso da SILVA⁶⁵, de que os direitos previstos por normas programáticas não teriam força normativa pois “não chegam a conferir aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada”.⁶⁶

Entretanto, Luís Roberto BARROSO afirma que a valoração daquelas normas como programáticas geraria um grave entrave à efetividade dos direitos sociais⁶⁷.

Isso porque, em sua inteligência, não há como sustentar que haja uma espécie de norma despida de efetividade já que todas as normas, sobretudo as Constitucionais, são dotadas de imperatividade. Dito isso, as normas programáticas seriam “disposições indicadoras de valores a serem preservados e fins sociais a serem alcançados. Seu objeto é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação”⁶⁸.

Sobre o tema, deduz José Joaquim Gomes CANOTILHO⁶⁹ que as normas constitucionais devem ser pensadas de acordo com o seus fins e da sua possibilidade de concretização. Logo, o Estado deve atender às normas editadas pelo Constituinte sob pena de omissão.

Por mais que estas normas tão-somente determinem os fins e não os meios para se realizar aqueles direitos, fica ao destinatário da norma uma ampla margem de discricionariedade para escolher os meios adequados à persecução daquele

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 137-143.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, p. 136-137.

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, p. 120.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 85.

⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 103.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 196.

escopo. Portanto, a dita *norma programática* é, tal qual as demais, dotada de imperatividade⁷⁰.

Não é por outro motivo que a Constituição da República de 1988 assegura a todos, no art. 170, III, uma existência digna, com o fim de realizar a justiça, como a “função social da propriedade” e a “defesa do consumidor”.

Na mesma linha, Geraldo ATALIBA⁷¹ frisa que a expressão *norma programática* é, no mínimo, contraditória: se é norma, é comando imperativo e, se assim o é, não pode ser programa, pois este tem cunho *dispositivo*. Destarte, estas normas impõem tarefas que precisam ser desenvolvidas pelo Poder Público vez que há um comando constitucional imperativo que assim o determina.

Pacificado o entendimento de que uma norma programática é dotada de imperatividade, resta saber se sua mera previsão gera um direito subjetivo por parte de seu destinatário. De acordo com José Joaquim Gomes CANOTILHO:

“Uma norma garante um direito subjetivo quando o titular do direito tem, face ao seu destinatário, o ‘direito’ a um determinado ato, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar este ato. O direito subjetivo consagrado por uma norma fundamental reconduz-se a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto de direito.”⁷²

Luís Roberto BARROSO corrobora com este entendimento e cessa a discussão refletindo que, no âmbito da saúde:

“as normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.”⁷³

Portanto, os direitos fundamentais sociais são *normas constitucionais definidoras de direitos*, tratando-se, igualmente, de *direitos subjetivos públicos* que geram para seu titular, frise-se, a sociedade, a possibilidade de exigir de ente competente determinada prestação estatal.

⁷⁰ Ibid., p. 197.

⁷¹ ATALIBA, Geraldo. *Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares*. Revista de Direito Público jul/set. 1970, p. 42.

⁷² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Apud: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 103.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 3. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 02 de outubro de 2011.

2.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição da República de 1988⁷⁴, ocupa o centro da irradiação dos direitos fundamentais, entorno dos quais o Estado constitucional gravita⁷⁵.

Ingo Wolfgang SARLET⁷⁶, após debruçar-se sobre os direitos fundamentais, adverte que já na no pensamento estóico e ao cristianismo havia menção à *dignitas*, que seria uma qualidade intrínseca ao ser humano que o diferenciava dos demais seres. De acordo com o pensamento cristão, violar a dignidade do homem seria como contrariar a vontade do próprio Criador.

Muitos pensadores também trataram da dignidade ao longo dos séculos, os quais não foram aprofundados no presente texto justamente por não fazer parte do seu cerne, porém imprescindível desconsiderar a filosofia kantiana ao se tratar deste tema.

Foi com o fim da Segunda Guerra mundial que o pensamento de Immanuel KANT⁷⁷ ressurgiu como argumento à impossibilidade de se utilizar o ser humano como meio de se atingir interesses das mais diversas áreas, dentre elas a política e a economia. E, como reflexo às atrocidades cometidas no holocausto, o princípio da dignidade da pessoa humana é positivado na maioria das Constituições do pós-guerra a exemplo do art. 1º da Declaração Universal das Nações Unidas de 1948⁷⁸.

⁷⁴ Art. 1º da Constituição da República de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. “O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo freqüentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos¹⁶. Os direitos fundamentais incluem: a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.” **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 10. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2011.

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 43-45.

⁷⁷ “Aquilo que tem um preço pode ser substituído por algo equivalente. Já aquilo que está além de qualquer preço, e que não admite qualquer equivalente, possui dignidade.” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. In: SILVA, Vasco Pereira da; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 135.

⁷⁸ “Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.”

Conceitualizar este princípio, contudo, é uma tarefa árdua. Para tanto, adotar-se-á a definição de Ingo Wolfgang SARLET, que base da matriz kantiana, segundo o qual:

“... por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁷⁹

Da mesma forma, Francisco AMARAL⁸⁰ reconhece que há uma íntima vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais e que o Estado deve promover ações concretas com o intuito de se estabelecer condições efetiva de vida digna a todos.

“Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrios e injustiças.”⁸¹

Considerando que o referido princípio se encontra expressamente previsto na Carta, que ele é dotado de imperatividade e que o Poder Público é o seu mais importante destinatário, orienta-se no sentido de que o Estado deve assegurar uma existência digna a toda a população e que isso só será alcançado quando os dispositivos ditos programáticos forem efetivados da melhor maneira possível.

2.2 O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES: POR UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA

Partindo do ponto de que o Poder exercido pelo Estado é uno e, por conta disso, indivisível, o art. 2º da Constituição da República de 1988 assegurou a

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 62.

⁸⁰ “A tutela dos direitos da personalidade desenvolve-se em dois níveis, um de natureza constitucional, que reúne os princípios que organizam e disciplinam a organização da sociedade, e outro, próprio da legislação ordinária, que desenvolve e concretiza esses princípios.” E, ainda: “Em face dos princípios, normas e conceitos que formam o sistema brasileiro dos direitos da personalidade, podemos concluir que a tutela jurídica dessa matéria se estabelece em nível constitucional, civil e penal, embora a sua sedes material seja o Código Civil.” AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**, p. 257-259.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 110.

separação funcional⁸² tripartida de funções do Poder que são independentes e harmônicas entre si.

A doutrina clássica da tripartição de poderes, pensada sobretudo por Charles de MONTESQUIEU e John LOCKE, impõe, por meio da Lei (daí a importância do Legislativo) conter os excessos do soberano. Charles de MONTESQUIEU, no livro “*O espírito das leis*”, trouxe uma reflexão acerca dos princípios que regem o Estado absolutista, nutrindo, a propósito, noções mais tarde utilizadas pelo constitucionalismo. Ele buscou, em síntese, dividir e distribuir o poder entre entes autônomos, que exerceriam um controle recíproco (sistema dos freios e contrapesos) de modo a evitar, principalmente, o arbítrio do governante. Observe-se:

“Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.”⁸³

Com o intuito de evitar que as funções estatais se concentrassem em apenas uma pessoa legitimada, o que levaria a abusos (como a violência), esta teoria – mais tarde eleita como princípio em inúmeras constituições – daria feições mais racionais ao Estado (e, assim, menos subjetiva, especialmente para o monarca)⁸⁴.

O princípio da separação dos poderes, de acordo com Marçal JUSTEN FILHO, seria baseada em três postulados: o primeiro consiste na diferenciação das estruturas autônomas que exercerão o Poder estatal e se subdividem em outras menores que se unificam entre si por cunho hierárquico. A cada uma destas estruturas denomina-se Poder.

Em segundo lugar, cada um dos Poderes exercerá, do ponto de vista material, uma atividade característica: a legislação, a jurisdição e a administração.

Finalmente, a cada uma destas estruturas funcionais seria atribuída uma função orgânica que intitularia competências distintas a cada um dos entes.

Por óbvio, há divergências e adaptações neste modelo de separação de poderes que diverge entre os países e os períodos históricos em análise. Ademais, a separação absoluta dos poderes é algo impensável na prática. Deve haver, assim,

⁸² De acordo com José de Albuquerque ROCHA “A tríplice divisão das funções estatais não se confunde com a assim chamada ‘teoria da divisão de poderes’ de Montesquieu. De fato, aquilo que denominamos de ‘divisão de poderes’ não passa de um processo técnico de divisão do trabalho entre os órgãos do Estado”. (**Estudos sobre o Poder Judiciário**, p. 12).

⁸³ MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**, trad. Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 172.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p. 27.

uma separação harmônica na conjugação entre os poderes, o que conduz à perspectiva de que cada Poder exerce, preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função.

Têmis LIMBERGER⁸⁵ lembra que, da leitura da obra de Charles de MONTESQUIEU, extraem-se duas noções principais: a distinção tripartite das funções do Estado e a ideia de controle recíproco entre tais atividades. Por sinal, em momento algum utilizou a expressão “separação dos poderes”; segundo a professora, isso decorreu de uma interpretação feita pelos revolucionários de sua obra.

Isso porque na França do fim do século XVIII, ante a descrença dos revolucionários no Poder Judiciário em face da resistência nas reivindicações e conquistas populares, este princípio foi interpretado de forma radical como a impossibilidade de um poder exercer controle sobre outro.

Quanto ao tema, Marcel WALINE assevera que a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, que dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativa e judiciais, proibiu que aos juízes fosse possível a análise do mérito de matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo só poderiam, assim, ser submetidas ao crivo do chefe da administração geral e não aos tribunais⁸⁶.

Por sua vez, há de se lembrar que o progresso na doutrina administrativa francesa se deu por conta do *contencioso administrativo* (litígio organizado que questiona a atividade administrativa) que, dentre as suas criações jurisprudenciais, a citar as garantias de legalidade, aspecto moral e conduta dos administradores, destaca-se o Conselho de Estado Francês, que foi criado dentro do próprio Poder Executivo para fiscalizar os atos da Administração.

E não só isso – além da inaplicabilidade da doutrina francesa no Brasil, há de se considerar que o princípio da tripartição dos poderes formal sucumbe frente à realidade. Marçal JUSTEN FILHO⁸⁷ argumenta que os Poderes – assim como os mecanismo de controle – tendem a se tornarem complexos e cada vez mais

⁸⁵ LIMBERGER, Têmis. **Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais.** In: Revista de Direito Administrativo Volume 251, de maio/agosto de 2009, p. 190.

⁸⁶ “La loi des 16-24 août 1790. – Pour toutes ces raisons, la loi des 16-24 août 1790 sur l’organisation judiciaire proclame la séparation des fonctions administratives et judiciaires, qui sera plusieurs fois réaffirmée au cours de la Révolution.” (WALINE, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**, p. 45).

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p.27.

especializados. A já citada EC 45/2004, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça (art. 92 da CF/88), previu que sua atribuição seria aquela de um controle externo ao Judiciário e não a de exercer a jurisdição, competência esta privativa do Judiciário.

A título de exemplo, cita o referido autor duas funções desempenhadas pelo Estado hodierno que são alienígenas para a teoria clássica da tripartição dos poderes, a saber: *o controle de constitucionalidade dos atos normativos e o controle das atividades estatais e privadas*, que são desempenhadas por estruturas autônomas e não integrantes da organização de outros Poderes (esta última a cargo, no Brasil, do Tribunal de Contas e do Ministério Público). Isso ocorre em países que preveem a existência de um conselho constitucional não vinculado a qualquer um dos Poderes.

Como resultado, Marçal JUSTEN FILHO⁸⁸ concebe a existência de cinco Poderes, com a adição do Ministério Público e o Tribunal de Contas que não podem ser integrados de forma plena em qualquer um dos demais. E tal argumento tem respaldo constitucional, pois a Carta lhes atribuiu tratamento que lhes assegura autonomia estrutural e identidade funcional (por exemplo, basta a leitura do art. 73, *caput*, para verificar que o Tribunal de Contas da União tem aquelas duas características). Contudo, no plano formal, a Constituição os mantém como integrantes de outros Poderes; no caso, do Executivo e do Legislativo, respectivamente⁸⁹.

Da mesma forma, a insuficiência dos conceitos se encontra presente no caso do *Ombudsman*, de criação sueca, cuja tradução literal seria “Representante do Povo”. A função deste “ouvidor” seria administrativa autônoma com capacidade de fiscalizar qualquer ocupante de função governamental. A grande virtude do *Ombudsman* seria justamente a sua ausência de vínculo hierárquico em face de qualquer outro agente estatal que pudesse cominar com a sua demissão imotivada⁹⁰.

Dessarte, como assimila Thiago Lima BREUS⁹¹, as funções exercidas pelos três poderes têm cada vez mais similitude e, não raro, apresentam-se sobrepostas - no atual constitucionalismo, não há uma visão restrita a categorias estanques, mas

⁸⁸ Ibid., p. 27-28.

⁸⁹ Ibid., p. 26.

⁹⁰ Ibid., p. 28.

⁹¹ BREUS, Thiago Lima. op. cit., p. 245.

uma nova ótica, sistemática, segundo a qual todos os poderes têm como função primordial a observância das disposições constitucionais.

Por conta disso que Andres Joachin KRELL⁹² concluiu que “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico de divisão de poderes perde a sua atualidade”.

Portanto, muito embora não se admita que o princípio da separação dos poderes foi superado em nosso ordenamento⁹³, é notório que seus contornos clássicos foram gradativamente modificados pelas particularidades contextuais de nosso país. Aliado a isso, há de se considerar a importância que Constituição da República vigente atribuiu aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, diante de um caso concreto em que haja um embate entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da separação dos poderes, deve aquela prevalecer não só por conta de sua carga axiológica, mas também porque este já se encontra relativizado e não merece mais ser concebido em sua visão dogmática limitadora.

⁹² KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**, p. 90 et seq.

⁹³ 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.

CAPITULO 3 - AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO CONSTITUCIONAL: PRESSUPOSTOS ESSENCIAIS

Não só o Estado sofreu profundas transformações como também ele as provocou no seio da sociedade. O Direito, por seu turno, antes restrito a conceitos tipicamente liberais, expandiu seus horizontes e previu novas classes de direitos, merecendo destaque os fundamentais sociais.

Desta forma, conclui Têmis LIMBERGER⁹⁴, em síntese, que as políticas públicas são “determinações constitucionais, ou seja, mandatos a serem realizados pelo administrador, sujeitos, portanto, ao controle judicial”.

E, para atingir estes objetivos fundamentais, Ada Pellegrini GRINOVER⁹⁵ sustenta que o Estado tem de se organizar quanto ao *facere* e *praestare* com o viés de se respeitar os princípios constitucionais. Para tal, a autora utiliza o conceito de política pública proposto por Oswaldo CANELA JUNIOR:

“Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado.

Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3o da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.”⁹⁶

Se de um lado o conceito de política pública partiu da ciência política e das teorias administrativas, por outro, ele sofreu importantes alterações conceituais, principalmente no campo jurídico, e tal transformação se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que conferiu margem para que as metas estabelecidas fossem cumpridas⁹⁷.

Dito de outra forma, o Estado, em sentido *lato*, é responsável direta e imediatamente pela consecução dos direitos fundamentais, o que implica, portanto, que ele deve dar efetividade a elas, vez que esse é um dos principais escopos da Carta⁹⁸.

⁹⁴ LIMBERGER, Têmis, op. cit., p. 180-181.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**, p. 4. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>. Acesso em 09/09/2011.

⁹⁶ *Ibid*, p. 13.

⁹⁷ LIMBERGER, Têmis, op. cit., p. 190.

⁹⁸ BREUS, Thiago Lima Breus, op. cit., p. 205.

Interessante mencionar a lição de Eros Roberto GRAU, cujo conceito esposado sintetiza que “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”⁹⁹.

Entretanto, deve-se ter especial cuidado com esta noção, pois o Poder Público pode, com ela, mitigar a importância das políticas públicas aduzindo que elas seriam apenas *mais um meio de consecução dos direitos fundamentais*. Adiante, convém destacar a seguinte citação feita por Luiza Cristina Fonseca FRISCHEISEN:

“Como definir e dar validade a direitos que não se realizam imediatamente, mas sim evoluem e são preenchidos por significados, que se modificam com os movimentos sociais e com a educação do povo para a compreensão e defesa de tais direitos, que não pertencem a um indivíduo, isoladamente, mas a um grupo, classe ou coletividade? Como dar eficácia a tais direitos, fugindo da definição de normas meramente programáticas? A ordem social Constitucional estabelece obrigações do Estado, mas também para toda a coletividade. Orienta a Administração na implementação de políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais, fixando pontos que não podem ser descumpridos e tampouco modificados, sob pena de inconstitucionalidade ou ilegalidade, resguardando ao cidadão, oferecendo-lhe garantia quanto à omissão do Estado.”¹⁰⁰

E, da mesma forma, frisa Thiago Lima BREUS¹⁰¹ que as políticas públicas, muito embora sejam uma das modalidades de consecução dos direitos fundamentais, elas devem ser tratadas como a principal. Assim, esse argumento fortalece a noção de que o Poder Público se equivoca ao admitir que aqueles direitos, por estarem previstos na forma de *normas programáticas*, tratam de fins e não geram qualquer vínculo compulsório para a Administração, o que por evidente contraria o papel progressista da Constituição da República de 1988.

Nesse quadro, há de se destacar outro aspecto relevante no que diz respeito às políticas públicas. A fim de que seu potencial seja o mais amplo possível, imprescindível se negar o papel fundamental que a sociedade civil exerce no planejamento, monitoramento e avaliação das políticas públicas¹⁰².

Por conta disso que se instiga a promoção, parte do Poder Público, de audiências públicas¹⁰³ para não só promover uma discussão democrática da *res*

⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, p. 22.

¹⁰⁰ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e do Ministério Público**, p. 36-37. Apud: BREUS, Thiago Lima. *Idem*, p. 203.

¹⁰¹ BREUS, Thiago Lima. *op. cit.*, 204-205.

¹⁰² BREUS, Thiago Lima. *op. cit.*, p. 206.

¹⁰³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**, p. 7-8. Disponível em: http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2011.

publica como também deixa-la o mais legítima possível. Basta lembrar que sua origem não é exatamente jurídica, mas política – e, por conseguinte, é possível argumentar que ela tem uma formação dinâmica.

Portanto, as políticas públicas não de ser realizadas de modo convergente e integrado com a sociedade civil para que os direitos fundamentais sejam materializadas de forma coerente com o anseio social, pois elas não são objeto de uma prestação setorial, mas de uma prestação congruente, universal e articulada.

O Estado de Direito clássico, com ideologia liberal, assegurava apenas a ordem e a segurança jurídica, não atuando na sociedade. Havia a noção, à época, que ele era prejudicial e, por isso, deveria abster-se da economia e das relações privadas. Assim criou-se, na doutrina cível, um sistema capaz de legitimar o ato do homem maior, capaz e livre. Este era o sujeito protegido pelo Estado.

Este protagonista foi, porém, responsável pela concentração de riquezas que gerou, no decorrer dos séculos, as profundas desigualdades sociais que o Estado de Bem-Estar Social tentou extirpar¹⁰⁴.

Os direitos sociais, ao contrário dos direitos individuais, voltam-se *prioritariamente* ao administrador e ao legislador, os quais se encontram limitados pelo ordenamento jurídico e pelo orçamento. Interessante, neste quadro, tomar o conceito esposado por Thiago Lima BREUS:

“Sendo as políticas públicas programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, elas apresentam uma similitude com a noção de plano administrativo. Entretanto, ainda que a política pública possa consistir num programa de ação governamental, ela não se exprime necessariamente no instrumento jurídico do plano.”¹⁰⁵

Dando prosseguimento ao seu raciocínio, a política é mais ampla que o plano administrativo, porque ela se “delimita como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo”¹⁰⁶, o que nos faz concluir que a política pública transcende os instrumentos normativos do programa¹⁰⁷.

Desta forma, aquilo que não estiver no âmbito das atribuições definidas pelo Constituinte será traçado pelo Legislativo em forma de leis que serão realizadas pelo

¹⁰⁴ GRAU, Eros. **O Estado, a liberdade e o direito administrativo**. Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho, p. 167 et seq. Apud: BREUS, Thiago Lima. op. cit., p. 214.

¹⁰⁵ BREUS, Thiago Lima. op. cit., p. 221.

¹⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**, p. 265.

¹⁰⁷ Basta lembrar que sua duração ultrapassa aquela de um mandato político

Executivo acordo com os princípios traçados no art. 37 da Constituição da República de 1988.

Luíz Roberto BARROSO argumenta que “presume-se que Legislativo e Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis (...)”¹⁰⁸. Nesse aspecto, Maria Paula Dallari BUCCI acrescenta que as políticas públicas são programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam as organizações, normas e procedimentos necessários para tanto.

Para Pedro Luiz de BARROS SILVA¹⁰⁹, os programas governamentais em geral não atingem os objetivos estabelecidos pelas políticas, notavelmente atingidos pela falta de eficiência e eficácia. A matriz surge principalmente de problemas não antecipados ou, até mesmo, de obstáculos intransponíveis que podem levar o ente responsável a descontinuá-lo.

A promoção das políticas públicas corresponde, em regra, à “execução de atividades que permitem que ações sejam implementadas com vistas à obtenção de metas definidas no processo de formação das políticas”¹¹⁰. Mas, além da execução, presume-se também a existência de um sistema adequado de informações.

De acordo com Pedro Luiz de BARROS SILVA, os obstáculos na execução estão associados, em regra, a problemas dos próprios agentes implementadores, desvirtuamentos de natureza política e, por fim, resistência/boicote de diversos setores prejudicados pela implementação, muitos deles dentro da própria Administração. Para tanto, o autor traça quatro ordens de problemas, abaixo listadas.

A uma, os formuladores de política enfrentam dificuldade para compreender os fenômenos sociais, muitas vezes imprevisíveis. A duas, os formuladores também têm dificuldade em prever as contingências que podem vir a afetar a implementação e manutenção da política pública (aqui há um critério temporal). A três, os programas delimitam apenas um conjunto limitado de cursos e decisões que os

¹⁰⁸ BARROSO, Luíz Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 28. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2011.

¹⁰⁹ BARROS SILVA, Pedro Luiz. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projeto**, p. 3. Disponível em: www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42. Acesso em 02 de agosto de 2011.

¹¹⁰ Ibid., p. 4.

agentes devem seguir – surge, assim, um amplo espaço para discricionariedade dos agentes implementadores. A quatro, os formuladores, com ampla carga política, expressam suas preferências ideológicas que podem – e muitas vezes são – diferentes daquela da coletividade¹¹¹.

Assim, não se pode deixar de considerar o aprendizado empírico, que possibilita novas discussões com o viés de melhorar a execução de políticas atuais e futuras.

Por conta disso, as políticas públicas, além de apresentar um papel central ao efetivar direitos fundamentais sociais, também têm um caráter complexo, que envolve a participação de diversos agentes, com eficácia que se perfaz no tempo¹¹².

De qualquer modo, os problemas de coordenação e cooperação intergovernamentais não podem servir de argumento para negligenciar este importante mecanismo de efetivação de direitos fundamentais. Isso porque a Constituição da República vigente, com seu perfil progressista, visa reduzir o quadro de pobreza, desigualdade e exclusão social.

Como conclui Lênio STRECK¹¹³, só assim – longe da casuística e dentro de parâmetros constitucionais – é que se encontrará a resposta adequada para que se dê efetividade à Constituição sem comprometer as gerações futuras.

Parte-se do pressuposto, portanto, que as políticas públicas não são implementadas de forma satisfatória (seja por omissão total ou parcial) pelo Administrador. Nota-se também que, de forma reflexa, o acesso universal aos direitos fundamentais sociais, dentre eles a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados¹¹⁴ não é alcançado.

Ou seja, uma política pública implementada de forma insatisfatória não gera apenas um entrave à efetivação do direito a ela imediatamente relacionado, como também lesiona diversos direitos, o que compromete, por fim, a dignidade da pessoa humana daqueles cidadãos que dela dependem.

E, com o viés de reduzir ou até extirpar este grave quadro, há de ser feita uma pesquisa acerca do papel do Poder Judiciário em nosso ordenamento jurídico para se aferir, ao final, se este tem legitimidade para adentrar em atividades

¹¹¹ Ibid., p. 9-10.

¹¹² Ibid., p. 15-16.

¹¹³ STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**, p. 99.

¹¹⁴ Cf. disposição do art. 6º da Constituição da República de 1988.

tipicamente restritas ao administrador com o viés de dar eficácia não só aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, como também à própria Constituição da República de 1988.

CAPÍTULO 4 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO SOB A ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

4.1 O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL – CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

A Constituição da República de 1988, em seu preâmbulo¹¹⁵, esclarece que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que o povo brasileiro exerce o papel de *titular* do Poder, como define a própria Carta no art. 1º: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou indiretamente, nos termos desta Constituição”.

O Judiciário, enquanto poder integrante de um Estado Democrático de Direito, exerce, em termos gerais, dois papéis. O primeiro é a função jurisdicional, que é a obrigação de compor os conflitos de interesses através de um processo judicial. Já o segundo é o controle de constitucionalidade, que poderá ser difuso ou concentrado.

Afora estas características genéricas, o Judiciário tem certas peculiaridades. De plano, sabe-se que o magistrado não é eleito pelo povo, mas sim selecionado por meio de concursos que testam a sua aptidão para exercer a competência jurisdicional¹¹⁶.

O Judiciário deve ser entendido, desde logo, como independente, no sentido que não se submete aos demais Poderes do Estado. Além disso, não há subordinação hierárquica entre os magistrados, mesmo que haja diversos graus de jurisdição.

Desde a Constituição de 1891, já determinava que os juízes federais serão vitalícios e só perderiam seu cargo mediante sentença judicial. Posteriormente, o STF decidiu que as garantias como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos da magistraturas deveriam ser observados em todos os estados da Federação¹¹⁷.

Dentre outras características, a Constituição de 1988, em seu art. 99, estabeleceu a autonomia financeira e administrativa deste poder. Daí também decorre a responsabilidade do Judiciário, que se desdobra em duas relações, como ressalta Fábio Konder COMPARATO: “a correspondente ao dever de prestar contas (que na língua inglesa denomina-se *accountability*) e a relação de sujeição às sanções cominadas em lei pelo mau exercício do poder (*liability*)”.¹¹⁸

¹¹⁵ Preâmbulo da Constituição da República de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*,...”

¹¹⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**, ponto “Responsabilidade”. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext. Acesso em 12 de outubro de 2011.

¹¹⁷ Ibid., ponto “Independência”.

¹¹⁸ Ibid., ponto “Responsabilidade”.

Por consequência, há duas espécies de controle: o horizontal e o vertical. O primeiro diz respeito à independência do Judiciário em relação aos outros Poderes (assunto este passível de muitas críticas, dentre elas aquela que implica na necessidade de se criar um outro órgão com representação popular com a competência de fiscalizar o funcionamento do Judiciário); já o segundo representa o controle em que o réu é o magistrado.

Finalmente, é preciso que o Judiciário fique protegido dos interesses de pessoas e poderes, vez que lhe compete, em última instância, a guarda da Constituição. Mas, ao mesmo tempo que lhe foi dada inúmeras garantias, o Constituinte falhou, na opinião de Erik Frederico GRAMSTRUP¹¹⁹, ao: (i) prover o Judiciário com autonomia administrativa e financeira sem prever a existência de qualquer órgão de controle desta gestão; (ii) concedeu-lhe o monopólio para avaliar eventuais desvios de seus membros; (iii) instituiu regras de promoção interna mediante antiguidade e merecimento assegurando aos tribunais o poder de decidir a respeito das ascensões na estrutura judiciária.

4.2 AS “NOVAS ATRIBUIÇÕES” DO PODER JUDICIÁRIO

A par das novidades trazidas pela EC/45 e das características tradicionais do Judiciário, o juiz não é – e tampouco pode ser visto – como um simples aplicador da lei. De acordo com GRINOVER¹²⁰, a Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965 – abriu ao Judiciário uma possibilidade até então inédita no ordenamento jurídico brasileiro, a de apreciar do mérito do ato administrativos¹²¹, pelo quanto aos casos previstos no art. 4º, II, b e V, b.

Com efeito, a Lei da Ação Popular, como argumenta o professor Cândido DINAMARCO¹²², inaugurou a desmitificação do dogma de que o mérito administrativo seria incensurável. Assim considerado, mesmo que não houvesse uma evidente inconstitucionalidade, o Judiciário poderia intervir em matérias antes tipicamente destinadas à Administração.

¹¹⁹ GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral** in Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *et al.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 199.

¹²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p 11-13.

¹²¹ Por mais que a lei tenha de aberto esta possibilidade, não é possível se enganar com suas inúmeras restrições.

¹²² DINAMARCO, Cândido. **Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos**. In: Fundamentos do processo civil moderno, p. 434.

A par desta previsão legal, que trouxe uma série de transformações ao processo brasileiro¹²³, a Constituição de 1988 ampliou o rol de possibilidades segundo a qual o cidadão seria legitimado a propor uma ação popular. Da mesma forma, merece ser citado o Código do Consumidor – Lei 8.078/1990 (que não deveria ser restringido às matérias de ordem consumerista), a Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 e a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429/1992. Quanto à previsão constitucional, veja-se o art. 5º, inc. 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.” (negrito)

A Constituição da República de 1988, além disso, estabeleceu no art. 3º, como anteriormente lembrado, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispositivo este que marcou o nascimento do Estado Constitucional. Quanto a isso, esclarece Oswaldo CANELA JUNIOR:

“Para o Estado Social atingir esses objetivos, faz-se necessária a realização de metas, ou programas, que implicam o estabelecimento de funções específicas aos Poderes Públicos, para a consecução dos objetivos predeterminados pelas Constituições e pelas leis [BONAVIDES, 1980]. Desse modo, formulado o comando constitucional ou legal, impõe-se ao Estado promover as ações necessárias para a implementação dos objetivos fundamentais. E o poder do Estado, embora uno, é exercido segundo especialização de atividades: a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão: a atividade legislativa, executiva e judiciária.”¹²⁴

Entretanto, nem é preciso ir muito além com exemplos pouco usuais para se perceber que as decisões judiciais, em menor ou maior grau, sempre importarão na alocação de recursos. E tal comportamento judicial, no entendimento de Daniel SARMENTO, pode levar à decisões que contrariam o texto constitucional:

“É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalecentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repouse no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional.”¹²⁵

¹²³ Tal previsão, como visto, inaugurou, mesmo que timidamente, a tutela de direitos metaindividuais no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, com a melhor sistematização quanto ao que seriam direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos especificada pelo CDC e, de forma mais abrangente, pela CF/88, conseguimos ampliar o rol de direitos e ações cabíveis naquela tutela. Tanto o é que, pelo menos na teoria, o sistema brasileiro das tutelas coletivas figura entre um dos mais avançados existentes no mundo.

¹²⁴ WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Apud: GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 12.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, p. 114.

A título de, no caso em que o juiz vem a decidir sobre uma lide previdenciária, *decisum* este que interferirá numa política pública, pelo menos em pequeno grau. Isso porque o Judiciário, ao ser acionado (e respeitando o princípio da inércia), aprecia a matéria que as partes lhe trouxeram e, ao final, por conta de seu poder de império, obriga as partes a cumprirem a decisão por ele esposada.

Nas ações individuais é evidente que a demanda se concentra mais na dialética na micro-justiça¹²⁶, o que reduz o Poder Público e o interesse público a uma “parte” (e desconsidera toda a coletividade por ele representada). Em pequena escala, o efeito das decisões não gera grandes problemas orçamentários; entretanto, esta demanda acaba por muitas vezes privilegiar apenas aqueles que têm acesso à Justiça que, no perfil brasileiro – em que grande parte da população desconhece seus direitos e, em o conhecendo, muitas vezes não busca uma proteção judicial –, configura uma pequena parcela.

A consequência é que pessoas em situações análogas continuam a não ter seu direito efetivado porque o efeito da decisão cessa dentro da própria relação processual. E não apenas isso. Quando as demandas judiciais individuais multiplicam-se vertiginosamente, vislumbramos o seguinte problema: tais decisões prejudicam a implementação de outras políticas públicas.

O Poder Público, por seu termo, acaba por reduzir o investimento em áreas que anteriormente já recebiam recursos muitas vezes insuficientes para concretizar outros direitos que representem apenas uma restrita parcela da população. Aqui surge a nefasta, mas inafastável, conclusão de que o orçamento é limitado e, dessa forma, deve ser racionalizado para que políticas públicas sejam aplicadas da melhor forma possível.

Este problema (da multiplicação das ações individuais) gera repercussão na mídia, como visto abaixo em notícia jornalística divulgada pelo jornal Gazeta do Povo no dia 10/09/2011:

“De 2006 a 2010, o gasto do Ministério da Saúde (MS) com remédios via demanda judicial cresceu 1.611%. Saiu de R\$ 7,7 milhões para R\$ 132 milhões. No Paraná, o panorama é parecido: dos R\$ 61 milhões usados para adquirir medicamentos, 58% ou R\$ 35,7 milhões foram comprados por ordem de um juiz. Conhecido por “judicialização da saúde”, o fenômeno reflete o acesso da população à Justiça e a burocracia para o Sistema

¹²⁶Expressão esta utilizada por Luís Roberto BARROSO, como visto no artigo **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 27. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 03 de outubro de 2011.

Único de Saúde (SUS) incluir medicamentos na lista de fornecimento gratuito.

(...)

Além da lei, o governo federal diz estar investindo mais em medicamentos. De acordo com o Ministério da Saúde, o gasto em 2010 foi de R\$ 6,4 bilhões – 12,5% do orçamento – em 560 tipos de medicamento. Em 2003, o R\$ 1,9 bilhão investido equivalia a 5,8% do orçamento. Outra medida foi a criação do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde. Instalado em parceria com o CNJ, o projeto busca medidas de aperfeiçoamento de procedimentos e prevenção de conflitos na saúde, sobretudo o fornecimento de remédios e serviços.”¹²⁷

Portanto, nada obstante as ações individuais estarem provocando efeitos preocupantes no orçamento, a Administração já vem se organizando para melhorar a dialética “efetivação de direitos fundamentais com políticas públicas” e “cumprir decisões judiciais que interferem em políticas públicas” com vias de efetivar os direitos sociais da mesma forma que, em paralelo, reduz o número destas ações individuais.

Se demandas individuais já são capazes de alterar o modo de execução de políticas públicas, as ações coletivas também a alteram, porém, como defendem Luís Roberto BARROSO¹²⁸, Ada Pellegrini GRINOVER¹²⁹ e Sérgio Cruz ARENHART¹³⁰, este meio processual é uma das mais legítimas e corretas formas fornecidas pelo sistema de controlar a implementação de políticas públicas. Para tanto, merece destaque o seguinte trecho esposado por Sérgio Cruz ARENHART:

“Deveras, no atuar o Direito em ações coletivas, o magistrado frequentemente é levado a não apenas “aplicar o direito ao fato” (como se isso fosse possível), mas a conceber, em realidade, uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.”¹³¹

¹²⁷ BOREKI, Vinicius. **Gasto com remédios obtidos por liminar cresce 1.600% em 4 anos**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1167595> Acesso em em 02 de outubro de 2011.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 28-30. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 30 de setembro de 2011.

¹²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., p. 36.

¹³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Ano 1 – Número 1 – 2009, p. 19-20.

¹³¹ Ibid., p. 3.

Assim finaliza Luís Roberto BARROSO¹³² aduzindo que cabe ao Judiciário interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas desde que ele esteja atuando para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a uma lei já existente.

Conclui-se que se deve superar teses jurídicas conservadoras que impedem o Judiciário de sindicat o mérito de ato administrativo ou de legislar positivamente no caso concreto quando chamado a intervir por meio de uma ação individual ou coletiva. Novamente, há de se ter em mente que o dogma da separação dos poderes não é absoluto em nosso ordenamento, pois o Constituinte elencou outros valores, como os direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana, que devem ser observados pelo Estado.

Portanto, por mais que seja atribuída ao Executivo e ao Legislativo a atividade de regulamentação e execução de políticas públicas, o Judiciário deve também ser visto como legítimo para implementá-las, desde que observados alguns critérios objetivos¹³³, com o viés de garantir a máxima efetividade aos dispositivos constitucionais.

¹³² BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 11.

¹³³ Critérios estes que serão abordados com mais afinco no capítulo 5.2 deste trabalho.

CAPÍTULO 5 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1 ANÁLISE DOS EFEITOS RESULTANTES DA INAPLICAÇÃO OU IMPLEMENTAÇÃO INSATISFATÓRIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No Brasil, é visível que os Poderes Legislativo e Executivo não têm executado satisfatoriamente as políticas públicas, razão que motiva a discussão de sua implementação em âmbito judicial.

Isso porque os direitos sociais não são, em sua grande maioria, efetivados no Brasil, o que fere, de imediato, os direitos fundamentais. Este entendimento, muito embora derive do senso comum, também é instigado por Clayton MARANHÃO¹³⁴, o qual admite que direitos de primeira dimensão intimamente relacionados com direitos sociais como a liberdade, a igualdade e a fraternidade ainda não são princípios garantidos no Brasil.

Para comprovar este posicionamento, cita estatísticas educacionais oficiais que demonstram que há 14 milhões de analfabetos com 15 anos ou mais de idade, número esse alimentado, ano após ano, por outras 14 milhões de crianças fora da escola na faixa etária de 4 a 6 anos – faltam vagas nas escolas, faltam professores em razão do baixo salário e, os que concluem o ensino fundamental, muitas vezes o fazem de forma insatisfatória.

No âmbito da saúde pública, a título de exemplo, por mais que reste consagrado na Carta Constitucional o direito *universal* à saúde, o quadro é desalentador – os medicamentos são escassos, o rol de fármacos dispensados pelo SUS é incompleto, faltam médicos e profissionais na área, a estrutura dos hospitais deixa muito a desejar e a demanda nunca é atingida.

É notório que a Lei Maior reconheceu a necessidade de o Estado promover os direitos fundamentais sociais, e este seria um dos escopos do Estado constitucional brasileiro, deduz-se que o Judiciário, na omissão total ou parcial da Administração, pode adentrar no mérito das políticas públicas, inclusive para implementá-las.

Reforce-se: a Constituição vigente, sem embargos, alça a dignidade da pessoa humana ao centro do ordenamento, acima mesmo de certos dogmas

¹³⁴ MARANHÃO, Clayton. **O controle jurisdicional de políticas públicas**, ponto “1”. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/ClaytonMaranhao/Papers/158866/Judicial_activism_and_public_policies_in_Brazil., Acesso em: 15 de outubro de 2011.

clássicos, como a separação dos poderes. E, para que esta intervenção surta os efeitos positivos almejados, dentre eles a satisfação dos destinatários da política pública¹³⁵, é preciso estabelecer uma racionalidade objetiva que auxilie o magistrado não só a definir qual é a melhor medida a ser tomada no caso concreto, como também qual é o efeito que ela causará em toda a coletividade.

5.2 OS CRITÉRIOS QUE AUXILIARIAM E DELIMITARIAM A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A título do que foi apresentado no capítulo anterior¹³⁶, a intervenção do Judiciário no orçamento pode vir a efetivar um direito, porém esta determinação pode igualmente restringir direitos igualmente relevantes.

À luz disso pugna-se a delimitação de critérios que possibilitem que o controle das políticas públicas por parte do Poder Judiciário seja o mais eficaz possível e que seus efeitos não gerem consequências negativas a outros direitos. Seguindo as linhas de Ana Paula de BARCELLOS¹³⁷, é preciso administrar parâmetros jurígenos para que esta intervenção seja possível e encontre fundamentos oriundos da própria Lei Maior.

O Estado brasileiro passou, com o tempo, a prever direitos e garantias que extrapolaram a esfera individual e, dentre as novidades da Constituição da República de 1988, elegeu-se a dignidade da pessoa humana como o princípio que regerá todas as relações jurídicas.

E, com vistas a garantir plena eficácia à norma constitucional, é um imperativo do Estado Constitucional sofrer o controle por parte do Judiciário das atividades tipicamente administrativas, não podendo mais ficar restrito a uma visão conservadora que mitigue valores materialmente eleitos pelo Constituinte.

Corroborando com esta noção, notório o julgamento do STJ promovido em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de nº 24.197, decidido em 24/08/2010¹³⁸, segundo o qual se repisa o entendimento de que, em havendo inércia

¹³⁵ Sob pena de apenas se consolidar a micro justiça, como argumenta Luís Roberto BARROSO.

¹³⁶ Cf. reportagem jornalística presente na página 45 deste trabalho.

¹³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. *Revista de Direito Administrativo* nº 240, 2005, p. 93

¹³⁸ “Na espécie, o TRF da 5ª Região determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza que fornecessem a jovem portadora da patologia denominada Niemann-Pick tipo C certo medicamento que possibilitaria aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida, mas o qual a família da jovem não possuiria condições para custear. **Alegava a agravante que a decisão objeto**

ou abusividade governamental, o Judiciário esta legitimado para intervir na implementação de políticas públicas.

Com isso, com base em julgados como aquele que se conclui que é imprescindível materializar os preceitos constitucionais, porém a intervenção do Judiciário deve seguir os critérios, como os que serão a seguir abordados, para que ela seja o mais legítima e justa possível.

5.2.1 O papel do magistrado como aplicador da Constituição da República

A doutrina conservadora aduz que as matérias que dizem respeito às políticas públicas são de titularidade do Poder Legislativo e Executivo¹³⁹. Isso porque, de acordo com Celso Antonio Bandeira de MELLO, a execução corresponde a “um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao *objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para um País.*”¹⁴⁰ Como os atos de governo são em regra definidos por aqueles poderes, a eles repousaria a legitimidade para gerir os programas governamentais.

Importa evidenciar que esta atividade não é, em grande parte das vezes, implementada de forma satisfatória pelos Poderes Legislativo e Executivo. Assim,

do pedido de suspensão violaria o princípio da separação de poderes e as normas e os regulamentos do Sistema Único de Saúde - SUS, bem como desconsideraria a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, a indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas. Sustentava, ainda, sua ilegitimidade passiva e ofensa ao sistema de repartição de competências, como a inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa. Argumentava que só deveria figurar no pólo passivo da ação o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que a determinação de desembolso de considerável quantia para aquisição de medicamento de alto custo pela União implicaria grave lesão às finanças e à saúde públicas. Fornecimento de Medicamentos e Responsabilidade Solidária dos Entes em Matéria de Saúde - 2 Entendeu-se que a agravante não teria trazido novos elementos capazes de determinar a reforma da decisão agravada. **Asseverou-se que a agravante teria repisado a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos poderes, o que já afastado pela decisão impugnada ao fundamento de ser possível, em casos como o presente, o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. No ponto, registrou-se que a decisão impugnada teria informado a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado. Relativamente à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, reportou-se à decisão proferida na ADPF 45 MC/DF (DJU de 29.4.2004), acerca da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de injustificável inércia estatal ou de abusividade governamental. (...) 8. Recurso Ordinário provido, para conceder a segurança pleiteada na inicial, prejudicado o pedido de efeito suspensivo ao presente recurso (fls. 261/262), em razão do julgamento do mérito recursal e respectivo provimento”.** (negrito).

¹³⁹ LIMBERGER, Têmis. op. cit., p. 189.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 814.

por mais que o critério anterior seja correto, ele não é suficiente para abordar as novas situações postas diante do jurista. À luz disso, adota-se aquela lição ministrada por Celso Antonio Bandeira de MELLO acrescida de uma carga axiológica e finalística.

No que toca a essa vertente, veja-se como Têmis LIMBERGER abordou esta matéria:

“O conceito de política pública partiu da ciência política e da Administração Pública, mas hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Logo, a definição apresentada na ciência política é a dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão. (...) Não se apresenta como algo isolado, mas que deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social”.¹⁴¹

Concebe a autora¹⁴² que, em havendo ineficiência ou omissão na execução das políticas públicas caberia ao Judiciário intervir, desde que os seguintes pressupostos gerais sejam cumpridos: (i) deve-se sempre observar o que a Constituição dispõe para se verificar se há alguma insuficiência ou omissão na proteção de determinado direito; (ii) deve-se dar preferência às ações coletivas, estas que permitem um debate público para se definir prioridades; e (iii) no caso das demandas individuais deve-se prestar atenção na gestão eficiente dos recursos escassos com vistas a não interromper drasticamente a implementação de outras políticas públicas.

Antes de adentrar nas ressalvas apresentadas, deve-se ter em mente que os princípios constitucionais, com especial atenção ao *interesse público* almejam, em *primeiro* plano, a sua consecução, sendo destinado a um plano diverso a titularidade de quem irá efetivá-los. Corrobora com este entendimento Ana Paula de BARCELLOS:

“(...) se a Constituição contém normas nas quais se estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais dispositivos são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico.”¹⁴³

E, na mesma linha, complementa Andreas KRELL:

“(...) as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito, não estão relegadas somente ao governo e à Administração, mas têm seu fundamento

¹⁴¹ LIMBERGER, Têmis. op. cit., p. 190.

¹⁴² Ibid., p.194.

¹⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de, op. cit., p. 92.

nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Poder Judiciário.”¹⁴⁴

Desta forma, o fato de os juízes terem sido escolhidos por concursos públicos não deveria ser um empecilho para que eles atuem ativamente na consecução das políticas públicas¹⁴⁵. Mauro CAPPELLETTI contribui ministrando que o fato de termos representantes eleitos pelo povo no Legislativo e Executivo não faz com que eles representem a efetiva vontade do povo. Aliado a isso, o Judiciário, em que pese seus membros não sejam democraticamente eleitos, pode igualmente vir a exercer uma melhor representação dos anseios sociais:

“dissipou-se em grande parte a utopia tipicamente ocidental, concernente à perfeita capacidade dos poderes ‘políticos’ de alcançar o consenso dos governados, ou pelo menos da sua maioria. Os cientistas políticos amplamente demonstraram que, mesmo no melhor dos mundos possíveis, a liderança legislativa e executiva, embora tradicionalmente considerada ‘diretamente responsável perante o povo’, nunca constitui, diferentemente do Judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa.”¹⁴⁶

Prossegue o Mauro CAPPELLETTI frisando que a atuação judicial não seria irrestrita, mas deveria seguir os princípios constitucionais que prescindem o processo judicial, a saber: o princípio da inércia da jurisdição, o da imparcialidade e o do contraditório.

De plano, admite-se que o juiz atuaria numa política pública por meio de uma lide que poderia assumir duas formas: a via individual e a via coletiva¹⁴⁷.

Nessa perspectiva, Luís Roberto BARROSO aponta duas consequências, a depender da via adotada: nas ações individuais em que o magistrado vem a decidir a respeito de uma política pública o alcance de sua decisão encontra-se restrito à parte que compõem a lide, geralmente composta por um só autor. Nestes casos a justiça é feita – porém somente perante o autor. Aqui denomina-se a micro-justiça. Entretanto, há de se questionar se este *decisum* é satisfativo no que diz respeito à matéria de políticas públicas.

Já na tutela metaindividual os efeitos da decisão proferida pelo juiz abarcam um maior número de interessados, o que condiz com o interesse público presente nos programas governamentais, gerando, assim, a chamada macro-justiça. Observe-se:

¹⁴⁴ KRELL, Andreas Joaquim, op. cit., p. 55.

¹⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 6.

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, p. 94.

¹⁴⁷ Ibid., p. 94-95.

“(…) é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts 198, § 2o, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.”¹⁴⁸

Logo, é defeso que a intervenção do juiz se dê prioritariamente por meio das demandas coletivas, espaço no qual se atenderia à *macro-justiça*¹⁴⁹ com ampla discussão e participação social.

Dito de outra forma, a tutela de interesses metaindividuais atinge um maior número de interessados, a exemplo do que ocorre na prestação da saúde, na proteção ao meio ambiente ou na defesa dos direitos consumidor¹⁵⁰. Diante deste quadro, o juiz é colocado, à luz do princípio da inércia, a interferir sobre assunto dando às partes, inclusive o Poder Público, a possibilidade de defender-se no crivo do contraditório e da ampla defesa.

A propósito do assunto em tela chega-se a um ponto polêmico abordado por Sérgio Cruz ARENHART, que seria a análise do magistrado, de um lado, da atenção aos princípios fundamentais de Direito envolvendo o caso concreto e, de outro, a necessidade de ele ponderá-los de acordo com a realidade social vigente¹⁵¹.

No que tange o princípio da proporcionalidade, tem-se que este enseja a observação dos dispositivos legais em conflito que poderiam ser logrados de acordo com um certo número de meios, sendo o correto se optar pelo meio mais adequado ao caso concreto¹⁵².

Este princípio pode ser decomposto em três fases, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita¹⁵³. Por consequência, de sua aplicação na tentativa de solver algum empecilho o juiz deverá sempre considerar se

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 31-32. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em 05 de outubro de 2011,

¹⁴⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**, 2001, p. 147.

¹⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 3-4.

¹⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**, p. 751.

¹⁵² E, Eros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**, p.179.

¹⁵³ CANOTILHO, José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, p. 261.

o meio é adequado, se ele representa o menor sacrifício possível ao interesse que será subjulgado e se apresenta o resultado mais vantajoso (com o correspondente menor sacrifício dos demais interesses envolvidos).

“Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Cabe verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites determinados pela necessidade; ou se, contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, ou se a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar-se do dois males, se escolheu realmente o menor.”¹⁵⁴

Por óbvio, esta avaliação não prescinde de uma hermenêutica constitucional que observará os critérios axiológicos presentes na Carta Política, sem se descartar a importância da opção política que o magistrado enfrentará, que não será de acordo com suas opiniões pessoais, mas *de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades*¹⁵⁵. Como argumentou Miguel REALE:

A interpretação judicial do direito deve ser, nesse passo, feita “tanto retrospectivamente como prospectivamente, isto é, como medida do que já ocorreu e ficou provado, e o imperativo de justiça que, a partir da sentença, deve valer no futuro. É a razão pela qual, hoje em dia, só serve à sociedade o magistrado que exerce criteriosamente suas atividades à luz das fontes e dos modelos do Direito, prolatando uma decisão que entrelace, com certeza e segurança, o passado ao futuro, a justiça pedida e a justiça outorgada. Tanto como o próprio Direito, o Judiciário pode e deve ser concebido como *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.”¹⁵⁶

Ressalte-se que estas escolhas não poderão avocar a competência discricionária do Legislativo e Executivo para escolher a melhor solução para o caso concreto. Como dito, o juiz parte da demanda e, a partir dela, analisará se a política pública esta sendo implementada da melhor forma possível e, em observando que há outro meio mais adequado (após a aplicação do princípio da proporcionalidade), ele poderá anulá-la e ordenará a adoção de outra.

Por fim, resgatando as ideias de Luís Roberto BARROSO¹⁵⁷, da decisão tomada pelo Judiciário oriunda de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, o que observará o princípio da igualdade a todos os cidadãos.

¹⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas licitamente adquiridas**. In: *Ajuris* nº. 68, p. 07-25.

¹⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, ob. cit., p. 181.

¹⁵⁶ REALE, Miguel. **O judiciário a serviço da sociedade**, in: *Ajuris*, nº 62. Porto Alegre: Ajuris, novembro/1994, p. 196.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 32.

Nessa medida, é reconhecida a necessidade de concretizar a Constituição e que o Poder Judiciário deve coibir qualquer lesão ou ameaça de direito¹⁵⁸, em especial os direitos fundamentais, parece certo que o magistrado poderá corrigir ações ou omissões estatais que ofendam os princípios constitucionais e, para tanto, deverá munir-se de aparatos racionais, com destaque ao princípio da proporcionalidade, que otimizem as políticas públicas e os direitos a ela relacionados.

5.2.2 A revisão do princípio da tripartição dos poderes

O argumento de que o controle judicial das políticas públicas acarretaria um confronto ao princípio da tripartição dos poderes é frequentemente arguido pela Administração Pública em litígios individuais e coletivos que, de alguma forma, impliquem na realocação de recursos. Em muitos, por sinal, o Judiciário até se nega a atuar pela simples análise daquele dogma.

Este argumento não prospera porque, conforme levantado anteriormente, a imposição rígida da separação dos poderes não tem mais pertinência perante o nosso ordenamento, pois já se verifica não apenas a existência de poderes que não se enquadram na tripartição como também o exercício de funções atípicas dentro dos próprios poderes isoladamente considerados. Sérgio Cruz ARENHART, seguindo esta linha, complementa:

“Valendo-se, o mais possível, de critérios objetivos – pautados nas determinações constitucionais a respeito – não estará o juiz usurpando a atribuição de qualquer representante de outra Função do Estado; não estará agindo como legislador, já que sua preocupação não é a de criar a política pública, mas apenas a de exprimir a vontade da lei (do Direito) em relação à condução dela pelo Estado; também não se estará colocando no papel de agente do Executivo, especialmente porque sua função se limitará a indicar a direção a ser trilhada pelo Estado, sem considerar o *modus operandi* da medida. Por outro lado, não importará que o magistrado não goze – como os membros do Legislativo e do Executivo – da legitimidade pelo voto para efetivar estas escolhas políticas. É que, embora sua legitimação não decorra do voto popular, ela advém do processo em que a decisão é formada. **Porque a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que, possivelmente, serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político**

¹⁵⁸ Cf. dispõe o art. 5º, XXXV da Constituição da República de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

emanado do Legislativo ou do Executivo.”¹⁵⁹ (negrito)

Na seara jurisprudencial, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.041.197 – MS, da Segunda Turma¹⁶⁰ asseverando que vige no Brasil não a separação dos poderes, mas o *balanceamento dos poderes*. Por conta disso, o Judiciário tem plena competência de interferir no controle da atividade dos demais poderes. Não discricionariamente, mas de acordo com os ditames e princípios constitucionais.

Com isso, deve-se ter em mente que se está diante de duas ordens de acontecimentos: a uma, tem-se o Judiciário, que fora chamado a decidir, por meio de uma ação individual ou coletiva, acerca de que uma política pública não esta sendo de forma satisfatória prestada pelo Poder Público e que esta omissão gera um dano devidamente comprovado à parte interessada.

A duas, quanto a sua reação, ele poderá ou extinguir a ação sem julgamento do mérito fundamentando que é parte ilegítima para adentrar no mérito administrativo ou, o que nos parece mais salutar, determinar que é preciso intervir no mérito do ato com o viés de dar cumprimento aos preceitos constitucionais.

Na realidade, de acordo com Thiago Lima BREUS¹⁶¹, a intervenção do Judiciário não seria uma invasão, mas um mecanismo compatível com a democracia (desde que haja participação da sociedade nesta escolha), pois o Estado

¹⁵⁹ Ibid., p. 6.

¹⁶⁰ “ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. (...) 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. **Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.** Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. **Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.**” (negrito)

(Recurso Especial n. 1041197 – MS, da Segunda Turma do STJ. Julgado em 25.08.2009 em acórdão da lavra do Ministro Humberto MARTINS. Publicado no DJ em 16.09.2009). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. (Acessado em: 21 de outubro de 2011).

¹⁶¹ BREUS, Thiago Lima, op. cit., p. 247.

constitucional deve se valer de todas as formas possíveis para assegurar a materialização da Lei Maior.

Em suma, deve-se ter em mente que a separação dos poderes tem o escopo de permitir que as normas constitucionais sejam observadas em sua plenitude, porquanto impossibilita, em grande escala, que excessos sejam cometidos. A outro giro, se este princípio corroborar com alguma violação injustificada de algum direito fundamental, em havendo uma alternativa possível e viável diante do Poder Judiciário, parece cabal admitir que ele seja relativizado em prol da observância das finalidades constitucionais.

5.2.3 A reserva do possível

O orçamento é um documento contábil que contém as previsões de receitas e despesas a serem realizadas pelo Estado, cujo objetivo é o de manter o equilíbrio financeiro do Erário.

Ou, nas palavras de James GIACOMONI, *“O orçamento constituía-se em uma fórmula eficaz de controle, pois colocava frente a frente as despesas e as receitas. Na época, os impostos eram autorizados anualmente, o que permitia uma verificação crítica mais rigorosa das despesas a serem custeadas com a receita proveniente desses impostos.”*¹⁶²

No Estado constitucional, o orçamento tem um papel fundamental, pois é responsável por seu desenvolvimento econômico, social e político¹⁶³. A propósito, a Constituição da República de 1988 estabeleceu três leis orçamentárias sucessivas e harmônicas entre si, a saber: a Lei do Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA)¹⁶⁴ que servem, sem suma, para racionalizar os custos do Estado e, assim, atender aos princípios dispostos no art. 37 da Magna Carta.

Importa evidenciar, de plano, que o orçamento é finito e que os recursos necessários para custear os direitos fundamentais são, diante do caráter

¹⁶² GIACOMONI, James. **Orçamento público**, p. 64.

¹⁶³ Nos termos do art. 167, II da Lei Maior esta estabelecido que ao administrador público é imposta a obrigação de observar os limites das leis orçamentárias sob pena de crime de responsabilidade previsto no art. 85, VI do diploma.

¹⁶⁴ Cf. arts. 166, parágrafo 4º e 165, parágrafo 4º da Constituição da República de 1988.

progressista da Constituição da República de 1988, insuficientes¹⁶⁵. Isso porque o Estado não tem como prestar, da melhor forma possível, todos os direitos evocados na Carta Política. Por conta disso, cabe-lhe efetuar escolhas, estabelecer critérios e prioridades no momento de implementar uma política pública. Esta noção embasa o cerne da teoria da *reserva do possível*.

A teoria da *reserva do possível* (*Vorbehalt des Möglichen*), também conhecida como “reserva dos cofres públicos”, surgiu dos tribunais alemães aproximadamente nos anos 70, após aquela Corte conceber que a “construção dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos¹⁶⁶”.

Ingo Wolfgang SARLET avaliou o conteúdo dessa decisão, deduzindo que “(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”¹⁶⁷

Esta teoria, inaugurada por Peter HÄBERLE¹⁶⁸, estava intimamente relacionada com a necessidade de se analisar o impacto econômico que a salvaguarda de determinado conceito causaria ao aparato estatal frente às demandas de muitos cidadãos que cobravam a efetivação de direitos sociais¹⁶⁹. A primeira decisão dizia respeito ao acesso às vagas das universidades alemãs que, conforme entendimento daquela Suprema Corte, estava condicionada ao limite do razoável.

No Brasil, a *reserva do possível* sofreu influência da teoria norte-americana, sobretudo pela obra de Cass SUSTEIN e Stephen HOLMES¹⁷⁰, que procurou demonstrar que as necessidades humanas são infinitas enquanto os recursos são finitos. Diante de uma impossibilidade fática, defendeu-se a noção de que é impossível atender de forma satisfatória – e da melhor maneira possível – os direitos sociais. À luz disso, caberia ao Estado fazer escolhas para alocar os recursos (finitos) aos valores democraticamente eleitos.

¹⁶⁵ Tema este abordado por Gustavo AMARAL em **Direito, escassez & escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**

¹⁶⁶ KRELL, Andreas Joaquim, op. cit., p. 52.

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 265.

¹⁶⁸ ARENHART, op. cit., p. 15.

¹⁶⁹ BREUS, Thiago Lima. Op. Cit. , p. 232.

¹⁷⁰ SUSTEIN, Cass; and Holmes, Stephen. **The cost of rights – Why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

Em resumo, esta teoria é tida como um obstáculo material que impede o Judiciário de implementar uma política pública, pois ele desestabilizaria a previsão orçamentária. Nesse ínterim, José Joaquim Gomes CANOTILHO¹⁷¹ frisa que todos os direitos estariam condicionados à disponibilidade de recursos e que o Judiciário não tem competência para analisar com mais cautela os efeitos que uma decisão judicial poderia causar no orçamento, razão pela qual ele deveria se abster.

Esta afirmação faz sentido. Como admite Sérgio Fernando MORO, pouco adiantaria o magistrado ordenar determinada ação se o Estado carece de recursos para efetivá-la. E, na hipótese de realocar recursos, ainda assim corre-se o risco de que a decisão venha a surtir efeitos negativos em outros programas, frustrando, em última análise, o interesse público em prol daquela pessoa ou grupo que acionou o Estado¹⁷².

No que toca a reserva do possível, a outro giro, deve-se buscar um ponto neutro que respeite as limitações fáticas ao mesmo tempo que se sabe que há outros direitos relevantes postos diante do juiz que precisam ser, na medida do possível, prestados. Novamente, como argumenta Sérgio Cruz ARENHART, faz-se uso do princípio da proporcionalidade para que se atenda, na melhor medida possível, as diretrizes constitucionais:

“Diante disso, considerando que tais políticas muitas vezes revelam a efetivação de garantias previstas na Constituição da República, como direitos fundamentais, 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).”¹⁷³

Assim, muito embora haja a limitação da *reserva do possível*, há de se considerar, no outro vértice, que as políticas públicas protegem direitos fundamentais que foram democraticamente eleitos pelo Constituinte como escopo da Carta. Portanto, a *reserva do possível* não deveria ser suficiente para barrar, *a priori*, a efetividade *progressiva* da Constituição.

¹⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos economicos, sociais e culturais.** in *Estudos sobre direitos fundamentais*: Coimbra, 2004, p. 107 et seq.

¹⁷² MORO, Sérgio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**, ponto “O mito da vedação da atuação judicial como legislador positivo”. Disponível em: www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo13.htm, Acesso em: 11 de outubro de 2011.

¹⁷³ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 16.

Por sinal, o fato de termos normas de eficácia progressiva já denota a observância ao limite do mínimo razoável na hora de garantir estes direitos. De acordo com Ana Carolina Lopes OLSEN:

“Os direitos não existem porque há recursos disponíveis. Sua mera existência determina, por si só, a alocação de recursos necessários à sua realização. Ainda que não se possa perder a dimensão da realidade, é válido ter em consideração que os direitos fundamentais sociais primeiramente existem, foram reconhecidos como tais, e por essa razão devem ser concretizados, de modo que impõem a alocação dos recursos necessários a esta concretização.”¹⁷⁴

Logo, os direitos fundamentais serão implementados gradativamente e em algum momento adquirirão um nível adequado e satisfatório, que compreenderá o mínimo existencial referente a cada direito fundamental¹⁷⁵. Aqui, convém destacar o resgate que Sérgio Cruz ARENHART faz dos ensinamentos de Robert ALEXY:

“Mais que isso, por se tratarem de direitos fundamentais, representam opções *vinculativas* do constituinte para o legislador infra-constitucional. Desse modo, estes interesses somente podem ser restritos – *ainda que por conta da reserva do possível* – na medida em que esta restrição atende a outro interesse também fundamental. Trata-se, em essência, da aplicação da ponderação de princípios.”¹⁷⁶

Em resumo, Robert ALEXY¹⁷⁷ sustenta a necessidade de construir uma teoria constitucional concreta voltada à implementação de uma dogmática à realidade concreta. E, por mais que não haja previsão expressa em nosso ordenamento, há de se preservar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sob pena de ter seu conteúdo totalmente esvaziado pelo argumento de que inexistem recursos suficientes¹⁷⁸.

Com efeito, diante do caso concreto, o Poder Judiciário sempre poderá ser chamado a decidir sobre uma causa que verse sobre a insatisfação do mínimo exigível de um direito fundamental.

Nesse panorama, alerta-se para o fato que o argumento de ausência financeira não deve ser retórico: deve, por evidente, ser comprovado pela autoridade administrativa, demonstração esta que não vinculará o juiz caso ele observe que o direito fundamental em discussão deve ser atendido prioritariamente. Nesse sentido,

¹⁷⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, p. 226.

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*, p. 109.

¹⁷⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.*, p. 17.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. *Op. cit.*

¹⁷⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Op. cit.*

recorre-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, que cristalizou este entendimento:

“(...) É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”¹⁷⁹

Em virtude disso, afirma Fernando Borges MÂNICA¹⁸⁰ que não se pode tomar a *reserva do possível* um limite absoluto pois ela é, assim como os demais direitos fundamentais, ponderável. Há, assim, hipóteses em que a intervenção do magistrado em uma política pública, por mais que haja insuficiência de recursos, é possível, desde que reste devidamente fundamentada.

Deve-se, a par de tudo, sempre observar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito na hora de proteger um direito fundamental invocado na análise dos direitos e interesses envolvidos para se decidir se a *reserva do possível* de fato prevalece diante do caso concreto.

5.2.4 O controle de discricionariedade

A Constituição da República de 1988 permite que o juiz decida a respeito da matéria que ele vem a conhecer por meio de um processo. Esta norma, por si só, já favorece a *judicialização*.

¹⁷⁹ STF, ADPF nº. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04, g. n.

¹⁸⁰ MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na Implementação de políticas públicas**, p. . Disponível em: http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf, Acesso em 15 de outubro de 2011.

A postura ativa do Judiciário contrapõe-se à *auto-contenção judicial*, conduta esta em que o referido Poder busca reduzir a sua interferência nas ações do Legislativo e Executivo.

Prossegue Luís Roberto BARROSO admitindo que este fenômeno tem uma faceta positiva, que é a de atender às demandas sociais que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento¹⁸¹. Porém, esta intervenção há de ser executada com cautela, sob pena de gerar riscos à legitimidade democrática¹⁸², o risco de politização da justiça¹⁸³ e da capacidade institucional do referido Poder¹⁸⁴.

Nessa perspectiva, Sérgio Cruz ARENHART¹⁸⁵ não recomenda que o juiz substituía o administrador, não só porque os efeitos poderiam ser desastrosos, como também porque a função pela qual o juiz foi escolhido compreende uma atividade completamente distinta.

Das análises empreendidas, sabe-se que há, na atividade administrativa, uma margem discricionária que limita o administrador a agir de acordo com o ordenamento jurídico.

Por meio da discricionariedade, o administrador poderia escolher diante de duas ou mais condutas igualmente idôneas e satisfativas aquela que melhor atenderia ao interesse público, este que corresponderia, nas palavras de Daniel Wunder HACHEN:

“(...) a Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito assume a função de assegurar a prevalência de um complexo interesse público, que envolve o conjunto de interesses dos indivíduos enquanto membros da sociedade em que estão inseridos, aí incluídos os interesses dos setores mais fragilizados da população que, por terem sido qualificados como públicos pelo sistema normativo, exigem a intervenção do Estado inclusive nas relações interprivadas, para fazê-los prevalecer sobre interesses exclusivamente particulares.”¹⁸⁶

No que toca à discricionariedade administrativa, Celso Antonio Bandeira de MELLO decifra serem atos discricionários “os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação e decisão segundo critérios de conveniência e

¹⁸¹ Ibid., p. 9

¹⁸² Aqui entendida como a possibilidade de um juiz inviabilizar a escolha que o membro do Executivo e Legislativo faz, esta que encontra respaldo na *representação democrática*. Ibid., p. 10-12.

¹⁸³ O juiz, ao interferir numa política pública, não deverá, em hipótese alguma, agir de acordo com suas convicções políticas, mas sim em nome da Constituição. Ibid., p. 12-15.

¹⁸⁴ Nos dizeres de Luís Roberto BARROSO: “O Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir”. Ibid., p. 17.

¹⁸⁵ ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 11-12.

¹⁸⁶ HACHEN, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.**, p. 144.

*oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.*¹⁸⁷

A discricionariedade encontra, por evidente, limites constitucionais que, nas palavras de Fernando Facury SCAFF, seriam de duas ordens: os formais e os materiais. Os primeiros encontram-se expressamente previstos na Carta ao prever a destinação de uma determinada porcentagem do orçamento à educação¹⁸⁸, à saúde¹⁸⁹, ao atendimento de determinados valores constitucionais¹⁹⁰ e ao pagamento de precatórios decorrentes de débitos judiciais contra o Estado transitados em julgado.

Já os limites materiais são representados pelos valores, fins e políticas públicas estabelecidos principalmente no art. 3º da Constituição da República. Adiante, o aludido autor ressalta que *“(...) não há total e completa Liberdade (de conformação) do Legislador para incluir neste sistema de planejamento o que bem entender. O legislador e muito menos o administrador não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem.*”¹⁹¹

Quanto aos limites formais, admite-se que o Judiciário não pode, de acordo com a doutrina majoritária, exercer o controle sobre o ato e adentrar no mérito da elaboração e execução do orçamento público, assim como verificar se há algum desvio de finalidade ou qualquer outro vício no ato administrativo em análise¹⁹²

Questão igualmente controversa é aquela que se relaciona com os limites materiais que, na inteligência de Maria Paula BUCCI¹⁹³, compreenderia dois estágios: (i) a legitimidade do cidadão e do Ministério Público em demandar judicialmente a execução concreta de um programa governamental; e (ii) o mecanismo que o Judiciário poderia valer-se para provocar a execução daquele programa.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 430.

¹⁸⁸ Art. 212 da Constituição da República de 1988.

¹⁸⁹ Art. 198, § 2º da CR/1988.

¹⁹⁰ Art. 60, § 1o, 71, 72, 79 e 80 do ADCT.

¹⁹¹ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse público**. v. 7, nr. 32, jul./ ago 2005, p. 220.

¹⁹² MÂNICA, Fernando Borges. op. cit., p. 4-5.

¹⁹³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**, p. 272-273.

A jurisprudência pátria manifesta-se, nesta altura, pela não intervenção material do juiz¹⁹⁴ no mérito do ato administrativo, vez a matéria cinger-se-ia no tema da discricionariedade do administrador.

Na seara doutrinária, Celso Antônio Bandeira de MELLO acompanha esta vertente:

“Certamente cabe advertir que, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetable qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que, existindo discricção, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada.”¹⁹⁵

A outro giro, Sérgio Cruz ARENHART admite que, inicialmente, o ordenamento prevê hipóteses nas quais o administrador, frente a duas ou mais condutas satisfativas, possa escolher aquela mais adequada dentro de sua oportunidade e conveniência. Porém, a sutileza do raciocínio aduzido pelo autor estaria no seguinte entendimento: se o agente, dentro desta margem discricionária, agir de forma comprovadamente insatisfatória, o que implica na escolha de conduta que não gerou uma providência ótima ao caso concreto, esta questão, posta em juízo, poderia ser decidida pelo magistrado. Observe-se:

“Deste modo, falar em discricionariedade não significa entregar uma margem, irrestrita e insindicável, de liberdade plena ao administrador, que pode utilizar dela como desejar. Na verdade, a lei não outorga este poder ao administrador para que este adote a providência que entender adequada segundo seus interesses, seus critérios e suas preferencias. Ao contrário, este ‘espaço de manobra’ é entregue no exclusivo interesse público, para permitir que, diante do caso concreto, o administrador possa adotar a melhor providência possível.”¹⁹⁶

Em suma, constata-se que, em sendo a opção do administrador claramente equivocada em face do interesse público, estaria autorizado o controle judicial¹⁹⁷

¹⁹⁴ “Não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalectimento do bem maior da vida. O respectivo exercício mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área da saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: **juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios, tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu (...)**” (negrito) - (TJSP, Ag. Inst. n. 42.530.5/4, Rel. Des. Alves Bevilacqua, julg. 11.11.97, g. n.).

¹⁹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. cit., p. 109.

¹⁹⁶ ARENHART, op. cit., p. 13-14.

¹⁹⁷ “(...) **1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.** □ **2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual**

para que a medida mais adequada diante as particularidades do caso posto fosse tomada¹⁹⁸.

Este posicionamento, por sinal, resta fundado nas premissas de Celso Antonio Bandeira de MELLO, segundo o qual: *“a ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de dever (antes do que ‘poder’), caracterizando uma função, se sentido jurídico.”*¹⁹⁹

Como se constatou, o juiz não está adstrito aos parâmetros de legalidade ao averiguar uma política pública, podendo ele até mesmo verificar se a conduta adotada pelo administrador condiz com aquela prevista na Constituição²⁰⁰. Em resumo, não subjaz o argumento de que a discricionariedade é inviolável pois, antes dela, há de se observar os preceitos previstos na Constituição da República de 1988.

se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. **Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.** □(...). (STJ, REsp 493811 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 15.03.04, g. n.)

¹⁹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. op. cit., 14.

¹⁹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, p. 13.

CONCLUSÃO

O Estado Constitucional, assentado na normatividade, supremacia e centralidade da Constituição da República de 1988, proclama a existência de direitos fundamentais, que são concebidos como normas constitucionais definidoras de direitos, com especial apreço aos direitos sociais, estes representados principalmente pelo direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, e à assistência aos desamparados que, em suma, representam um dos objetivos assumidos pelo Constituinte.

Esta previsão advém do reconhecimento, por parte do Estado Social, no Brasil representado pela Constituição de 1934, que o Poder Público deve intervir na ordem econômica com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais. Dentre as características dos direitos fundamentais sociais, ditos de segunda dimensão, destaca-se aquela que demanda do Poder Público uma postura ativa, e não de abstenção como ocorria no Estado de Direito clássico liberal, com vista a promover a igualdade material entre os cidadãos.

Com efeito, normas que consagram os direitos fundamentais sociais, muito embora chamados de normas programáticas de acordo com o seu teor, o qual não define os meios para se concretizar o fim indicado, devem ser vistas como normas jurídicas dotadas de imperatividade, o que fomenta a conclusão que estamos diante de direitos subjetivos públicos que geram ao seu titular, qual seja, o povo, a possibilidade de exigir do Estado a sua efetivação.

No Estado contemporâneo, o estabelecimento de políticas públicas constitui o mais importante mecanismo de ação estatal apto a garantir os direitos fundamentais sociais e que deve ser vista, como sobressalta a doutrina, como um programa de ação governamental voltado à concretização progressiva dos objetivos constitucionais previstos nas normas ditas programáticas.

Este mecanismo é destinado precipuamente ao Legislador e ao Administrador, os quais, pela vontade democrática, devem eleger as melhores vias para garantir a efetividade dos direitos sociais. Entretanto, quando o Judiciário é chamado a decidir sobre uma norma prevista e garantida na Lei Maior, não parece prevalecer o argumento apriorístico de que este é parte ilegítima para decidir a respeito do mérito do ato administrativo envolvendo uma política pública.

Isso porque, diante de um caso concreto em que haja um embate entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da separação dos poderes, deve aquela prevalecer não só por conta de sua carga axiológica, mas também porque este já se encontra relativizado e não merece mais ser concebido em sua visão dogmática limitadora.

Demais disso, por mais que seja atribuída ao Executivo e ao Legislativo a atividade de regulamentação e execução de políticas públicas, o Judiciário deve também ser visto como capaz de determinar que a Administração as implemente, desde atendidos alguns critérios objetivos. Busca-se, como visto, garantir a observância dos dispositivos constitucionais.

Nessa medida, reconhecida a necessidade de concretizar a Constituição e que o Poder Judiciário deve coibir qualquer lesão ou ameaça de direito, em especial aos direitos fundamentais, parece indene de dúvidas que o magistrado poderá corrigir ações ou omissões estatais que ofendam os princípios constitucionais. Parte-se da premissa, aqui, que se deve atender a um padrão mínimo capaz de propiciar ao cidadão uma existência digna em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, não se pode tomar a reserva do possível um limite absoluto que impediria a consecução de direitos sociais pois ela é, assim como os demais direitos fundamentais, ponderável. Porém esta deve ser sempre observada com excepcional cautela para evitar que, na tentativa de garantir a consecução de um direito, acabe-se, mediata ou imediatamente, ferindo outros interesses, muitas vezes até mais relevantes do que aqueles levados ao conhecimento do juiz.

Para tanto, deverá o magistrado munir-se de aparatos racionais, com destaque ao princípio da proporcionalidade, com o viés de otimizar as políticas públicas e os direitos a ela relacionados. Assim, diante do caso concreto, deverá sempre observar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito para só então decidir se a reserva do possível de fato prevalece diante de um direito fundamental.

Nesse contexto, não podem ser afastados os contornos que devem ter a discricionariedade administrativa, que encontra seu fundamento no ordenamento jurídico.

O Judiciário, não só no Brasil, assume uma postura ativa diante dos casos que lhe são postos, e seu papel não pode mais ser compreendido como o de mero

aplicador da lei, pois é mais um agente transformador da sociedade em face da consolidação dos direitos fundamentais, desde que observados todos os critérios racionais, ele estará não só intervindo numa política pública e provendo um direito fundamental, como também, e o que mais interessa, dando máxima efetividade às normas previstas na Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid – España: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha – Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, Ano 1 – Número 1 – 2009.

ARENDDT, Hannah, **Sobre la violencia**. Madrid – España: Alianza Editorial, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **Eficácia jurídica das normas constitucionais e leis complementares**. Revista de Direito Público jul/set. 1970.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. In: Revista de Direito Administrativo, v. 240, abr./jun/2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROS SILVA, Pedro Luiz. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projeto**. Disponível em: www.nepp.unicamp.br/d.php?f=42

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BOBBIO, **A era dos direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo, Manole, 2007.

_____. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral política**. 14ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Porto – Portugal: Universidade Portucalense, 2004.

BOREKI, Vinicius. **Gasto com remédios obtidos por liminar cresce 1.600% em 4 anos**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1167595>

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional. Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed, Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos economicos, sociais e culturais**. In: Estudos sobre direitos fundamentais: Coimbra, 2004

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**, ponto “Responsabilidade”. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext

CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido. **Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos**. In: Fundamentos do processo civil moderno. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luís Cláudio de Castro e Costa, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves de. **Curso de Direito Constitucional**. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**, 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOUVEA, Marcos Maselli. **Controle Judicial das omissões administrativas**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Conselho Nacional de Justiça e controle externo: roteiro geral**. In: Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº. 45/2004. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

GRAU, Eros Roberto, **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964>.

HACHEN, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf von. **L'esprit du droit romain**. Trad. Meulenaere. In: DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUSTEIN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Empresa, Ordem Econômica e Constituição**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212, abr./jun. 1998.

KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1995.

LIMBERGER, Têmis. **Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais**. Revista de Direito Administrativo Volume 251, de maio/agosto de 2009.

MALISKA, Marcos Augusto. **Max Weber e o Estado Racional Moderno**. In: Revista Eletrônica do CEJUR, Vol. 1, nº. 1, 2006.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas**, p. . Disponível em: http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/artigo_reserva_do_possivel_com_referencia_.pdf

MARANHÃO, Clayton. **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/ClaytonMaranhao/Papers/158866/Judicial_activism_and_public_policies_in_Brazil.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo. Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU, Charles de. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas licitamente adquiridas**. In: Ajuris nº. 68.

MORO, Sérgio Fernando. **Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais**, ponto “O mito da vedação da atuação judicial como legislador positivo”. Disponível em: www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo13.htm

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro**. Disponível em: http://www.advcom.com.br/artigos/pdf/as_adiencias_publicas_e_o_processo.pdf

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006, 376 F. Dissertação de mestrado em Direito - Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

PEREIRA DA SILVA, Vasco; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Público sem fronteiras**. Lisboa – Portugal: Alameda da Universidade, 2011.

PETER DA SILVA, Christine Oliveira. **Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Christine_rev72.htm

REALE, Miguel. **O judiciário a serviço da sociedade**, in: Ajuris, nº 62. Porto Alegre: Ajuris, novembro/1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Direito constitucional: anotações nucleares**. Curitiba: Juruá, 2001.

SCHMITT, Carl. **Théorie de la constitution**. 1re édition. Paris: Léviathan Puf, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da Silva, **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise (Ensaio Sobre as Acções no Novo Processo Administrativo)**. Lisboa - Portugal: Almedina, 2005.

STRECK, Lênio. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALINE, Marcel. **Traité Élémentaire de Droit Administratif**. 6e édition. Paris: Recueil Sirey, 1952.

WEBER, Max. **Sociologia**. Org. Gabriel Cohn. 7ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

WEBER, Max. **A objetividade do conhecimento na ciência política e na ciência social**. Tradução de Augustin Wernet. 4ª. ed. São Paulo: Cortez, 2001.