

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

BRUNO MAKOWIECKY SALLES

Itajaí/SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

BRUNO MAKOWIECKY SALLES

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
(Universidade do Vale do Itajaí)

Itajaí/SC,
2014

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a minha família pelo apoio recebido em mais esta etapa da vida acadêmica e profissional.

Gostaria de agradecer toda a equipe do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ, da UNIVALI, fazendo-o na pessoa do Coordenador, Professor Doutor Paulo Márcio Cruz.

Gostaria, por fim, de registrar um agradecimento especial ao meu Orientador, Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao meu filho, Vinicius.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade.

Itajaí/SC, 25 de julho de 2014

BRUNO MAKOWIECKY SALLES

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
PPA	Plano Plurianual

ROL DE CATEGORIAS

(a) Estado Democrático de Direito: Forma de organização da sociedade política em que o exercício do poder, por quaisquer dos órgãos do Estado, deve manter estreita sintonia com a Constituição, presentes instrumentos para a garantia prática dessa conformação e identificando-se o compromisso com a reestruturação social, o resguardo aos direitos da minoria contra deliberações majoritárias atentatórias e o resgate de promessas da modernidade como a igualdade, a justiça social, a efetivação dos direitos fundamentais, a inclusão e a participação democrática.

(b) Força Normativa da Constituição: Atributo conferido à Constituição para, como norma superior e fundamental, dirigir e conformar a realidade política, econômica, social e financeira, constituindo um elemento do Estado Democrático de Direito.

(c) Direitos Fundamentais: Em concepção material, trata-se daqueles direitos inerentes à pessoa humana, singular e coletivamente considerada, internalizados nas disposições constitucionais de determinado ordenamento, dotados de normatividade preordenada à promoção dos ideais da liberdade, da igualdade e da solidariedade nas relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade, extensivas às relações entre as pessoas entre si. Em acepção formal, cuida-se dos direitos e posições jurídicas associadas às pessoas que, por opção constituinte e do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram integrados ao corpo da Constituição.

(d) Políticas Públicas: Conjunto de ações, ou conduta isolada do poder público, com a finalidade de efetivar os Direitos Fundamentais e de cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma atividade pública realizada por autoridades com legitimidade constitucional, que contempla uma opção (política) pelos fins buscados (escolha de prioridades), um programa de ação para os implantar e os métodos (mesmo financeiros) a serem usados nessa implantação.

(e) Separação dos Poderes: Fragmentação dos organismos que exercem a força estatal, atribuindo-lhes funções legislativa, executiva e judiciária, com o objetivo de evitar o abuso de poder decorrente da concentração, bem como de promover os Direitos Fundamentais e, ainda, de gerar maiores presteza e eficiência públicas.

(f) Discricionariedade: Margem de liberdade conferida pela Constituição ou pela lei aos agentes públicos para, segundo critérios de conveniência e oportunidade, elegerem a solução que melhor atenda às finalidades do Estado em situações plurívocas que, por envolverem conceitos jurídicos indeterminados, por não comportarem uma só conduta estatal ou por considerarem aspectos técnicos, admitem mais de uma opção a ser trilhada, autorizando as autoridades políticas e administrativas a escolher a alternativa mais apta a satisfazer o interesse público.

(g) Controle Jurisdicional: Possibilidade de o Poder Judiciário, no âmbito de ações individuais ou coletivas, realizar o controle concreto ou abstrato de legalidade, legitimidade e constitucionalidade das condutas dos Poderes Executivo e Legislativo, assim como das relações jurídicas estabelecidas entre os particulares.

SUMÁRIO

RESUMO.....	p. x
ABSTRACT:.....	p. xi
 INTRODUÇÃO.....	 p. 1
 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO.....	 p. 5
1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL.....	p. 5
1.2 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO: LIMITAÇÃO DO PODER E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 12
1.3 CONSTITUIÇÃO: SUPREMACIA E FORÇA NORMATIVA.....	p. 19
 2. ESTUDOS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	 p. 26
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ELEMENTOS CONCEITUAIS.....	p. 27
2.2 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 31
2.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão.....	p. 33
2.2.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão.....	p. 35
2.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão.....	p. 37
2.2.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões.....	p. 40
2.3 A DISTRIBUIÇÃO TOPOGRÁFICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 41
2.4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 42
2.4.1 Eficácia das normas constitucionais: plano geral.....	p. 43
2.4.2 A eficácia das normas de Direitos fundamentais.....	p. 46
2.5 POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: VINCULAÇÃO.....	p. 48
2.6 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	p. 52
2.7 FIXAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	p. 55
2.8 IMPLANTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	p. 60

3. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	P. 64
3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS: PROBLEMATIZAÇÃO.....	p. 65
3.2 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO E LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL: SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO.....	p. 66
3.3 PROGRAMATICIDADE E JUSTICIABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	p. 77
3.4 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL.....	p. 86
3.5 O CUSTO DOS DIREITOS E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL....	p. 95
3.6 A DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES	p. 106
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	p. 116
 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	p. 121

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo investigar a possibilidade, no âmbito do Estado Democrático de Direito, do controle jurisdicional de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Para tanto, o estudo aborda temas relativos ao Estado Democrático de Direito, à força normativa da Constituição, à separação das funções do Estado, aos direitos fundamentais e suas categorias, à criação e à implantação de políticas públicas e aos limites e possibilidades de atuação do Estado-Juiz em meio a esse contexto.

Na Fase de Investigação e no presente Relatório de Pesquisa, foi utilizado o Método Dedutivo. Foram acionadas, além disso, as técnicas do Referente, da Categoria, dos Conceitos Operacionais e da Pesquisa Bibliográfica.

Ao final da pesquisa concluiu-se que a participação do Poder Judiciário em temas políticos, notadamente por meio do controle judicial de políticas públicas, traduz medida essencial no Estado Democrático de Direito, de forma a evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição, mas deve ser exercida com autocontenção e cautelas que não comprometam a separação de poderes e a própria democracia.

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição.

Palavras-chave: Constituição. Direitos. Políticas. Judiciário. Democracia.

ABSTRACT

The aim of this work is to investigate the possibility, under the democratic rule of law, of jurisdiction control of public policies aimed at the execution fundamental rights. For this, the study addresses issues related to democracy, regulatory force of the Constitution, division of state powers, fundamental rights, creation and implementation of public policies, and limits and possibilities of action of the Judiciary.

In the Research Phase and in this Research Report, the Deductive Method was used. This was complemented by the techniques of Referent, Category and Operational Concepts and Bibliographic Research.

The work concludes that the involvement of the judiciary in political issues, notably through the judicial control of public policies, is essential in a democratic state, in order to avoid an emptying of fundamental rights and regulatory force of the Constitution. However, it must be exercised with self-containment and caution, to ensure that they do not compromise the separation of powers, or democracy itself. This Dissertation is part of the Line of Research Law and Jurisdiction.

Key Words: Constitucion. Rights. Policies. Judiciary. Democracy.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação consiste na obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas da Univali – Universidade do Vale do Itajaí.

O estudo tem por objetivo o estudo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, das bases teóricas para o controle jurisdicional das políticas públicas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais. O estudo versa, dentro de tal contexto, sobre tema relevante e polêmico, abordando as principais questões controvertidas. A problemática atravessa disciplinas jurídicas, partindo da Teoria do Estado e do Direito Constitucional para adentrar, ainda, em aspectos destacados dos Direitos Administrativo e Financeiro.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

(1) A Constituição da República, no contexto do Estado Democrático de Direito, possui força normativa apta a conformar as condutas dos Poderes Legislativo e Executivo, de modo a tornar legítima a intervenção do Poder Judiciário no sentido de determinar o cumprimento das respectivas normas;

(2) Os Direitos Fundamentais, mesmo quando previstos em normas de natureza programática, possuem relevante grau de eficácia, podendo ser invocados como fundamentos de Direitos a serem tutelados pelo Judiciário;

(3) A fixação e a implementação de políticas públicas, respectivamente, pelos poderes Executivo e Legislativo, são tarefas vinculadas aos Direitos Fundamentais e à escala de valores prioritários da Constituição da República, devendo o Poder Judiciário intervir para garantir tal vinculação; e

(4) A intervenção jurisdicional em políticas públicas é possível, no Estado Democrático de Direito, para garantir a implantação dos Direitos Fundamentais, observadas cautelas que impeçam a atuação excessiva.

A fim de sistematizar a descrição do resultado da pesquisa, o desenvolvimento do trabalho foi dividido, estruturalmente, em quatro capítulos.

O primeiro capítulo é intitulado “Estado Democrático de Direito, Separação das Funções do Estado e Força Normativa da Constituição”.

Nele procura-se tratar das principais características do Estado Democrático de Direito, buscando-se uma aproximação conceitual que reúna seus elementos caracterizadores. Em um segundo momento, discorre-se acerca do princípio da separação das funções do Estado, teoricamente edificado, no Estado Liberal, como método de freio ao poder para a garantia da liberdade, mas atualmente relido, no Estado Democrático de Direito, como um instrumento destinado a viabilizar a interação entre os Poderes para o cumprimento das normas constitucionais. Por fim, analisa-se a função atualmente pertencente às Constituições, destacando-se a supremacia das normas constitucionais e sua força normativa como atributos necessários num Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo, cujo título é “Estudos sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas”, volta-se, em um primeiro momento, para a análise do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais. Assim, buscam-se elementos que permitam uma conceituação da categoria direitos fundamentais, passando-se à classificação e à análise das dimensões em que se dividem tais direitos, com a descrição de suas características. A seguir, aborda-se a temática da eficácia dos direitos fundamentais, incursionando em teorias sobre a classificação das normas constitucionais, para afirmar-se que tais direitos devem efetivar-se no patamar ou grau máximo dentro das possibilidades fático-jurídicas.

Em um momento seguinte, o segundo capítulo passa a cuidar da íntima vinculação existente entre a definição e a implantação das políticas públicas, por um lado, e a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e nas leis, por outro lado. Ato contínuo, apresentam-se noções sobre o conceito de políticas públicas, tratando-as como um conjunto de estratégias do Estado com o objetivo de atingir determinada finalidade pública, implicando eleição de prioridades, planejamento, instituição, execução e avaliação. Na seqüência, estuda-se, especificamente, a tarefa de fixação de políticas, pelo Poder Legislativo, por meio da Constituição e da legislação infraconstitucional, acentuando-se a forma dinâmica, técnica, cambiante e relativamente discricionária por meio da qual é desempenhada. Passa-se, ao final, à análise da fase de implementação das políticas públicas pelo Poder Executivo, explorando-se questões relativas ao aspecto financeiro-orçamentário.

O terceiro e último capítulo, reunindo as noções trabalhadas

nas passagens anteriores e direcionando-as, de forma mais específica, ao problema central da Dissertação, chama-se “Controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito”. Faz-se, de início, breve síntese dos principais pontos de vista antagônicos presentes no assunto. Após, cuida-se da questão relacionada à legitimidade do Poder Judiciário para, dentro do sistema da separação das funções do Estado e do modelo de democracia representativa, determinar o cumprimento das políticas públicas, perpassando aspectos ligados às perspectivas substancialista e procedimentalista da democracia. Na seqüência, as atenções se voltam para a temática da eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais, realizando-se uma conexão com a ideia justiciabilidade dos direitos fundamentais de todas as dimensões. Ato contínuo, versa-se sobre a noção de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, nas tarefas de formulação e implementação de políticas públicas, e sobre o ponto crítico representado pela interferência do Poder Judiciário, nas condutas de tais Poderes, para garantia de conformidade com a Constituição. Em um penúltimo momento, aborda-se a cláusula da reserva do possível e as 03 (três) dimensões implicadas em sua análise, avaliando-se a questão da atuação jurisdicional impositiva de dispêndios públicos em um cenário de escassez econômico-financeira. Por fim, explicita-se o fenômeno da crescente transferência, ao Poder Judiciário, de decisões sobre temas políticos fundamentais, destacando-se a dimensão política presente na jurisdição atual, assim como os limites e as possibilidades de uma atuação jurisdicional democrática, não invasiva de espaços reservados ao sistema político.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre as perspectivas para uma atuação judicial democrática no cenário explorado ao longo do estudo.

Quanto à Metodologia, na Fase de Investigação e no Relatório da Pesquisa, utilizou-se a base dedutiva. Foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

Nesta dissertação, os trechos em língua estrangeira constam no corpo do texto com sua redação original, com a tradução livre do autor em nota de rodapé. Por fim, destaca-se o uso de citações indiretas, com

indicação das referências em nota de rodapé, quando as ideias dos autores citados foram incorporadas ao texto, sem prejuízo à construção original do trecho citado. Destaca-se ainda a utilização de citações diretas para aqueles trechos em que se quis conservar a ideia original do autor citado em todos os seus detalhes.

CAPÍTULO 1

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO E FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Este primeiro capítulo será dedicado ao estudo do Estado Democrático de Direito, abordando-se, no âmbito dele, os principais elementos que caracterizam tal forma de organização, como o princípio da separação das funções estatais e a destacada força normativa das disposições constitucionais.

Inicialmente, serão tratadas as principais características do Estado Democrático de Direito, para obter-se uma aproximação conceitual que reúna seus principais elementos definidores, destacando-se a submissão formal e material do poder aos mandamentos constitucionais, assim como a preocupação com a alteração da realidade por meio da aplicação dos direitos fundamentais e dos valores democráticos. Em um segundo momento, discorrer-se-á acerca do princípio da separação das funções do Estado, teoricamente edificado, no Estado Liberal, como método de freio ao poder para a garantia da liberdade, mas atualmente relido, no Estado Democrático de Direito, como instrumento destinado a viabilizar a interação entre os poderes para o cumprimento das normas constitucionais. Por fim, analisar-se-á a função atualmente pertencente às Constituições, sobretudo àquelas escritas e rígidas, nos ordenamentos jurídicos, destacando-se a supremacia das normas constitucionais e sua força normativa em face dos fatores reais de poder, como atributos necessários para que se permita a transformação de estruturas visada pelo Estado Democrático de Direito.

1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: APROXIMAÇÃO CONCEITUAL

O Estado Democrático de Direito constitui o modelo de organização da sociedade atualmente predominante na cultura ocidental, estabelecido após a consolidação de um ciclo iniciado com a aparição do Estado

moderno, que atravessou, inicialmente, o Estado de Direito nos perfis liberal e de bem estar, para atingir o hodierno estágio de submissão do poder à Constituição.

Para fins de breve síntese¹, o Estado moderno pode ser caracterizado como a estrutura monista ou concentrada de organização do poder surgida em substituição ao modelo descentralizado vigente no período medieval. Por meio do Estado moderno, instituiu-se um poder estatal superior, com contornos inicialmente absolutistas e ilimitados, para reger as relações sociais².

Esse modelo centralizado que marcou o Estado moderno, com o advento de marco histórico comumente apontado como a Revolução Francesa, foi aprimorado, em um segundo momento, para a fórmula do Estado de Direito. A nova moldura institucional simbolizou a passagem do Estado absoluto para um poder político pautado na limitação da autoridade, em respeito aos direitos individuais, despontando como a consagração ideológica de pensadores liberais como Locke³, Montesquieu⁴ e Rousseau⁵. O Estado de Direito teve a inovação de introduzir um poder regulado, exercido de forma dividida entre órgãos do Estado, por meio de leis, no lugar do governo de homens da época absolutista.

Segundo Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes⁶:

¹ Há vasta bibliografia sobre a aparição, as principais características e a evolução do Estado Moderno para estruturas mais avançadas de racionalização do poder, incluído o Estado de Direito em suas feições liberal e de bem estar. Trata-se, contudo, de assunto cuja exploração aprofundada foge ao objeto de investigação delimitado para este estudo, centrado na investigação e na descrição dos principais atributos do Estado Democrático de Direito.

² Nesse sentido: HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 163; e STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 44.

³ John Locke (1632-1704) foi um pensador inglês tido como fundador do liberalismo político. Na obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, defendeu a ideia de que os indivíduos, por meio de um contrato social, criaram o Estado para proteger seus direitos fundamentais que são a vida, a propriedade e a liberdade, inatos e anteriores à própria fundação do Estado (cfe. SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 56).

⁴ Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689-1755) foi um pensador francês considerado um dos principais teóricos do liberalismo político. Na obra “Do Espírito das Leis”, desenvolveu a teoria da separação dos poderes legislativo, judiciário e executivo, que será melhor tratada no item subsequente deste estudo. Algumas de suas teses encontram-se nas constituições de Estados atuais (cfe. CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. p. 42).

⁵ Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi um pensador suíço cuja principal obra chama-se “O Contrato Social”. Em tal obra, sustentou que a sociedade e o Estado nascem através de um acordo (contrato social) entre os homens em benefício de seus interesses comuns e que o poder soberano fundado por tal contrato pertence ao próprio povo. Suas ideias influenciaram a Revolução Francesa (1789) e ainda hoje repercutem sobre o constitucionalismo francês.

⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 44.

(...) enquanto instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão absolutista, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, abriu mão do poder econômico, delegando-o ao soberano. Na virada do Século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia. Como bem lembra Bonavides, a monarquia absolutista não foi jamais a burguesia politicamente no poder.

No início, o Estado de Direito apresentou feição liberal-burguesa destinada a garantir a liberdade e a propriedade privada⁷. Mas posteriormente, com a crise decorrente dos excessos do individualismo, sobretudo no período Pós Primeira Guerra Mundial, emprestou-se ao Estado de Direito uma agenda social⁸ destinada, para além de garantir os direitos de liberdade, também a prover o bem-estar e prestações igualitárias à população⁹.

Eric Hobsbawm¹⁰ ressalta as circunstâncias históricas do esgotamento do Estado Liberal e do surgimento do Estado Social, destacando:

Eram três as possibilidades abertas aos pobres que se encontravam à margem das sociedades burguesas e não mais efetivamente protegidos nas regiões inacessíveis da sociedade tradicional. Eles podiam lutar para se tornarem burgueses, poderiam permitir que fossem oprimidos ou então poderiam se rebelar.

Desse embate, com a necessidade de se remediar um quadro social de miséria e fome, seguiu a transição do Estado absenteísta ao Estado provedor. Mas também tal alteração não se mostrou suficiente para o alcance dos fins do Estado. As deficiências na concretização das promessas sociais e na implementação dos direitos reconhecidos no Estado de bem-estar

⁷ No Estado Liberal de Direito tinham ênfase os valores da liberdade e da propriedade privada, exigindo do poder público uma abstenção para garantir o livre exercício de tais prerrogativas pelos particulares. Em tal época foram reconhecidos os chamados Direitos Fundamentais de primeira geração ou dimensão, que serão estudados de forma apropriada no Capítulo 2 desta dissertação.

⁸ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.44-46; e ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 108.

⁹ No Estado de bem estar social atribuía-se destaque aos direitos de igualdade, impondo ao poder público uma postura prestacional para disponibilizar a fruição de tais direitos pelos cidadãos. Em tal época definiram-se os chamados Direitos Fundamentais de segunda geração ou dimensão, que, para fins de sistematização, serão melhor estudados no Capítulo 2 da presente dissertação

¹⁰ HOBBSAWN, Eric J.. **Era das Revoluções**: Europa 1789-1948.12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 20.

levaram a uma crise de legitimidade e à evolução para o Estado Democrático de Direito, cuja nota central reside no comprometimento com valores constitucionais.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹¹, ao tratar do Estado Democrático de Direito no Brasil, ilustra tal comprometimento ao afirmar:

[...] no preâmbulo da Constituição se disse que todos estão submetidos a um 'Estado Democrático de Direito', expressão que se apresenta como uma superação do antigo 'Estado de Direito' e determina, dentre outras situações, que todas as ações praticadas em nome do Estado tenham sua legitimidade calcada não mais unicamente na lei e no Poder Legislativo, mas sim em um grau de juridicidade superior, qual seja, a própria Constituição.

Apesar da gênese atrelada ao ciclo histórico-evolutivo acima sintetizado, o Estado Democrático de Direito traduz instituição cuja complexidade supera a simples justaposição dos ideais de liberdade e igualdade vigentes nos Estados de Direito liberal e de bem estar. Trata-se de organização comprometida não apenas com a limitação do poder ou com promessas de prestações sociais positivas, mas com a efetiva observância às regras e princípios insertos na respectiva Constituição. Tal modelo visa à irradiação dos valores democráticos por todos os elementos constitutivos do Estado, apresentando características próprias que a tornam singular como forma estruturação do poder e regulação social, entre as quais a pretensão de alterar a realidade social por meio do Direito.

Na lição de Pedro Manoel Abreu¹²:

A configuração do Estado Democrático de Direito (..) não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformador do *status quo*. Daí a importância do artigo 1º da Constituição Federal, quando proclama que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito.

Por tais características, toda organização estatal que tenha como objetivo estabelecer a conexão entre a noção de Estado de Direito e o componente democrático, qualificando-se como Estado Democrático de Direito, deve apresentar forte e substancial vinculação aos mandamentos constitucionais.

¹¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). Dados eletrônicos: Itajaí, UNIVALI, 2012, p. 71.

¹² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. p. 126.

O exercício do poder estatal, assim, deve ser funcionalizando não apenas por meio da edição de leis gerais e abstratas (Governo *per lege*) produzidas de acordo com as regras do jogo político ou o procedimento legislativo, mas também da garantia de conformação entre o conteúdo de referidas leis e os valores democráticos fundamentais lidos na respectiva Constituição (Governo *sub lege*)¹³.

Luigi Ferrajoli¹⁴ observa, a partir daí, um câmbio na:

[...] naturaleza misma de la democracia. En efecto, la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales – imponiendo obligaciones e prohibiciones a los poderes públicos – ha insertado en la democracia una dimensión sustancial, que se agrega a la tradicional dimensión política, meramente formal o procedimental. Si las normas formales de la constitución – aquellas que disciplinan la organización de los poderes públicos y que en la Constitución italiana están contenidas en la segunda parte – garantizan la dimensión formal de la democracia política que se refiere al quién y al cómo de las decisiones, sus normas sustanciales – aquellas que establecen los principios e derechos fundamentales y que, en la Constitución italiana, están contenidas en la primera parte – garantizan lo que bien podemos denominar la dimensión material de la democracia sustancial, que se refiere a qué no puede ser decidido o debe ser decidido por toda mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los otros principios axiológicos establecidos por ella¹⁵.

Gustavo Zagrebelsky¹⁶ anota que, nessa mesma realidade:

La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de Derecho que lleva hasta sus consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 856.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 32.

¹⁵ “(...) natureza mesma da democracia. Em verdade, a constitucionalização de obrigações e proibições de direitos fundamentais, impondo obrigações e restrições aos poderes públicos, inseriu na democracia uma dimensão substancial, que se soma à dimensão política, puramente formal ou processual. Se as regras formais da Constituição - aquelas disciplinam a organização dos poderes públicos e que na Constituição italiana estão contidas na segunda parte - asseguram a dimensão formal da democracia política no que se refere ao quem e ao como das decisões, suas regras substantivas – aquelas que estabelecem os princípios e direitos fundamentais e que, na Constituição italiana, estão contidas na primeira parte - garantem que podemos chamar de dimensão material da democracia substantiva, que se refere ao que não pode ser decidido, vinculando a legislação, sob pena de nulidade, ao respeito dos direitos fundamentais e outros princípios axiológicos por ela estabelecidos”.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Trotta, 2009, p. 34.

excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible el principio del gobierno de las leyes, em lugar del gobierno de los hombres, principio considerado como una de las bases ideológicas que fundamentam el Estado de Derecho. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se passa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico com los del derecho constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necessariamente a la concepción del derecho¹⁷.

Para que o Estado Democrático de Direito possa materializar a transformação¹⁸ a que se propõe, organizando e limitando o exercício do poder, promovendo os direitos fundamentais, reestruturando a sociedade e difundindo os valores democráticos previstos na Constituição, é necessário que seja dotado de mecanismos de controle contra os atos do poder público e de garantias para o exercício dos direitos e a plena implementação dos preceitos constitucionais. Esses mecanismos de controle e garantia denotam uma preocupação com a efetiva alteração da realidade fenomênica por meio da salvaguarda e da aplicação das normas constitucionais, não mais reduzidas a meras previsões ou exortações.

Para Alexandre Morais da Rosa¹⁹, no Estado Democrático de Direito:

Todos, absolutamente todos os atores jurídicos devem ter para com a Constituição Federal estreita ligação, concretizando-a na sua maior extensão possível, primordialmente no tocante aos Direitos Fundamentais. Existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais relativos aos Direitos Fundamentais, estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização.

¹⁷ “A lei, pela primeira vez na era moderna, está sujeita a uma relação de adequação e, portanto, subordinada a um estrato superior de direito estabelecido pela Constituição. Em si, esta inovação poderia se apresentar, e de fato tem sido apresentada, como uma simples continuação do Estado de Direito, que gera como consequência a completa submissão ao Direito de todas as funções ordinárias do Estado, incluindo a legislativa (excluindo, portanto, apenas a função constituinte). Com isso, pode-se dizer, realiza-se da forma mais completa possível o princípio do governo de leis, em lugar do governo de homens, princípio que pode ser considerado uma das bases ideológicas do Estado de Direito. No entanto, se das afirmações genéricas se passa a comparar as características do Estado de Direito com as do Estado Constitucional atual, adverte-se que, mais de uma continuação, trata-se de uma profunda transformação que afeta até mesmo, necessariamente, a concepção de Direito”.

¹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 92.

¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002, p. 44.

O elemento democrático também torna necessário que o poder se estruture como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, com respeito ao princípio da soberania popular²⁰ e, ainda, com observância aos direitos fundamentais (individuais ou sociais) das minorias contra as deliberações majoritárias. O respeito aos direitos fundamentais, inclusive das minorais, aliás, é apontado como elemento essencial no Estado Democrático de Direito, compondo uma “esfera do indecível” que nenhuma vontade majoritária pode erradicar, ou, no dizer de Luigi Ferrajoli²¹, direitos a respeito dos quais “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción”. Essa aceção é importante para que se distinga o Estado Democrático de Direito dos Estados que, embora subordinados a governos de leis, ressentem-se da natureza democrática, nos quais qualquer deliberação majoritária, mesmo que com conteúdos atentatórios aos direitos fundamentais, é acolhida desde que aprovada.

Luís Roberto Barroso²², sobre o assunto, registra que:

A ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º da Constituição, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of law, Rechtsstaat). Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, por vezes, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição.

Diante desses elementos, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes²³ listam como princípios dos Estados Democráticos de Direito:

- (A) Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- (B) Organização Democrática da Sociedade;
- (C) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes

²⁰ A respeito: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 97-98.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. p. 55. Tradução livre: nenhuma maioria, nem sequer por unanimidade, pode decidir sua abolição ou redução.

²² BARROSO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 110-111.

²³ MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado**. p. 90.

públicos, seja como Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa da liberdade, da justiça e da solidariedade;
 (D) Justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades;
 (E) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
 (F) Divisão de Poderes ou de Funções;
 (G) Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
 (H) Segurança e Certeza Jurídicas.

Com base em tais aportes teóricos, pode-se arriscar a conceituação do Estado Democrático de Direito como a forma de organização da sociedade política em que o exercício do poder, por quaisquer dos órgãos do Estado, deve manter estreita sintonia com a normatividade e a escala de valores previstos na Constituição, presentes instrumentos para a garantia prática dessa conformação e identificando-se o compromisso com a reestruturação social, o resguardo aos direitos da minoria contra deliberações majoritárias atentatórias e o resgate de promessas da modernidade como a igualdade, a justiça social, a efetivação dos direitos fundamentais²⁴, a inclusão e a participação democrática.

1.2 TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO: LIMITAÇÃO DO PODER E GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A tripartição dos poderes do Estado integra um dos princípios básicos do Estado Democrático de Direito, apontado como dogma²⁵ ou peça-chave da lógica de juridicização do poder²⁶. Já no início do constitucionalismo moderno, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada do ano de 1789, dispunha que toda sociedade em que não fossem garantidos direitos e prevista a separação de poderes carecia de Constituição²⁷.

²⁴ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8, n. 2. Maio/ago. 2003. p. 261.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Teoria Geral do Estado**, 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 217.

²⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111.

²⁷ CRUZ, Paulo Márcio da. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ª ed. Curitiba: Juruá: 2003, p. 121.

Adverte-se na doutrina que o emprego do vocábulo poder, no contexto da tripartição dos poderes do Estado, não se revela exato. O poder estatal seria uno e indivisível. O que se verifica seria a repartição das funções clássicas, sintetizadas nas funções Executiva, Legislativa e Judiciária, entre diferentes organismos do Estado. Assim, haveria unicidade do poder estatal, mas pluralidade de suas formas de manifestação por organismos distintos²⁸. De toda forma, a expressão tripartição dos poderes do Estado resta usualmente utilizada.

Embora a versão mais remota da teoria retroaja a Aristóteles, passando, entre outros, por John Locke²⁹, foi na obra de Montesquieu³⁰ que a fórmula tripartite ganhou envergadura e profusão. Nas versões anteriores, a tripartição aparecia como mera divisão do poder entre órgãos distintos. Em Montesquieu, porém, surge a ideia dos freios e contrapesos.

Na célebre obra *Do Espírito das Leis*, Montesquieu prevê³¹:

(...) A experiência mostra que todo homem que tem poder tende a abusar dele e o emprega até encontrar um limite. Quem poderia pensar que até a virtude tem limites? Para que ninguém possa abusar do poder, é necessário conseguir, através de uma adequada ordenação, que o poder freie o poder.

Pedro Manoel Abreu³², sobre a evolução da teoria, relata:

Remonta a Aristóteles, na Antiguidade Clássica, a identificação de três funções principais no Estado: uma função consultiva, que se pronunciava sobre a guerra, a paz e as leis; uma função judiciária, e um magistrado que se incumbia dos assuntos da administração. Tal divisão tripartite foi retomada nos séculos XVII e XVIII por Locke, Bolingbroke e Montesquieu. Historicamente, atribui-se a Montesquieu a doutrina da separação dos poderes, muito embora, como se demonstrará mais adiante, sua participação mais decisiva seja na formulação da teoria dos freios e contrapesos, no controle recíproco dos poderes.

A principal finalidade da divisão dos poderes ou funções consiste na concepção de um método de contenção do arbítrio estatal para a garantia de direitos fundamentais. Centrada na premissa de que todo aquele que

²⁸ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva: 1998, p. 211.

²⁹ Nesse sentido: AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1969, p. 177.

³⁰ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela Andrade Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1960.

³¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. p. 173.

concentra o poder tende a abusar³², a teoria propôs a fragmentação dos organismos que exercem a força estatal, cometendo, em síntese, (1) ao Poder Legislativo a edição de normas gerais aptas a inovar na ordem jurídica, com a criação, a extinção e a modificação de direitos, (2) ao Poder Executivo a atuação concreta destinada à efetivação dos mandamentos legais, mediante a materialização de atos administrativos, e (3) ao Poder Judiciário a resolução dos conflitos individuais ou coletivos para o restabelecimento da ordem jurídica. A especialização de funções específicas distribuídas a cada órgão também tem como objetivo gerar maiores presteza e eficiência nos respectivos exercícios³⁴.

Jurgen Habermas³⁵ assim sintetiza a divisão clássica:

A clássica divisão dos poderes é explicada através de uma diferenciação das funções do Estado: enquanto o legislativo fundamenta e vota programas gerais e a justiça soluciona conflitos de ação, apoiando-se nessa base legal, a administração é responsável pela implementação de leis que necessitam de execução.

Mas cada um desses poderes, ao lado das referidas funções típicas especializadas, desempenha, segundo a teoria, também funções atípicas aptas a garantir-lhes autonomia, independência e capacidade fiscalizatória. Assim ocorre, hoje, quando o Poder Judiciário se autoadministra (função executiva), o Poder Legislativo instaura Comissões Parlamentares de Inquérito (função judiciária) ou o Executivo edita medidas provisórias (função legislativa), dentre outros exemplos de exercício de funções de natureza atípica. Com essa dinâmica institui-se um sistema de freios e contrapesos pelo qual um poder ou função freia o exercício dos outros, obstaculizando o abuso estatal e salvaguardando direitos.

Para Chaim Perelman³⁶, a fórmula da separação dos poderes atua, no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário, respectivamente, como fruto da vontade e da razão, destacando o autor, em trecho sintético, que a:

(...) concepção fiel à doutrina da separação dos poderes identifica

³² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito, p. 82.

³³ A propósito: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 157.

³⁴ Cfe. PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240.

³⁵ HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 232.

³⁶ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 32.

o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor. A doutrina da separação dos poderes é ligada à uma psicologia das faculdades, em que vontade e razão constituem faculdades separadas. Com efeito, a separação dos poderes significa que há um poder, o poder legislativo, que por sua vontade fixa o direito que deve reger certa sociedade; o direito é a expressão da vontade do povo, tal como ela se manifesta nas decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora.

Segundo Luis Roberto Barroso³⁷:

O conteúdo nuclear e histórico do princípio da separação dos Poderes pode ser descrito nos seguintes termos: as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto.

Joel de Menezes Niebuhr³⁸, similarmente, registra:

O cumprimento dos direitos fundamentais pressupõe que os poderes políticos sejam todos limitados, devendo haver mecanismos concretos de controle. Em outras palavras, o respeito aos direitos fundamentais e a legitimidade de todo o processo jurídico-político dependem da existência de limites ao exercício dos poderes, o que se faz através da distribuição de funções a órgãos distintos, para que cada um controle o outro, percebendo-se, às escâncaras, o núcleo da teoria da divisão de poderes (...)

Importa reforçar o argumento de que divisão dos poderes e direitos fundamentais são instituições interligadas. Para que os direitos fundamentais recebam eficácia, é preciso que o exercício do poder seja limitado e controlado, o que só pode ser feito com a repartição das esferas de poder, em que um controla o outro.

Na origem, o esquema da separação dos poderes destinou-se a preservar os cidadãos contra investidas abusivas do poder estatal, resguardando os direitos de liberdade priorizados na teorização do Estado liberal³⁹. Posteriormente, porém, com o advento do Estado social⁴⁰, sua evolução para o Estado Democrático de Direito e a crescente complexidade das relações

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 196.

³⁸ NIEBHUR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 30-31.

³⁹ Sobre o Estado liberal, conferir o item acima 1.1 do presente estudo.

⁴⁰ Sobre o Estado social ou de bem estar, conferir o item 1.1 do presente estudo.

no mundo contemporâneo, a teoria viu-se na contingência de ser adaptada⁴¹ para maiores níveis de sofisticação, apresentando inúmeras variáveis em sua aplicação prática. A partir do momento em que o Estado incorporou o dever constitucional de disponibilizar prestações sociais positivas e garantir-lhes a fruição, tornou-se necessário superar a fórmula inicial limitada a garantir espaços de liberdade, incrementando-se a teoria para que passasse a lidar também com comportamentos positivos do Poder Público⁴² e pudesse fazer frente aos novos desafios, conforme a realidade e as disposições constitucionais de cada Nação.

Nesse ponto, Paulo Márcio Cruz⁴³ destaca que:

A fórmula da separação dos poderes tem sido, desde o século XVIII, elemento definidor do constitucionalismo. Não obstante, e em que pese sua relativa simplicidade no momento de sua definição, sua aplicação prática tem dado lugar a manifestações muito complexas, atualmente com muitos matizes e variações.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari⁴⁴ disserta que:

Críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. Como se tem observado, a separação dos poderes foi concebida num momento histórico que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos de separação dos poderes.

Também na doutrina estrangeira, Luigi Ferrajoli observa⁴⁵:

(...) la clásica división de poderes del siglo XVIII que se remonta a Montesquieu es hoy inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las democracias contemporáneas. (...) Es inadecuada también en el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy día asignadas a la esfera pública no está enteramente clasificada

⁴¹ A propósito: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito, p. 90.

⁴² Nesse sentido: PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade, p. 245.

⁴³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 121-122.

⁴⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 219.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. p. 105-106.

dentro de la tripartición montesquiana⁴⁶.

Daí se vê que o postulado da tripartição não representa uma máxima atemporal, imutável ou um fim em si mesmo, variando sua atualidade e praticidade conforme variam os condicionamentos históricos⁴⁷ e os direitos fundamentais previstos nas normas constitucionais. Identifica-se na doutrina, por isso, a tendência de um arranjo institucional mais flexível entre os poderes, que permita fortalecê-los dentro de seu campo especializado de atuação, mas autorizando que, dentro desse campo, cada um dos poderes se utilize da cooperação dos outros⁴⁸ para o cumprimento das disposições constitucionais e a reestruturação social a que objetiva, como visto, o Estado Democrático de Direito.

Assim, as interrelações entre os poderes, nos dias de hoje, não devem ser provisionadas, estritamente, a partir das funções estáticas que compete a cada poder desempenhar, de maneira a considerar-se intrusiva toda interferência de um poder em função, em princípio, típica de outro. A simbiose entre os poderes deve ter como eixo de referência o cumprimento eficiente das normas constitucionais, incluídas as de direitos fundamentais, de modo a admitir-se que, caso um poder desatenda injustificadamente as normas que lhe impõem determinada conduta ou abstenção, ocorra a intervenção colaborativa⁴⁹ de outro poder para assegurar, em diálogo institucional, a primazia dos direitos dos cidadãos e a ordem constitucional, cumprindo-se a finalidade atualizada da teoria.

Para José Luis Bolzan de Moraes e Walber de Moura Agra⁵⁰:

O enquadramento das funções estatais dentro do esquema da rígida tripartição dos poderes não mais corresponde às necessidades de uma sociedade pós-moderna. Para atender as cambiantes demandas da coletividade há necessidade de uma

⁴⁶ “(...) A clássica divisão clássica dos poderes do século XVIII, que remonta a Montesquieu, é agora insuficiente para dar conta da complexidade da esfera pública nas democracias contemporâneas. (...) Também é inadequada no plano axiológico, dado que a enorme quantidade de tarefas atualmente confiadas à esfera pública não é totalmente classificada dentro tripartição montesquiana”.

⁴⁷ A respeito: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 112-113

⁴⁸ Sobre o assunto: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1977, p. 292.

⁴⁹ ABREU, Pedro Manoel. . **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. p. 93.

⁵⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; AGRA, Walber de Moura. A crise e a recuperação da jurisdição constitucional. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. LEAL, Rogério Gesta (org.). REIS, Jorge Renato dos (org.) v. 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 1.064.

reestruturação da concepção de separação dos poderes, delineando-a de um modo mais eficaz para preservar os direitos fundamentais, assegurando a substanciação dos mandamentos contidos na Constituição.

A reestruturação do princípio da separação dos poderes agrava-se com a adoção de um Estado Democrático de Direito efetivo, em que os Poderes Executivo e Legislativo devem cumprir o conteúdo da Carta Magna. (...) A nova perspectiva do princípio da separação dos poderes é não mais conceber a atuação dos poderes de forma estanque e individualizada, mas em um sentido mais flexível, de cooperação para a realização dos direitos fundamentais, predominando uma unidade para a obtenção deste objetivo.

Rodolfo Viana Pereira⁵¹ também propõe uma:

(...) reformulação conceitual do princípio da separação dos poderes, redesenhando-se as técnicas de *checks and balances* a partir de uma maior ênfase nos últimos, nos instrumentos de interação entre os poderes e não nos de bloqueio recíproco, a fim de aumentar o próprio nível de eficiência prestacional. Em todos esses casos, as técnicas de controle se apresentam como meios de promoção do poder, abandonando a visão clássica de poder como inimigo que, ao desmerecer a capacidade humana de bem gerenciá-lo, abdica de suas funcionalidades agregadoras. Vejamos novamente mais de perto o caso da separação dos poderes que, ultrapassadas as premissas do constitucionalismo clássico, acabou por se reconfigurar em face das novas exigências em torno de prestações positivas, demonstrando, de maneira exemplar, a multifuncionalidade ínsita às técnicas de controle.

Mesmo assim, é importante que se preserve um núcleo essencial da função que não é sujeito a exercício senão pelo órgão competente⁵², sob pena de se comprometer o sistema constitucional de legitimação e controle⁵³.

Integrando a tradição constitucional pátria, a separação dos poderes foi consagrada na atual Constituição como princípio fundamental da República⁵⁴ (art. 2º da CF), possuindo *status* destacado no Estado brasileiro. E tais aportes doutrinários são importantes para uma leitura atualizada do princípio.

⁵¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade, p. 246.

⁵² Cfe. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. p. 116.

⁵³ Cfe. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 252.

⁵⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2014.

1.3. CONSTITUIÇÃO: SUPREMACIA E FORÇA NORMATIVA.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁵, compreende-se a Constituição moderna enquanto “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Nos Estados Democráticos de Direito caracterizados pela presença de leis fundamentais escritas e rígidas⁵⁶, assim, a Constituição pode ser materialmente definida como o conjunto de normas superiores da organização do Estado, pertinentes à sistematização do poder, à distribuição de competências, à forma de governo e aos direitos individuais e coletivos⁵⁷. E, ao lado de tais normas materialmente constitucionais, coexistem nas Constituições também normas constitucionais em sentido apenas formal, sublevadas a tal condição pela circunstância única de situarem-se no corpo normativo da Constituição, possuindo todos os atributos de ascedência típicos das normas constitucionais, sem versarem, ainda assim, sobre matérias de cunho essencialmente constitucional⁵⁸.

Segundo Sahid Maluf⁵⁹:

O termo Constituição deriva do prefixo *cum* e do verbo *stituire*, *stituto* – compor, organizar, constituir. No seu sentido comum indica o conjunto dos caracteres morfológicos, físicos ou psicológicos de cada indivíduo ou a formação material de cada coisa. Na ciência do Estado essa palavra tem dupla acepção: *lato sensu*, é o conjunto dos elementos estruturais do Estado, sua composição geográfica, política, social econômica, jurídica e administrativa; e, *strictu sensu*, é a lei fundamental do Estado, ou seja, segundo a definição de Pedro Calmon, o corpo de leis que rege o Estado, limitando o poder do governo e determinando a sua realização.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. p. 52-53.

⁵⁶ Existem, na teoria constitucional, classificações das Constituições no que se refere, especificamente, à forma das normas constitucionais e aos métodos para a alteração ou reforma de tais normas. Destacam-se, em tal quadro, as Constituições escritas, em contraposição às Constituições costumeiras ou consuetudinárias, e as Constituições rígidas, em oposição às flexíveis. A alteração das Constituições rígidas pressupõe um procedimento legislativo específico e mais solene em relação à edição da legislação ordinária. Com frequência, mas não necessariamente, há uma identificação entre as Constituições escritas e rígidas (Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63). O estudo das Constituições não escritas e das Constituições flexíveis, assim como das relações e combinações entre as classificações, não cabe no âmbito de investigação da presente dissertação

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 63.

⁵⁸ Cfe. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63.

⁵⁹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. p. 195.

Várias são as definições de Constituição apresentadas pelos clássicos, lendo-se em Darcy Azambuja⁶⁰ que a Constituição pode ser tida como:

(...) a lei fundamental do Estado, anterior e superior a todas as outras (Orban); fixa as relações recíprocas entre governantes e governados (Lestrade); é o corpo de regras e máximas de acordo com as quais o poder e a soberania são habitualmente exercidos (Cooley); é um instrumento escrito que disciplina os poderes e suas limitações, separa as funções e define a autoridade de cada ramo do governo (Watson).

Jorge Miranda⁶¹ indica a distinção, no campo das normas constitucionais, entre as materialmente e as apenas formalmente constitucionais:

Há duas perspectivas por que pode ser considerada a Constituição: uma perspectiva material – em que se atende ao seu objecto, ao seu conteúdo ou à sua função; e uma perspectiva formal – em que se atende à posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.

(...)

De uma perspectiva material, a Constituição consiste no estatuto jurídico do Estado ou, doutro prisma, no estatuto jurídico do político, estrutura o Estado e o Direito do Estado.

(...)

A uma perspectiva formal vem a ser a de disposição das normas constitucionais ou de seu sistema diante das demais normas do ordenamento jurídico em geral. Através dela, chega-se à Constituição em sentido formal como complexo de normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas.

A Constituição, a partir da própria definição, exerce múltiplas funções no Estado Democrático de Direito. Desde o ponto de vista político, a Constituição institui ou recria o Estado, disciplinando os órgãos de poder e as relações de tais órgãos entre si e com a sociedade. Em sentido material, ou seja, no que se refere ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, prescreve os direitos fundamentais, define valores a serem preservados e estabelece fins a serem atingidos. Por fim, no aspecto formal,

⁶⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. p. 169/170.

⁶¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. p. 321-322

figura como norma superior e fundamento de validade de todo o sistema, regulando o modo de produção das demais normas e limitando o seu conteúdo⁶².

Em precisa conceituação, Luís Roberto Barroso⁶³ assinala:

A Constituição, portanto, cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá a forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel, decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito.

Em razão desse papel de centralidade desempenhado pela Constituição, as normas constitucionais possuem como característica o atributo da supremacia⁶⁴ em relação às demais normas e atos do poder público, atuando como fundamento de validade de todo o sistema jurídico e direcionando a atuação dos poderes constituídos no sentido de concretizar os valores constitucionais. A supremacia da Constituição advém tanto de sua posição de ascendência vertical sobre as demais normas, quanto da necessidade de efetiva observância e aplicação prática, por todos os poderes do Estado, do conteúdo material da Constituição⁶⁵. Daí se projetam duas perspectivas. Por efeito da ascendência, o conflito hierárquico entre os atos estatais e as disposições constitucionais abre margem ao exercício do controle de constitucionalidade⁶⁶ concentrado e difuso⁶⁷.

⁶² Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 97.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 97.

⁶⁴ É possível afirmar que, por força do postulado da supremacia, as normas constitucionais têm aptidão, dentre outras funções que serão melhor exploradas no corpo da dissertação, para provocar uma ruptura com a ordem jurídica anterior incompatível (natureza abrogatória), admitindo a permanência em vigor apenas das leis materialmente compatíveis (natureza receptiva), bem como para vincular as atividades de criação legiferante (natureza normogênica) e atos administrativos, e, ainda, para nortear a interpretação e a aplicação do Direito (natureza bussolar).

⁶⁵ A propósito: CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 26.

⁶⁶ Nesse sentido: CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 83.

⁶⁷ O sistema do controle de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, classifica-se como misto, coexistindo os métodos de fiscalização concentrada e difusa. O controle concentrado é exercido em ações próprias, com legitimações ativas restritas, diretamente pelo Supremo Tribunal Federal em face da Constituição da República ou pelos Tribunais Estaduais em face das Constituições Estaduais, tendo como objetivo afirmar a (in)validade da norma-objeto em face da disposição constitucional que sirva como norma-parâmetro, para efeito de mantê-la ou expurgá-la do ordenamento jurídico, em sede abstrata e com efeitos *erga omnes*. A declaração de (in)constitucionalidade da norma integra o próprio pedido da ação. O controle difuso, por sua vez, pode ser exercido incidentalmente por qualquer magistrado, ou pelo Plenário dos demais

E, por força da necessidade de concretização dos valores fundamentais, as normas de envergadura constitucional revestem-se de singular força normativa⁶⁸, podendo ser aplicadas, se preciso, no desempenho da jurisdição constitucional⁶⁹.

Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto⁷⁰ destaca que:

A Constituição agora está no centro de uma estrutura de poder de onde irradia sua força normativa. É dotada de supremacia formal e material, determina a vigência e a validade das normas abaixo dela e fixa-lhes o modo de interpretação e compreensão. É, ainda, rígida, o que faz suprimir da vontade da maioria o poder de decisão quanto ao seu conteúdo, se não o todo, quando menos a parte referente aos direitos fundamentais e à estrutura básica do Estado.

Dalmo de Abreu Dallari⁷¹ também enfatiza a:

(...) necessidade de se preservar a supremacia da Constituição, como padrão jurídico fundamental e que não pode ser contrariado por qualquer norma integrante do mesmo sistema jurídico. As normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores. Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos dentro do sistema.

A aptidão da Constituição para, em maior ou menor escala, conformar a realidade política, econômica e social subjacente, vinculando-as aos comandos normativos, foi objeto de intensos debates ao longo da história. Dentre as concepções mais conhecidas, destacam-se as perspectivas sociológica e

Tribunais, no âmbito de ações individuais ou coletivas em que a crise de (in)constitucionalidade seja invocada como causa de pedir, possuindo efeitos restritos ao caso concreto. O estudo das técnicas de controle e seus efeitos, tema rico na doutrina, não é objeto do presente trabalho. Para informações, consultar a obra: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 267-301.

⁶⁸ Sobre o assunto: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 107.

⁶⁹ A delimitação do objeto da chamada *jurisdição constitucional* constitui questão controversa. Parte da doutrina considera como abrangido por tal expressão apenas o controle concentrado de constitucionalidade, enquanto outra parte a estende, também, ao controle difuso. Há, ainda, uma terceira corrente, mais ampla, que reputa a jurisdição constitucional como compreensiva não só das atividades de controle (concentrado e difuso) de constitucionalidade, mas também da proteção dos direitos fundamentais em ações individuais ou coletivas propostas em concreto (cf. DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45). É nesse último sentido que a expressão foi utilizada acima.

⁷⁰ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). p. 72.

positivista da Constituição. Tais perspectivas, embora antagônicas, partiram da distinção existente entre Constituição escrita e realidade subjacente para conduzir a uma espécie de síntese refletida na noção de força normativa da Constituição⁷², conceito tido como atualmente prevalecente na doutrina nacional acerca do tema.

Sobre as constituições real e escrita, diz Paulo Bonavides⁷³:

A teoria constitucional já demonstrou sobejamente a existência de duas Constituições: a Constituição formal, dos textos e das folhas de papel, e a Constituição real, assentada sobre o conjunto das forças econômicas, políticas, sociais e financeiras que estruturam uma nação.

Segundo o sociologismo constitucional⁷⁴, a constituição escrita corporifica uma mera folha de papel. Paralelamente ao documento escrito, existe toda uma Constituição real, expressão dos fatores de poder e do conjunto de forças políticas, sociais e econômicas que animam a sociedade. A Constituição escrita não prevalece em face da Constituição real, na hipótese de choque, nem a influencia ou altera, limitando-se a conferir legitimidade formal à estrutura vigente. A capacidade governativa está limitada à compatibilidade com a Constituição real.

Para a perspectiva jurídica ou positivista⁷⁵, por outro lado, a Constituição escrita ocupa-se de uma tarefa estritamente normativa, situando-se no topo de um sistema escalonado de normas jurídicas, ao qual serve como fundamento formal de validade. As normas constitucionais e a ciência jurídica como um todo atuam exclusivamente no plano do dever-ser, divorciadas do mundo do ser, desvinculando-se dos fatores reais de poder e deslocando a materialidade subjacente e o plano dos fatos para outras áreas do conhecimento.

Tal distinção é bem trabalhada por Paulo Bonavides⁷⁶:

A crítica lassaliana fixou em definitivo a importância da Constituição real, reconhecida por decisiva. Na hipótese de conflito, ou tensão extrema, a Constituição escrita sucumbiria sempre, imolada à força soberana do fato, ou seja, da realidade

⁷¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 203.

⁷² A propósito: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 100.

⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. p. 207.

⁷⁴ Tal corrente doutrinária tem como principal defensor e expoente Ferdinand Lassale, na obra **A essência da constituição**. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

⁷⁵ A concepção pura, estritamente normativa ou positivista da Constituição foi idealizada por Hans Kelsen, podendo ser encontrada na obra **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. 377 p. Título original: *Reine rechtslehre*

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 78-79.

política e social, muito mais poderosa que a força dos textos abstratos.

(...)

É óbvio, contudo, que a sensatez crítica dos constitucionalistas pós-liberais não iria a ponto de admitir que a Constituição real é tudo e a Constituição jurídica, nada. Se assim concluíssem, concluiriam eles também, inevitavelmente, pelo desaparecimento ou inutilidade do Direito Constitucional como ciência normativa ou do dever ser. Reduzido ficaria então esse Direito Constitucional a uma sombra teórica, mera ficção, ciência do normativo sem eficácia normativa. A normatividade pertenceria toda aos fatos, aos poderes sociais atuantes, às forças reais.

A percepção da Constituição como instrumento dotado de força normativa⁷⁷, por fim, propõe uma interação entre o fenômeno jurídico e a realidade material. Afinal, “assim como não se podem considerar completamente separados o dinâmico e o estático, tampouco podem sê-lo a normalidade e a normatividade, o ser e o dever ser no conceito da Constituição⁷⁸”. A Constituição escrita, em tal ótica, não pode ser dissociada do contexto histórico no qual editada, não se definindo como uma abstração puramente normativa. Mas, preservando sua hierarquia dentro do sistema escalonado, também não se resume a meramente reproduzir ou legitimar a realidade fática, possuindo uma força própria, autônoma, para dirigir e conformar a vida social e política da nação. A Constituição escrita, assim, não há de ser reputada sempre a parte mais fraca quando contraposta às relações dominantes de poder, tornando-se necessária a formação de uma vontade constitucional para a conservação da força normativa.

O pensamento de Konrad Hesse⁷⁹ é enfático nesse sentido:

Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à

⁷⁷ Tal pensamento tem como expoente Konrad Hesse, podendo ser encontrado na obra **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

⁷⁸ HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. p. 296.

⁷⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. p. 24.

realidade. Ela logra despertar a ‘força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

A ideia de força normativa da Constituição para, como norma superior e fundamental, dirigir e conformar a realidade política, econômica, social e financeira, também constitui um elemento do Estado Democrático de Direito, cuja característica marcante é a cumplicidade para com valores constitucionais⁸⁰. Essa nota se acentua ainda mais diante da adoção, no Brasil, da concepção de Constituição dirigente, destinada a preordenar a atuação governamental rumo a determinados fins ou programas, não havendo limitação às funções de garantia de liberdades ou de quadro ou moldura, com meros lindes à atuação pública.

⁸⁰ Acerca do tema, conferir o item 1.1 do presente estudo.

CAPÍTULO 2

ESTUDO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Este capítulo dedica-se ao estudo dos direitos fundamentais, trabalhando aspectos para defini-los, sistematizá-los e identificá-los na Constituição, com menção, ainda, à eficácia jurídica das normas que os preveem.

Assim, em um primeiro momento serão buscados elementos que permitam uma conceituação da categoria direitos fundamentais, passando-se à classificação e à análise das dimensões em que se dividem tais direitos, com a descrição de suas principais características. A seguir, o estudo abordará a temática da eficácia dos direitos fundamentais, incursionando brevemente em teorias sobre a classificação das normas constitucionais, para, a partir daí, concluir que os direitos fundamentais devem efetivar-se, tanto quanto for possível, no patamar ou grau máximo dentro das possibilidades fático-jurídicas existentes.

Em um segundo momento, será registrada a íntima vinculação existente, no Estado Democrático de Direito, entre a definição e a implantação de tais políticas, por um lado, e a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição e nas leis⁸¹. Ato contínuo, serão apresentadas noções sobre o conceito de políticas públicas, tratando-se tais políticas como um conjunto de estratégias do Estado com o objetivo de atingir determinada finalidade, implicando eleição de prioridades, planejamento, instituição, execução e avaliação. Na seqüência, estudar-se-á especificamente a tarefa de fixação de políticas, pelo Poder Legislativo, por meio da Constituição e da legislação infraconstitucional, acentuando-se a forma dinâmica, técnica, cambiante e relativamente discricionária por meio da qual é desempenhada. E passar-se-á à análise da fase de implementação das políticas públicas pelo Poder Executivo, explorando-se questões relativas ao aspecto financeiro-orçamentário.

81 É importante, no ponto, destacar que existe distinção entre direitos fundamentais e políticas públicas, ainda que certos direitos sejam implementados por meio das referidas políticas. Assim, é possível que o Poder Judiciário, por vezes, outorgue o direito sem que isso signifique interferir, em uma perspectiva mais abrangente, na formulação mesma da política. Tal distinção deve estar presente no estudo do assunto, a fim de que sejam evitadas confusões conceituais.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ELEMENTOS CONCEITUAIS

Os direitos fundamentais, em uma concepção material, podem ser definidos como aqueles direitos inerentes à pessoa humana, singular e coletivamente considerada, que, extraídos do plano abstrato dos direitos humanos (perspectiva jusnaturalista), são internalizados nas disposições constitucionais de determinado ordenamento (perspectiva juspositivista ou espaço-temporal), adquirindo, com isso, normatividade destinada à promoção dos ideais da liberdade, igualdade e solidariedade nas relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade, extensivas às relações entre as pessoas entre si⁸².

Por outro lado, em uma acepção formal, constituem direitos fundamentais aqueles direitos e posições jurídicas que, por opção constituinte, foram previstos como tais na Constituição de dado país, com a ascendência típica de tais normas.

Daí a observação de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem⁸³:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas que, do ponto de vista do direito constitucional positivo pátrio, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam-lhe ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Luis Castilho Córdova⁸⁴ também traz rica definição:

Los derechos fundamentales, por tanto, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él ámbito de

82 As normas definidoras de direitos fundamentais incidem nas relações entre o Poder Público e particulares (eficácia vertical) e nas relações dos particulares entre si (eficácia horizontal). Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

83 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 77.

84 CORDOVA, Luis Castilho. **Derechos fundamentales e procesos constitucionales**. Lima: Grijley, 2008, p. 6.

lo jurídico, de modo que sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es. Este reconocimiento y tratamiento es lo que es debido al hombre por ser hombre, es decir, es lo justo; y en la medida en que es lo justo, se hace igualmente debido y exigible⁸⁵.

José Joaquim Gomes Canotilho⁸⁶ também os conceitua:

Os direitos fundamentais serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Como iremos ver, o local exacto dessa positivação é a constituição. A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva de direitos considerados 'naturais e inalienáveis' do indivíduo. (...) Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Daí segue que, uma vez introjetados, sob a forma de normas-regras e de normas-princípios⁸⁷, no âmbito do Estado Constitucional, os direitos fundamentais passam a ostentar os atributos da imperatividade e da exigibilidade típicos das normas jurídicas preceptivas⁸⁸. E, por encorparem valores básicos da humanidade (carga axiológica), investem-se em um papel de

⁸⁵ “Os direitos fundamentais, portanto, são manifestações de valores e princípios jurídicos que são exigidos necessariamente pela natureza humana: dignidade humana, liberdade e igualdade. São valores ou princípios que não têm sua existência limitada ao campo moral ou axiológico, mas transcendem a esfera jurídica, de modo que a só existência do homem torna exigível seu reconhecimento e consequente tratamento como ser digno, livre e igual. Estes reconhecimento e tratamento são devidos ao homem porque é homem, ou seja, são justos; e na medida em que são justos, também são devidos e exigíveis”.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 377.

⁸⁷ Princípios e regras são, ambos, espécies do gênero normas jurídicas. A distinção central entre normas-regras e normas-princípios reside, sobretudo, no grau de abstração e generalidade, com reflexos nos mecanismos de aplicação. Enquanto as normas-regra são circunscritas, quase sempre, em pressupostos de fato que desencadeiam consequências jurídicas predeterminadas, os princípios, compreendidos como mandamentos nucleares do sistema jurídico, possuem conteúdo aberto e notabilizam-se por maior dose de flexibilidade. A lógica de aplicação das regras, em razão dessa rigidez estrutural, parte da premissa do “tudo ou nada”: ou a regra se aplica a determinado caso ou não se aplica, porque consagra direitos definitivos e excludentes, não ostentando mecânica de funcionamento maleável. A incidência dos princípios, em contrapartida, admite ponderação. Dada a estrutura aberta, os princípios definem direitos *prima facie*, prescrevendo, como mandamentos de otimização, que esses direitos sejam realizados na maior extensão possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Em caso de colisão entre princípios, portanto, admite-se ponderação, realizando-se um juízo de precedência condicionada para definir-se qual deles, nas peculiaridades do caso concreto (e não como regra geral), deve prevalecer em avaliação proporcional e razoável, sem que isso importe em esvaziamento do conteúdo essencial do princípio preterido. Sobre o assunto, conferir: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

⁸⁸ Sobre a imperatividade e a exigibilidade como atributos das normas jurídicas, vide: FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 30.

acentuado relevo no ordenamento jurídico, apresentando-se como “elemento central do Estado Democrático de Direito, não sendo exagero afirmar que a proteção a esses direitos constitui-se no principal objetivo de sua existência”⁸⁹.

Os direitos fundamentais exercem, dentre outras, funções relacionadas à limitação do poder e à garantia de participação democrática e de proteção da pessoa humana, assegurando, de um lado, uma esfera de individualidade e, de outro, prestações sociais básicas e um mínimo existencial. Também figuram como critério de aferição da legitimidade constitucional dos atos e omissões estatais, mesmo de natureza política. Aparecem, ainda, como diretriz conformadora da atuação pública nos sistemas executivo, legislativo e judiciário.

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet⁹⁰:

Os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa de poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos. É precisamente nesse contexto que assume relevo a lição de Ferrajoli, no sentido de que todos os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito.

Ainda a respeito, Paulo Gustavo Gonet Branco⁹¹ escreve:

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetro de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos Direitos Fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

Dada a magnitude das funções exercidas pelos direitos

⁸⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). p. 20.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 59.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 279.

fundamentais nos Estados Constitucionais, consolidada por concepções filosóficas, históricas e jurídicas, referidos direitos atualmente integram, junto com os princípios estruturais e organizacionais do Estado, o aspecto central das disposições previstas em uma Constituição, representando, em linhas gerais, regras e princípios de *status* materialmente⁹² (e não formalmente) constitucional⁹³.

Na atual dogmática dos direitos fundamentais, ademais, reconhece-se dupla perspectiva, objetiva e subjetiva, em normas que os definem.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa, dentre outras implicações, que as normas que os preveem transcendem a esfera subjetiva do indivíduo ou do grupo aquinhado com o direito para influir decisivamente, com eficácia dirigente, na atuação dos órgãos estatais, a quem passa a competir o dever fundamental⁹⁴ de permanentes concretização e realização (contraface do direito). A partir da perspectiva objetiva, também foi criada a teoria dos deveres fundamentais, que não dispõem de um tratamento constitucional equivalente ao dispensado aos direitos. Os deveres fundamentais traduzem o reverso dos direitos, no sentido de que a esses direitos corresponde o dever de implementação por parte do poder público (notadamente) e, também, dos particulares e da sociedade organizada. Quanto a estes (particulares), a noção de deveres fundamentais também passa a exigir uma postura ativa de empenho solidário na transformação das estruturas sociais e prática da cidadania.

Sobre tal perspectiva, Luis Cartilho Córdova⁹⁵ registra:

Una consecuencia que se desprende necesariamente de la concepción de la persona humana – y por tanto, de su dignidad –, como fundamento y fin de toda realidad estatal y jurídica, es la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales. A partir de esta concepción, los derechos fundamentales no pueden ser entendidos como un conjunto de facultades de acción atribuidas al titular del derecho, sino que precisamente por su especial significación jurídico-política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de mencionados derechos. Los derechos no son más solo zonas de autonomía que

⁹² Sobre a distinção entre normas materialmente constitucionais e normas formalmente constitucionais, conferir o item 1.3, no Capítulo 1 desta Dissertação.

⁹³ Cfe. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 379.

⁹⁴ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 226.

⁹⁵ Luis Castilho. **Derechos fundamentales e procesos constitucionales**. p. 15.

exigen la no intervención estatal. Son, además, mandatos positivos de actuación del poder público para asegurar la plena vigencia de los derechos⁹⁶.

A perspectiva subjetiva, a seu turno, implica que as normas de direitos fundamentais, quando investidas em suficiente densidade normativa e injustificadamente descumpridas, atribuem a indivíduos ou grupos o direito subjetivo de exigir judicialmente⁹⁷, por parte do ente estatal, o cumprimento dos interesses juridicamente tutelados⁹⁸, observada a intensidade variável na implantação de cada direito dentro das condições fáticas e jurídicas existentes.

2.2. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Circunstâncias históricas foram determinantes para que o processo de nascimento e reconhecimento dos direitos fundamentais se perfizesse em ciclos evolutivos, concebendo-se o surgimento de certos direitos, com características e objetivos comuns, em razão das necessidades de determinado período, e passando-se à consagração de novos direitos, coexistentes com os anteriores, conforme a variação das contingências sociais.

O vínculo entre o trajeto da humanidade ao longo da história

⁹⁶ “A consequência resultante necessariamente da concepção da pessoa humana - e, portanto, de sua dignidade - como fundamento e fim de toda a realidade estatal e jurídica, é a chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A partir desta concepção, os direitos fundamentais não podem ser entendidos como um conjunto de faculdades de ação atribuídas ao titular do direito, mas também, precisamente por seu significado jurídico-político especial, também devem ser entendidos como geradores de deveres especiais ao poder político, para a consolidação de uma plena realização desses direitos. Os direitos não são mais zonas de autonomia que exigem a falta de intervenção do Estado. São, também, comandos positivos de atuação do poder público para assegurar a plena vigência dos direitos”.

⁹⁷ A problemática específica da justiciabilidade dos direitos fundamentais, por motivos de sistematização, será tratada no Capítulo 3 desta obra, tratando-se aqui de menção introdutória. Por sua vez, a temática relacionada à eficácia dos Direitos Fundamentais consta do item abaixo,

⁹⁸ Convém registrar, no ponto, que os direitos fundamentais de quaisquer dimensões, mesmo os de natureza social, possuem como titulares, mesmo remotamente, as pessoas humanas, em nome de cujas reivindicações surgiram, e possuem como destinatários o poder público e a sociedade, afigurando-se equívoca a tese de que alguns direitos, por serem coletivos, não são de titularidade dos cidadãos ou não lhes gera, só por isso, direito subjetivo invocável. A visão tradicional de direito subjetivo, aliás, cunhada no direito privado e apreendida como o direito de exigir uma prestação, deve ser ampliada para o campo do direito público, outorgando-lhe, com as adaptações necessárias, igual nível de funcionalidade em ambas as províncias do Direito, principalmente porque, na atual quadra, vem decrescendo o abismo entre os direito público e privado. A propósito: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. p. 42.

e o surgimento de novos direitos advindos de conquistas e retrocessos é captado por Norberto Bobbio⁹⁹, para quem os direitos não nascem de uma só vez, mas:

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: as ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

No mesmo sentido, Marcos Leite Garcia¹⁰⁰ registra que:

Os direitos fundamentais são um fenômeno da modernidade, pois as condições para o seu florescimento se dão no chamado trânsito à modernidade, conforme as teses das linhas de evolução desenvolvidas pelo professor Peces-Barba. Assim depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação. Os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e suas necessidades de proteção.

A expressão dimensões de direitos fundamentais, dentro de tal ótica, designa a ordem como surgiram e foram reconhecidos, no contexto de determinados períodos históricos, certos direitos com características e traços marcantes comuns, posteriormente aprimorados, para a tutela da pessoa humana, por direitos criados complementarmente¹⁰¹. Dado o caráter complementar entre os direitos fundamentais, aliás, tem prevalecido o uso do vocábulo *dimensões* de direitos fundamentais, prioritariamente em relação ao designativo *gerações* de direitos fundamentais, porque o terminologia *gerações*, conforme a doutrina, transmite a impressão de que a série de direitos concebidos no período subsequente sucede e ultrapassa os direitos anteriormente

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10a ed. Rio de Janeiro, Campus, 1992. p. 05.

¹⁰⁰ GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais: características básicas. *In: Âmbito Jurídico*: Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=6654.

Acesso em 20 de maio de 2014.

¹⁰¹ Nesse sentido: CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 157.

reconhecidos, ocultando A complementariedade e coexistência entre os direitos¹⁰²

2.2.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

A chamada primeira dimensão dos direitos fundamentais, cuja gênese remonta ao constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX¹⁰³, pauta-se na ideia central de garantir a liberdade (*lato sensu*) e a propriedade dos cidadãos em face do Estado, exigindo do poder público, assim, uma postura absenteísta (*non facere*) de não intervir na autonomia individual e de não frustrar o desempenho do direito político de participação dos indivíduos na vida pública.

De acordo com Jairo Gilberto Schaefer¹⁰⁴:

Os fundamentos do Estado Absolutista começavam, lentamente, a desabar, principalmente diante das pretensões da emergente burguesia urbana, que buscava espaço para crescer economicamente. Com tais influências históricas e políticas, surgiram os Direitos Fundamentais de primeira geração. São os direitos de liberdade. Têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Trata-se de uma relação de exclusão, em que o Estado não pode interferir na situação jurídica do indivíduo. Estes direitos, concretamente, caracterizam-se pela forte eficácia negativa, segundo a qual a pretensão maior do cidadão é a limitação do poder do Soberano (aí a ligação com o Estado de Direito). Um dos documentos basilares dos direitos individuais é a *Magna Carta Libertarum*, de 1215. A essas formas de direito podem ser agregados importantes princípios, quais sejam, separação dos poderes, legalidade, supremacia da lei (aqui entendida como manifestação primeira da vontade geral).

Como direitos de essência individualista, traduzindo medidas de defesa do cidadão relativamente ao poder público e delimitando uma esfera de autonomia infensa à interferência do Estado, os direitos fundamentais de primeira dimensão podem ser exemplificados como os direitos à vida, à liberdade (ambulatória, de expressão, de pensamento, de associação, de reunião e outras), à propriedade, à igualdade perante a lei, à capacidade eleitoral e à observância

¹⁰² Cfe. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 45.

¹⁰³ Sobre o Estado de Direito em sua feição liberal, no qual reconhecidos os direitos de primeira dimensão, foram tecidas breves considerações no item 1.1, do Capítulo 1 desta Dissertação.

¹⁰⁴ SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

de garantias¹⁰⁵ processuais como o devido processo legal e o *habeas corpus*¹⁰⁶.

Os direitos de primeira dimensão, assim classificados em decorrência de um critério histórico ou geracional, são também, com frequência, objeto de sistematização por critério diverso relacionado ao conteúdo preponderante e sua ligação com a função do Estado na respectiva efetivação¹⁰⁷. Ainda que não haja uma total compatibilidade entre as classificações¹⁰⁸, normalmente os direitos que, segundo o critério histórico, integram a primeira dimensão, possuem afinidade com os direitos que, pelo conteúdo preponderante, situam-se entre aqueles concebidos como liberdades negativas. Tais direitos impõem ao Estado uma conduta omissiva, garantindo-se aos cidadãos a liberdade perante o Estado, isto é, contra o poder público, e a liberdade no Estado, via participação ativa dos cidadãos na atividade política da sociedade democrática. Também são chamados de direitos de defesa, que, pela natureza, geram expectativas negativas associadas a uma não intervenção estatal ou não lesão¹⁰⁹.

Para o estudo analítico, no campo técnico, dos direitos fundamentais de liberdade, é importante registrar a mecânica de funcionamento das normas que os tutelam. Em tais normas o suporte fático, em regra, é mais amplo e fluido se comparado à fatispécie das normas da legislação infraconstitucional, cuja tipicidade é fechada. Assim, nem sempre a norma reúne todos os pressupostos necessários para o acionamento da consequência jurídica.

Lê-se no art. 5º, inc. VI, da Constituição da República¹¹⁰, por exemplo, que “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)*”, extraíndo-

¹⁰⁵ Por definição, as garantias se distinguem dos direitos. Estes (os direitos) são previstos em disposições tipicamente declaratórias e enunciativas. Aquelas (as garantias) estão contidas em previsões assecuratórias. É frequente que haja, em um único dispositivo legal, a consagração de um direito e da respectiva garantia.

¹⁰⁶ A respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 47.

¹⁰⁷ Nesse sentido: SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. p. 65.

¹⁰⁸ Importante notar que nem sempre as liberdades negativas impõem ao Estado só abstenções, atraindo, por exemplo, a necessidade de se criar uma estrutura judiciária para garanti-las em caso de violação. Trata-se, assim, apenas do conteúdo preponderante. Por isso nem sempre os direitos de primeira dimensão serão apenas direitos de liberdade negativa e por isso as diferentes classificações. Mas a regra, ainda assim, é que ocorra essa coincidência.

¹⁰⁹ A propósito: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001, p. 294.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

se do dispositivo uma espécie de declaração de direito, sem a declinação precisa dos elementos fáticos que, quando preenchidos, levam à realização do preceito da norma de direito fundamental. Disso não deve resultar, porém, a inocuidade da norma. Para aplicá-la, é necessária apenas a complementação do suporte fático com um elemento exógeno consistente na intervenção estatal indevida no âmbito de proteção. Significa afirmar que, nos direitos de primeira dimensão, o pressuposto fático que desencadeia as consequências jurídicas é composto, estruturalmente, pelo (1) âmbito de proteção da norma, que representa o bem jurídico tutelado (direito declarado), acrescido do aspecto externo representado pela (2) interferência estatal indevida, sem um fundamento constitucional, em referido âmbito de proteção, ainda que não aludida expressamente na norma¹¹¹.

Essa compreensão é fundamental para que tais preceitos não sejam vistos como exortações, mas como normas juridicamente invocáveis.

2.2.2. Direitos Fundamentais de segunda dimensão.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, concebidos na filosofia do constitucionalismo social do Pós I Gerra Mundial¹¹², reúnem como conteúdo axiomático os valores da igualdade e do bem-estar, impondo ao Poder Público, em consequência, o dever de fornecer aos cidadãos (*facere*) prestações e/ou serviços ensejadores de condições sociais igualitárias.

Para Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto¹¹³:

Direitos de segunda geração são os que foram reconhecidos a partir da doutrinas socialistas e dos movimentos ocorridos no século XIX, dos quais resultaram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. Aqui se trata de direitos positivos, no sentido de que se busca uma ação concreta do Estado, e não sua passividade. Os direitos sociais são também a busca da liberdade por intermédio do Estado. Além dos direitos sociais, aqui estão incluídos os culturais e econômicos.

¹¹¹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

¹¹² Sobre o Estado de Direito em sua feição do bem estar social, no qual reconhecidos os direitos de primeira dimensão, foram tecidas considerações no item 1.1, do Capítulo 1 desta Dissertação.

¹¹³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). p. 25.

Na lição de Paulo Bonavides¹¹⁴:

Os direitos da segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Revelando a perspectiva ativa dos direitos fundamentais, os postulados de segunda dimensão incutem ao Estado um comportamento positivo na realização da justiça social por meio de prestações. Possuem como expoentes a assistência social, a saúde, educação e, ainda, os direitos dos trabalhadores¹¹⁵, também compreendidos os direitos de natureza cultural e os direitos econômicos.

Além da classificação oriunda do critério histórico ou geracional, esses direitos também são, por vezes, sistematizados conforme o conteúdo preponderante e a função do Estado em sua implantação. Em regra identificam-se¹¹⁶, dentro dessa perspectiva, com as liberdades positivas, às quais corresponde uma função promocional do Estado, reclamando condutas concretas com vistas à efetivação do direito. Tal traço comum permite situá-los entre os direitos prestacionais em sentido amplo, divididos entre direitos à proteção, direitos à organização e procedimento, e direitos à prestação em sentido estrito¹¹⁷. Porém, assim como ocorre com os direitos de liberdade, por vezes a identificação entre a dimensão do direito e o conteúdo preponderante não se mostra exata.

A lógica de acionamento das consequências jurídicas das normas que definem essa categoria de direitos (ação estatal) requer a inversão

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 518.

¹¹⁵ A respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 48.

¹¹⁶ Também no ponto, mister destacar que os direitos sociais ou de segunda dimensão nem sempre reclamam do Estado apenas prestações positivas, podendo exigir também abstenções ou condutas mistas. Verificam-se direitos sociais ou de segunda dimensão histórica que, pelo conteúdo preponderante, demandam uma não intervenção, tal como a liberdade de associação sindical. As classificações, assim, não são equivalentes. Mas a regra é que haja tal coincidência.

¹¹⁷ Sobre o assunto: SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. p. 67.

nas variáveis típicas das normas garantidoras da liberdade (omissão estatal)¹¹⁸. Embora ambas as categorias de normas possuam suportes fáticos amplos e fluidos, pressupondo, para o preenchimento da fatispécie, a colmatação por um fator externo relativo à conduta do Estado, no caso dos direitos de segunda dimensão essa conduta estatal não representa uma interferência injustificada, mas uma omissão indevida ou uma ação insuficiente. Assim, o suporte fático das normas tutelares da igualdade material é composto pelo (1) âmbito de proteção, que prevê o bem jurídico tutelado (direito declarado), acrescido de um aspecto visto como a (2) omissão ou a ação insuficiente do Estado, sem que haja uma justificativa para o inadimplemento estatal. Nessas hipóteses dá-se o acionamento da consequência jurídica encorpada na obrigação estatal de implementar o direito.

Acerca do tema, Virgílio Afonso da Silva¹¹⁹ anota:

Definidos os elementos do suporte fático dos direitos sociais, resta, para completar o modelo, a definição da consequência jurídica, isto é, o que acontece quando o suporte fático é preenchido. Em outras palavras: o que acontece quando uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada e, para isso, não há fundamentação jurídico-constitucional? A resposta somente pode ser: há um direito definitivo à realização dessa ação.

A omissão injustificada do Estado, então, é apta a malferir direitos de igualdade, compreensão também fundamental para que tais preceitos não sejam vistos como só e simples exortações, mas como normas judicialmente exigíveis pelos lesados, possuindo também a característica da justiciabilidade¹²⁰.

2.2.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão.

Os direitos fundamentais ditos de terceira dimensão surgiram a partir de preocupações mundiais com os impactos, no planeta e no meio ambiente, do crescimento econômico e industrial. Inspirados nos princípios da solidariedade e da fraternidade, caracterizam-se por atribuírem direitos e

¹¹⁸ Sobre o tema, ver o item 2.2.1, acima.

¹¹⁹ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 78.

¹²⁰ A problemática da justiciabilidade será melhor tratada, como visto, no Capítulo 3 desta Dissertação.

deveres não só ao Estado, mas à sociedade como um todo, bem como por possuírem titularidade difusa e coletiva desapegada do indivíduo singular, destinando-se à proteção da humanidade e da coletividade com vistas ao futuro.

Sobre tal categoria, Paulo Márcio Cruz¹²¹ consigna:

A percepção das consequências do crescimento econômico e, principalmente, do desenvolvimento industrial, sobre as condições que fazem possível a vida humana, deram lugar a uma crescente preocupação pela manutenção destas condições. Bens que eram dados como inesgotáveis em outras épocas, como a água, o ar limpo, alimentos sem conservantes e a ausência de matérias tóxicas nos ambientes vitais começam, hoje, a ocupar lugar de destaque nas preocupações de todas as sociedades.

Com isso, fica em perigo o bem-estar – e a vida – não de uns indivíduos, mas, sim, de importantes e numerosos setores da sociedade, quando não de toda ela. Isto explica por que, progressivamente, as Constituições e as declarações internacionais passaram a incutir a necessidade de reconhecer e impor direitos distintos daqueles classicamente declarados. Já não são direitos negativos diante do poder do Estado ou de participação política, ligados à obtenção de serviços sociais públicos. Trata-se agora de proteger bens comuns, não individualizáveis, mas que são condição essencial para a qualidade de vida de cada indivíduo. São os direitos fundamentais de terceira dimensão.

A defesa destes bens, de natureza difusa mas de repercussão individual, está traduzida na proclamação de direitos que se caracterizam, por um lado, por serem sujeitos ativos, que se identificam tanto com o indivíduo como com a coletividade. Por outro lado, por criar obrigações de submissão a estes mesmos direitos ao Estado e aos próprios cidadãos, já que a conduta solidária destes últimos tornará possível a manutenção do ambiente vital que se quer proteger.

Ainda sobre tais direitos, Jairo Gilberto Schaefer¹²² anota:

Os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos de solidariedade humana, pois não se destinam a pessoas determinadas ou a grupos de pessoas, mas têm por destinatários toda a coletividade, em sua acepção difusa, como direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade. Tal espécie de direitos, segundo Pizzorusso, apresenta caráter menos unívoco, havendo interligação com aqueles direitos que integram as gerações precedentes, exigindo-se novos instrumentos jurídicos de tutela.

Essa categoria de direitos fundamentais engloba alguns direitos prestacionais e, igualmente, um conjunto de novos direitos (em alguns casos não constitucionalizados), que podem exigir ação ou

¹²¹ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 164

¹²² SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. p. 35.

omissão do poder público. Com efeito, se nas gerações antecedentes os direitos se demonstram claramente situados no que se refere à relação do Estado para com o cidadão, os direitos fundamentais de terceira geração personificam a massificação da sociedade contemporânea, exigindo dialética efetiva entre condutas (ação/omissão) e destinatários das obrigações constitucionais (Estado/cidadão).

Dentro de tal categoria, merecem ênfase os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável, ao meio ambiente, à qualidade de vida, além da conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, do direito à comunicação e dos direitos dos consumidores¹²³.

A compreensão dos direitos de terceira dimensão¹²⁴, como destaca Marcos Leite Garcia, pressupõe a assimilação do valor da solidariedade:

Algumas questões são diferenciadoras dos direitos fundamentais de terceira dimensão, também chamados de ‘novos’ direitos. Devido as suas especiais condições, diferentes dos demais direitos fundamentais, os ‘novos’ direitos são individuais, coletivos e difusos ao mesmo tempo, por isso considerados transindividuais. São transfronteiriços e transnacionais, pois sua principal característica é que sua proteção não é satisfeita dentro das fronteiras tradicionais do Estado nacional. São direitos relacionados com o valor solidariedade. Requerem uma visão de solidariedade, sem a mentalidade social de solidariedade não podemos entender os direitos difusos. Na visão de Carlos de Cabo Martín a noção do valor solidariedade é uma característica, um princípio básico, do constitucionalismo do Estado social de Direito. Certamente que é impossível pensar em um direito fundamental coletivo e/ou difuso sem a consideração do valor solidariedade.

As normas que consagram os direitos de fraternidade podem ser violadas tanto pela ação quanto pela omissão da sociedade e do Estado, obedecendo a um sistema estrutural que congrega o âmbito de proteção e o elemento externo inerentes às 02 (duas) primeiras categorias de direitos¹²⁵. Para o resguardo de tais direitos, quando lesionados ou expostos a ameaça, existem mecanismos de tutela coletiva (ações coletivas), com métodos que demandam

¹²³ A respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 48.

¹²⁴ GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais: características básicas. *In: Âmbito Jurídico*: Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=6654.

Acesso em 20 de maio de 2014.

¹²⁵ O assunto foi explorado nos itens 2.2.1 e 2.2.2, acima.

maior grau de participação da sociedade civil e do poder público, assim como a redefinição do processo tradicional voltado à resolução de lides intersubjetivas¹²⁶.

2.2.4 Direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões.

Mesmo que não exista, atualmente, consenso no enquadramento científico dos direitos de quarta e quinta dimensão em categorias¹²⁷ e ainda que existam críticas à necessidade de novas classificações, já se alude à existência de direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões.

Os direitos de quarta dimensão, segundo parte da doutrina, projetam-se como reflexos da consolidação democrática e dos maiores níveis de tolerância cívica, relacionando-se ao pluralismo político¹²⁸. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto descreve-os como direitos “ligados à democracia, à informação e ao pluralismo”, anotando que “uma representação adequada dessa categoria é a de que os três primeiros foram a pirâmide da qual este é a base”¹²⁹.

Para além desse enfoque, também são usualmente inseridos entre os de quarta geração os direitos associados ao progresso científico, à biotecnologia e à bioengenharia, tangenciando, estas últimas, discussões sobre vida e morte que requerem prévios debates no campo ético¹³⁰.

Sobre esta última acepção, diz Vicente de Paulo Barreto¹³¹:

A formulação de uma nova categoria de direitos humanos – a dos direitos do ser humano no campo da biologia e da genética – responde à indagação central do pensamento social contemporâneo: a possibilidade de universalização dos direitos morais, fundados numa concepção ética do Direito e do Estado, vale dizer, na construção de uma ordem normativa construída

¹²⁶ Tal temática foge ao objeto do presente estudo, podendo ser consultada em BRANDÃO, Paulo de Tarso. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

¹²⁷ Nesse sentido: SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. p. 18.

¹²⁸ A propósito: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. p. 524.

¹²⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). p. 25.

¹³⁰ Nesse sentido: OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A Teoria Geracional dos Direitos do Homem**. Disponível em:

<http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>.

Acesso em: 20 mar. 2014, p. 21.

¹³¹ BARRETO, Vicente de Paulo *et al.* **Teoria dos direitos fundamentais**. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 416.

através do diálogo nacional entre pessoas livres. Neste contexto, a possibilidade da bioética depende, como sustentam os pensadores liberais, da existência de uma sociedade democrática, pois se assim não for, os valores e princípios bioéticos irão expressar a vontade dos cientistas e do Estado, e não de indivíduos livres e autônomos.

Os direitos de quinta dimensão também não possuem tratamento uniforme na doutrina. Referidos direitos, por vezes, aparecem como uma nova visão dos direitos à paz e à autodeterminação dos povos, já antes inseridos entre os de terceira dimensão¹³², objetivando a concórdia mundial e a preservação dos princípios básicos da comunidade política¹³³. Mas, em outros estudos, tais direitos vêm ligados ao avanço tecnológico no campo da cibernética, com as situações jurídicas decorrentes das inúmeras e complexas relações estabelecidas no mundo virtual, inclusive mediante a ruptura das fronteiras físicas.

Para José Alcebíades de Oliveira Júnior¹³⁴, tais direitos são:

Os advindos com a chamada realidade virtual, que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via internet.

Apesar da ausência de consenso classificatório e da falta de consolidação do regime desses direitos, é tempo de atentar para tais questões, a fim de que o Direito e seus operadores acompanhem o desafio da transformação.

2.3. A DISTRIBUIÇÃO TOPOGRÁFICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República, em seu Título II, intitulado “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*”, reservou os Capítulos I, II, III e IV para o disciplinamento do assunto, positivando, respectivamente, disposições atinentes a Direitos Individuais e Coletivos, Sociais, de Nacionalidade e Direitos Políticos¹³⁵.

É pacífico, todavia, o entendimento de que essa

¹³² Sobre o assunto, conferir o 2.2.3 acima.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direito e Justiça**. Porto Alegre: V. 2, n. 3, p. 82-93, 208.

¹³⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2000. p. 86.

¹³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mar. 2014.

sistematização específica, em local topográfico próprio da Constituição, serve para fins de didática legislativa, não excluindo a existência de direitos fundamentais esparsos no texto constitucional, nem obstando o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos decorrentes de outros direitos consagrados e da interpretação sistemática da Constituição, compreendida como um sistema aberto¹³⁶ de normas-regras e normas-princípios. Daí afirmar-se a inexistência de um catálogo constitucional taxativo e fechado em tema de direitos fundamentais.

Sobre tal aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁷ destaca que:

Com base no que foi exposto, e à luz do direito constitucional pátrio, verifica-se, de plano, ser inviável a sustentação, também entre nós, da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição. (...) Em primeiro lugar, cumpre referir que o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais consagrado pelo art. 5º, §2º, da CF aponta para a existência de direitos fundamentais positivadas em outras partes do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais, bem assim para a previsão expressa da possibilidade de se reconhecer direitos fundamentais não escritos, implícitos nas normas do catálogo, bem como decorrentes do regime e dos princípios da Constituição.

Para José Joaquim Gomes Canotilho¹³⁸, a não-tipicidade é uma característica do sistema aberto de direitos fundamentais. Ao referir-se à Constituição Portuguesa, destaca o constitucionalista, em lição aplicável, que:

O amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição, existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo ou direitos fundamentais dispersos.

Os direitos fundamentais, sendo assim, não encontram barreiras topográficas e tipificações fechadas, participando de um sistema aberto.

2.4. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina constitucionalista brasileira, ao tratar da eficácia

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1159.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 71.

das normas constitucionais em sentido amplo, oferece inúmeras classificações, variáveis, basicamente, de acordo com a densidade normativa inerente à disposição constitucional. Essa densidade normativa, com a consequente (maior ou menor) aptidão para irradiar efeitos¹³⁹, é aferida a partir da estrutura redacional do preceito que enuncia o direito¹⁴⁰, da natureza de referido direito e, além disso, também das condições fáticas subjacentes à enunciação abstrata de tal direito.

As classificações mais difundidas, no Brasil, foram idealizadas por José Afonso da Silva, Maria Helena Diniz, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, Celso Antônio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso¹⁴¹.

Cabe realizar breve exposição panorâmica sobre o assunto, para, após, tratar-se da eficácia específica das normas de Direitos Fundamentais,

2.4.1. Eficácia das normas constitucionais: plano geral.

José Afonso da Silva subdivide as normas constitucionais, quanto à eficácia, em: (a) normas de eficácia plena, entendidas como aquelas que reúnem em si todos os elementos para que sejam desde logo aplicadas e surtam a integralidade dos efeitos delas esperados, independentemente de interposição legislativa, proibindo-se ao legislador infraconstitucional, ademais, regulamentá-las de forma a restringi-las ou a reduzir o âmbito de proteção do direito nelas previsto; (b) normas de eficácia contida, compreendidas como aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm condições de produzir todos os efeitos essenciais estabelecidos pelo Constituinte, mas sujeitam-se a limitações na atividade de regulação infraconstitucional; e (c) normas de eficácia limitada, abrangendo as disposições constitucionais que, não bastando em si, não possuem condições de produzir imediatamente todos os efeitos a que se destinam, necessitando de integração por parte da legislação infraconstitucional e pressupondo uma normatividade superveniente que as densifique. Estas últimas repartem-se em normas de princípio institutivo, que contêm esquemas gerais de

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 405.

¹³⁹ Sobre o conceito de eficácia, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 524

¹⁴⁰ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 260.

estruturação de órgãos e instituições, e em normas programáticas, que declaram programas a serem implementados pelo Estado, como metas a serem alcançadas, visando à realização de fins sociais. Ainda assim, as normas de eficácia limitada produzem como efeito mínimo a vinculação do legislador ordinário a seus vetores, indicando caminhos a serem seguidos pelo Estado e seus Poderes e exibindo força abrogatória da legislação com elas incompatível¹⁴².

A classificação proposta por Maria Helena Diniz¹⁴³ guarda similitudes com a sistematização criada por José Afonso da Silva. Digna de nota, porém, a inserção de uma quarta categoria, integrada por normas de eficácia tida como absoluta, caracterizadas por serem intangíveis e inalteradas pelo poder de emenda à Constituição, apresentando, pois, um *plus* em relação às normas de eficácia plena (mas relativa). Além disso, há a renomeação das normas de eficácia contida, designadas normas de eficácia relativa restringível, bem como das normas de eficácia limitada, intituladas como normas de eficácia relativa complementável. A ideia central das classificações dos autores, porém, é similar.

Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto classificam as normas constitucionais em normas de aplicação (regulamentáveis e irregulamentáveis) e de integração (completáveis e restringíveis). As normas de aplicação surgem aptas para a produção de efeitos, dispensando regulamentação ou permitindo-a, excepcionalmente, mas sem restrição ao conteúdo (eficácia plena). As normas de integração, por sua vez, aparecem na dependência de um consórcio com a vontade legislativa inferior, necessitando de suplemento com natureza ora apenas complementar, ora de índole restritiva (eficácia parcial)¹⁴⁴.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴⁵, as normas constitucionais, do ponto de vista da amplitude e da eficácia dos direitos que delas resultam aos cidadãos, classificam-se em: (a) normas concessivas de poderes

¹⁴¹ A menção sobre serem essas as principais classificações consta da obra: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia** p. 209.

¹⁴² AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 97.

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 34. *Apud*: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia** p. 209.

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1a ed. 2a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 26.

jurídicos, que, independentemente de atuação legislativa ou executiva, conferem ao sujeito o poder de fruir do bem deferido, criando uma posição jurídica exigível e incondicionada a uma normação posterior; (b) normas concessivas de direitos, que, por individuarem quem é o sujeito obrigado e qual a prestação a que o está, geram uma utilidade imediata, consistente em direito propriamente dito suscetível de ser exigido; e (c) normas apenas indicadoras de uma finalidade a ser atingida, que, por não especificarem as condutas necessárias à satisfação do bem jurídico, geram para os cidadãos posições menos consistentes, pois não fornecem todos os elementos adequados à fruição imediata do direito, limitando-se a franquear a possibilidade de oposição judicial a comportamentos contrários aos fins previstos.

Por fim, Luís Roberto Barroso categoriza as normas constitucionais em: (a) normas de organização, vocacionadas a estruturar o exercício do poder político, que estabelecem uma obrigação objetiva de algo a ser realizado, exemplificando-as em normas que veiculam decisões políticas fundamentais, criam órgãos públicos e definem competências; (b) normas definidoras de direitos, cujo objeto é a delimitação dos direitos fundamentais, abrangendo normas que criam (b.1) situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção, (b.2) situações que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e (b.3) situações que contemplam interesses cuja realização se condiciona à edição de norma infraconstitucional; e (c) normas programáticas que estatuem os fins a serem atingidos pelo Estado¹⁴⁶.

As classificações acima atraem a percepção de que, independentemente da corrente que se adote, as normas constitucionais (mesmo as programáticas) se preordenam, todas, à produção de efeitos, não se limitando à estruturação do poder político e à organização do Estado¹⁴⁷. Inexistem normas constitucionais inócuas, restritas a meras promessas ou cartas de intenções. É mister, também em sede de eficácia, preservar a força normativa da Constituição.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. p. 90.

2.4.2 A eficácia das normas de Direitos Fundamentais.

No campo eficaz específico dos direitos fundamentais, a Constituição da República de 1988¹⁴⁸, no art. 5º, §1º, dispõe que as normas que os definem têm aplicabilidade imediata. E certo se afigura que tal disposição se expande aos direitos de todas as dimensões, abrangendo, também, os direitos esparsos na Constituição, localizados fora do catálogo, e os direitos implícitos¹⁴⁹.

A norma constitucional, pela literalidade, transmite a impressão de situar as normas de direito fundamental, conforme as variadas classificações, sempre entre aquelas de eficácia plena e contida, ou absoluta, plena e restringível, ou normas de aplicação, ou concessivas de poderes jurídicos e direitos, ou, ainda, garantidoras de situações jurídicas prontamente desfrutáveis pelos cidadãos¹⁵⁰. Referida impressão advém do termo “aplicabilidade imediata”.

Visão realista e menos ortodoxa, contudo, relativiza essa conclusão. Nem toda norma de direito fundamental dispõe de aplicabilidade e eficácia imediatas, ou suscita direitos subjetivos prontamente exigíveis pelos cidadãos, prescindindo de interposição legislativa, das disponibilidades fáticas e orçamentárias do mundo real, ou mesmo de avaliação discricionária quanto ao momento e à forma da implementação do direito nela previsto. Não é sempre que se reúnem, afinal, as condições fáticas e jurídicas para a imediata fruição de um direito fundamental previsto na Constituição, constatação que não pode ser obliterada por uma concepção romântica da ciência jurídica. Fatores como a forma de positivação do direito fundamental (incluída a estrutura redacional do dispositivo), as contingências sociais e orçamentárias, a natureza da prestação estatal, a relatividade e a programaticidade de dados direitos, o postulado da razoabilidade e as prioridades socioeconômicas eleitas pelos órgãos de representação do povo são determinantes para que se defina o grau eficaz e a perspectiva de aplicação de direitos fundamentais, seja tal perspectiva imediata,

¹⁴⁷ Nesse sentido: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 66

¹⁴⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2014.

¹⁴⁹ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. p. 285.

remota ou condicionada a atuações estatais posteriores, como a edição de lei(s) pelo Parlamento ou a implantação de programa(s) de ação pelo Poder Executivo.

Consoante José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵¹:

Deve ter-se em conta a o sentido de aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental desta aplicabilidade directa: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas directamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos, de novo, que se esta ideia de aplicabilidade directa significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades e garantias dispensam a concretização através de entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica, sempre, de forma automática, a transformação destes em direitos subjetivos, concretos e definitivos.

Daí resulta que o art. 5º, §1º, da Constituição da República de 1988¹⁵², em interpretação razoável, deve ser lido no sentido de que, em regra, os direitos fundamentais extraídos do texto constitucional devem ser garantidos e efetivados de plano e na maior extensão possível, ressalvados os casos em que, justificadamente, não seja factível ou razoável assim proceder. O dispositivo funciona, portanto, como espécie de norma-princípio (mandamento de otimização) a atrair a lógica de maximização do resultado da implantação dos direitos fundamentais, os quais, embora possam ser satisfeitos em níveis variados, devem sê-lo, sempre, no patamar máximo dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes¹⁵³, apenas se condicionando a fatores externos se esse condicionamento for razoável e justificado pelas circunstâncias, sob pena de violação ao direito, com a possibilidade de se invocar a norma que o estabelece.

Acerca do tema, Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵⁴ refere:

¹⁵⁰ Sobre a síntese de tais classificações, conferir o item 2.4.1 deste trabalho.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 438.

¹⁵² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 16 mar. 2014.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 90.

¹⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 271.

(...) Somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, da nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização, isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado, entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisso reside uma de suas diferenças essenciais em relação às normas princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta. Para além disso (e justamente por este motivo) cremos ser possível atribuir ao preceito em exame uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa em sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais. (...) Isto significa que, em última análise, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas as exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática.

A partir desses aportes, é possível concluir que o descumprimento de uma norma de direito fundamental de qualquer dimensão, quando injustificado, sem base em uma escusa real e concreta, pelo destinatário do comando, constitui prática lesiva a disposições com presunção de eficácia e aplicabilidade imediatas, autorizando, pois, a invocação por parte dos titulares¹⁵⁵.

2.5. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: VINCULAÇÃO

A Constituição da República, ao ordenar o funcionamento dos poderes do Estado, gera como consequência a submissão de tais poderes aos mandamentos constitucionais (princípio da supremacia¹⁵⁶), significando que

¹⁵⁵ A problemática específica da justiciabilidade dos direitos fundamentais, por motivos de sistematização, será tratada no Capítulo 4 desta obra, cuidando-se aqui de menção introdutória.

¹⁵⁶ Sobre o assunto, ler o item 1.3 do presente estudo.

as disposições constitucionais não podem ser violadas pela conduta comissiva ou omissiva dos poderes constituídos¹⁵⁷. Como os direitos fundamentais integram um dos aspectos nucleares das disposições constitucionais¹⁵⁸, representando normas materialmente constitucionais, tem-se que as ações dos poderes do Estado devem manter-se sempre harmônicas a tais direitos, promovendo-os na máxima extensão possível, outorgando-lhes, no cotidiano, a consistência de que desfrutam no regime constitucional, e não os preterindo para fins de atendimento a metas casuísticas, eleitoreiras ou mesmo ao interesse secundário do Estado¹⁵⁹.

As normas sobre direitos fundamentais, como visto, devem conformar o comportamento dos poderes constituídos¹⁶⁰ no âmbito do Estado Democrático de Direito, reduzindo a margem de liberdade franqueada a tais poderes nas tarefas de definir o interesse público, de fixar as metas e programas prioritários(as) e de planejar e implementar as políticas públicas tidas como primaciais. Afirma-se, por isso, que “não existe uma independência absoluta em favor da Administração Pública para definir qual seja o interesse público prevalente”¹⁶¹, na medida em que as opções dos poderes do Estado só se afiguram legítimas se e quando afinadas à escala axiológica plasmada nas normas constitucionais de direitos fundamentais, sendo vedado aos órgãos estatais distanciar-se de tais normas, tratá-las como inexistentes ou violá-las diretamente, sob pena de incursão em inconstitucionalidade por ação ou omissão.

Segundo Valmir Pontes Filho¹⁶²:

É razoável concluir que quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se adaptam aos princípios constitucionais, ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e

¹⁵⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. p. 81.

¹⁵⁸ O assunto foi melhor desenvolvido em local próprio deste estudo (item 2.1).

¹⁵⁹ Há conhecida distinção entre os interesses públicos primário e secundário. O interesse público primário refere-se ao interesse do Estado na realização do bem comum, apreendido a partir dos interesses do todo, do conjunto social, dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade. O interesse público secundário, noutro giro, contrapõe-se a essa noção por traduzir os interesses próprios e financeiros do Estado-administração como pessoa jurídica de direito público ou os interesses (de variada natureza) do Governo que se distanciem de critérios de utilidade social. Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 57,.

¹⁶⁰ Sobre o assunto, conferir o item 2.1, do Capítulo 2, desta Dissertação.

¹⁶¹ APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. p 123.

¹⁶² PONTES FILHO, Valmir. *In: Políticas Públicas: possibilidades e limites*. p. 374.

objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos.

Para Anna Cândida da Cunha Ferraz¹⁶³:

Constitucionaliza, pois, o texto de nossa Lei Maior em vigor, em Títulos iniciais, os fundamentos do Estado brasileiro, e, na sequência, o sistema normativo básico dos direitos fundamentais, com o significado evidente de que a organização do Estado, a Organização do Poder, A Defesa do Estado, a Tributação e o Orçamento, a Ordem Econômica e Financeira e a Ordem Social e demais disposições articuladas nos títulos seguintes, e que revelam a estrutura formal da Constituição, são indiscutivelmente deles tributários. Em outras palavras, o Estado brasileiro tem como valor, fins e metas fundamentais organizar-se para prover, de modo eficaz, o reconhecimento, a proteção e a concretização dos direitos fundamentais

A vinculação da atuação política, jurídica e social do Estado à promoção dos direitos fundamentais se projeta, portanto, nas esferas da fixação (legislativa) e da implantação (executiva) de políticas públicas¹⁶⁴, as quais serão melhor estudadas no curso do presente Capítulo¹⁶⁵. Tais políticas consistem “nos meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los”¹⁶⁶. E, diante dessa interrelação, fica evidente a vinculação havida entre políticas públicas e direitos fundamentais.

Essa vinculação se expande, cumpre adiantar, ao aspecto financeiro-orçamentário ligado ao tema, cujas especificidades também serão melhor estudadas na sequência¹⁶⁷. Por ora, basta referir que é lícito exigir que as autorizações legislativas para gastos previstas nas leis orçamentárias, além de observarem as vinculações obrigatórias (art. 167, IV, c/c arts. 198, §2º, e 212 da CF), sejam concebidas com o objetivo de fomentar a ampliação dos direitos fundamentais. Também se mostra lícito exigir que a execução orçamentária

¹⁶³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; BITTAR, Eduardo C.B. (Orgs). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifício, 2006. p. 124.

¹⁶⁴ Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial das políticas públicas. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 58.

¹⁶⁵. Conferir os itens 2.7 e 2.8, abaixo.

¹⁶⁶ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

¹⁶⁷. Conferir os itens 2.8, abaixo.

canalize a aplicação de recursos na promoção de tais direitos (saúde, educação, meio ambiente, segurança pública, etc.) em detrimento de outras metas de menor envergadura constitucional, de criação apenas infraconstitucional ou de interesse exclusivo do Governo (propaganda institucional, obras, eventos, etc). Na execução do orçamento, aliás, adverte-se que “não pode haver um retrocesso social, tampouco as alterações no manejo orçamentário das receitas e despesas (mais ou menos vinculadas) podem impactar desproporcionalmente os meios financeiros que visam garantir progressivamente os direitos fundamentais”¹⁶⁸.

Nas palavras de Ricardo Lobo Torres¹⁶⁹:

A vida financeira e orçamentária do país deve se ajustar ao culto da justiça e dos direitos humanos. Com efeito, duas idéias básicas, de conteúdo ético e jurídico, passam a orientar a humanidade na virada do século e do milênio: a da supremacia dos direitos humanos e a da busca da justiça. O constitucionalismo hodierno não tem por missão apenas garantir uma ordem financeira equilibrada, senão que se orienta no sentido de obtê-la e sustentá-la com vista à defesa dos direitos humanos e à procura da justiça material.

O desvio de rota pelos Poderes Legislativo e Executivo, com o distanciamento injustificado, na órbita política ou no âmbito administrativo¹⁷⁰, em relação às normas constitucionais que definem os direitos fundamentais, constitui matéria sindicável pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça¹⁷¹, em razão da cláusula da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF¹⁷²).

¹⁶⁸ PINTO, Élide Graziane. *In: Políticas Públicas: possibilidades e limites*. p. 75.

¹⁶⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. p. 387.

¹⁷⁰ As atividades de fixação, pelo Poder Legislativo, e implementação, pelo Poder Executivo, das políticas públicas, serão tratadas no presente Capítulo, nos itens 2.7 e 2.8, ao passo em que a intervenção do Poder Judiciário em matéria de tais políticas, como forma de garantir a observância aos Direitos Fundamentais, será objeto de estudo específico no Capítulo 3 desta Dissertação.

¹⁷¹ Cfe. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *In: Políticas públicas: possibilidades e limites*. p. 58.

¹⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

2.6 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Conforme Ronald Dworkin¹⁷³, em abordagem apontada como pioneira na elaboração de um conceito científico adequado sobre o termo *policy*, entende-se por política pública “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)”. Dentro dessa visão que as concebe como *standards* ou padrões que direcionam para certas finalidades, as políticas públicas, para Maria Paula Dallari Bucci¹⁷⁴, “atuam de forma complementar, preenchendo espaços normativos e concretizando princípios e regras, com vista a objetivos determinados” e definidos.

A expressão políticas públicas, em suma, designa um conjunto de ações, ou uma conduta isolada do poder público, com a finalidade de efetivar os direitos fundamentais e de cumprir os postulados do Estado Democrático de Direito¹⁷⁵. Trata-se de uma atividade pública realizada por autoridades com legitimidade constitucional, que contempla uma opção (política) pelos fins buscados (escolha de prioridades), um programa de ação para os implantar e os métodos (mesmo financeiros) a serem usados nessa implantação.

Segundo Eduardo Appio¹⁷⁶:

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

Para Maria Goreti Dal Bosco¹⁷⁷, o termo política pública:

Enquanto atividade do poder público, apresenta algumas características principais: conteúdo, programa, orientação, fator de

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.36.

¹⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

¹⁷⁵ Nesse sentido: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 47.

¹⁷⁶ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 136.

¹⁷⁷ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionalidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 245.

coerção e competência social. O conteúdo resulta de um processo de ação e trabalho para a produção de trabalhos ou produtos (*outcomes*); o programa pode ser definido como um marco geral, em torno do qual realizam-se os atos ou atividades para a efetivação dos objetivos; por orientação normativa pode-se compreender a expressão das finalidades e preferências que serão assumidas por quem decide, de forma voluntária ou impelido por determinadas circunstâncias; como fator de coerção, pode-se entender que o agente governamental que determina a política pública tem legitimidade de autoridade legal e exerce uma coerção no monopólio da força, para impor a atividade sobre a vontade dos particulares; a competência social implica um âmbito de aplicação das atividades públicas, representadas, entre outras, pelos atos ou disposições envolvidos, os interesses e os comportamentos das coletividades às quais se destinam.

De acordo, ainda, com José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁸:

Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas, para atender aos anseios oriundos das coletividades. Vale explicar o conceito.

Diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus faciendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas; prioridades são as metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos para alcançar seus fins,

As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem, na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. Por fim, temos os elementos mobilizadores, ou seja, as causas responsáveis pelas políticas públicas. De um lado, as demandas sociais, políticas e econômicas, representando os fatos que, em determinado lugar e tempo, rendem ensejo à perseguição de metas específicas. De outro, os anseios das coletividades, que é o que resulta das vontades coletivas, vale dizer, os resultados que, efetivamente, podem causar satisfação às pessoas em geral.

A concretização das políticas públicas, isto é, dos fins a serem perseguidos no Estado Democrático de Direito, pressupõe a fixação (legislativa) e a implantação (executiva), pelas autoridades competentes, das ações estatais destinadas à realização do bem comum. As políticas públicas, todavia, não se confundem com as leis que as preveem ou os atos administrativos que as aplicam, mas os englobam como componentes, visto que as políticas são

¹⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS: Maria Tereza (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 111.

“um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo”¹⁷⁹ ou um “conjunto de estratégias visando alcançar determinados fins”¹⁸⁰.

As políticas definidas como prioritárias estão intimamente associadas ao perfil do Estado. A Constituição de cada país estabelece quais os campos e programas de ação a serem priorizados pela atuação do poder público (saúde, educação, segurança, livre iniciativa, proteção ambiental e etc), vinculando-o à satisfação dessas prioridades¹⁸¹, sem prejuízo da atuação complementar em outros setores não destacados expressamente, na Constituição, como dignos de destaque, mas tidos como relevantes pelos representantes do povo no vasto campo abrangido pelo raio de atuação estatal.

Sobre os programas previstos na Constituição e os espaços que a própria Constituição concede à atuação política, Miguel Carbonell¹⁸² anota:

Dentro de Estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la constitución debe dejar um espacio a la política constitucional. Em matéria de derechos fundamentales la política constitucional puede tomar muchos significados; por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una o outra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad publica o la educación, mientras que outro puede considerar más adecuado delegar parte de esas funciones a lãs clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a uma financiación pública. Lo importante, em este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la constitución hay espacios que la política constitucional puede ocupar de distinta forma¹⁸³.

¹⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba (org. Celso Antônio Bandeira de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 353-354.

¹⁸⁰ FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. p. 40.

¹⁸¹ Sobre o assunto: PONTES FILHO, Valmir. O controle das políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS: Maria Tereza (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 373.

¹⁸² CARBONELL, Miguel. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trotta, 2005, p. 15.

¹⁸³ Dentro de Estados que se assumem como democráticos e pluralistas, a Constituição deve deixar um espaço para a política constitucional. Em matéria de direitos fundamentais, a política constitucional pode ter muitos significados; por exemplo, para permitir a cada governo dar uma ou outra orientação sobre os direitos sociais; assim, um governo pode preferir estar no comando da saúde pública e educação, enquanto outro pode considerar mais apropriado delegar algumas destas funções para a iniciativa privada, que poderiam ser acessadas graças a um financiamento público. O importante, neste momento, é compreender que, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição, existem espaços que a política constitucional pode ocupar de forma diferente.

Apesar de não fazer parte do objeto do presente estudo¹⁸⁴, tem-se como importante destacar, no ponto, que de forma paralela ao protagonismo do Estado em matéria de criação e execução das políticas públicas, vem sendo atribuída crescente ênfase à cooperação da sociedade civil no planejamento, monitoramento e avaliação de tais políticas¹⁸⁵, inclusive por meio de Conselhos deliberativos e consultivos e de organizações não-governamentais. Tal assunto vem ligado aos institutos da cidadania e da democracia participativa.

2.7. FIXAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Fixar políticas públicas significa, em síntese, defini-las em processo criativo materializado, essencialmente, em 02 (dois) níveis legislativos.

Em um primeiro nível, a Constituição da República, ao expressar os objetivos gerais da nação, os direitos fundamentais dos cidadãos e os campos de ação do Estado, define as principais ações e metas a serem atingidas pelos programas estatais. As políticas constitucionalizadas, diante de seu horizonte temporal dilargado¹⁸⁶ e do fato de ultrapassarem mandatos, são classificadas como políticas de Estado, em contraposição às políticas de Governo.

Em um segundo nível, complementar às disposições constitucionais, a legislação infraconstitucional, tendo como veículos, sobretudo, as leis em acepção formal, enuncia os mecanismos de implantação das políticas antes previstas ou institui novas ações e metas, com os meios de implantação¹⁸⁷.

O processo de formulação das políticas públicas na esfera legislativa é bem retratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸⁸, na lição de quem:

(...) a partir da ideia de que a definição das políticas públicas implica opções a serem feitas pelo poder público e que essas

¹⁸⁴ O presente estudo tem como foco de investigação a atuação do Estado, por seus Poderes, nas atividades de criação e execução de políticas públicas, de maneira a descaber o aprofundamento sobre o papel da sociedade civil nesse campo, mas sem que se pudesse deixar de aludir ao tema.

¹⁸⁵ Cfe. BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 206.

¹⁸⁶ Nesse sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. p. 19.

¹⁸⁷ Cfe. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *In*: **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. p.111.

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 138-139.

opções são externadas por variados instrumentos (Constituição, emendas à Constituição, atos normativos do Poder Legislativo, do Poder Executivo e de órgãos e entidades da Administração Pública), poder-se-ia fazer uma gradação levando em conta a própria hierarquia dos atos estatais. Existem metas fixadas pela própria Constituição, já a partir de seu preâmbulo. Inúmeros exemplos extraem-se de seu texto. É o caso do art. 170, que coloca como meta a “existência digna conforme os ditames da justiça social” e já indica os princípios de observância obrigatória para esse fim. (...) Esses são apenas alguns exemplos de metas definidas pela Constituição, dirigidas a todos os entes da Federação e aos três Poderes do Estado.

(...)

Postas as metas, em termos genéricos, pela Constituição, cabe ao legislador, em segundo plano, disciplina-las de modo a garantir o seu atendimento, por meio dos atos legislativos previstos no art. 59. É o que faz a Lei n. 10.257, de 10-7-2001 (Estatuto da Cidade), que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais da política urbana. É o caso também da Lei n. 6.938, de 31-8-81, que define a Política Nacional do Meio Ambiente, e da Lei n. 9.433, 8-1-97, que define a política nacional de recursos hídricos, da Lei n. 9.478, de 6-8-97, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo.

Muitas dessas leis deixam ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da administração direta e indireta, especialmente as agências reguladoras, a implementação das políticas definidas em lei.

O fenômeno de fixação das políticas públicas constitui um processo dinâmico sujeito a inúmeras influências e fatores reais de poder. Em regra, o interesse público, como conceito cambiante, é obtido a partir da pauta de prioridades dos governos e parlamentos eleitos após o resultado democrático das urnas, variando em função da pressão política de grupos sociais e econômicos, da ideologia dominante entre os representantes eleitos e dos próprios meios de comunicação¹⁸⁹. A relação de prioridades auferida dessas tensões, por sua vez, é complementada por estudos e dados técnicos acerca dos sistemas sociais, econômicos e estatísticos, bem como por relatórios sobre as necessidades da população, os déficits de certos programas estatais e os recursos financeiros, humanos e estruturais disponíveis para o atendimento das demandas, extraindo-se de tais dados os aportes utilizados na prognose dos focos (programas) de

¹⁸⁹ Cfe. APPIO, Eduardo. **Discrecionabilidade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 115.

atuação do Estado¹⁹⁰. Essas prognoses, enfim, se traduzem em produtos legislativos que fixam as políticas públicas, observada, no Estado Democrático de Direito, uma necessária conformidade com a escala de valores constitucionais.

Celina Souza¹⁹¹ conclui que a “formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real”. De acordo com Pedro Silva e Marcus Melo¹⁹², a etapa de criação ou formulação das políticas públicas “baseia-se em estudos prévios e em um sistema adequado de informações, definindo-se não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento”. Tal fase é seguida da etapa afeta à efetiva implantação ou execução das políticas planejadas, seguida do momento da avaliação das mencionadas políticas, perfazendo-se um ciclo deliberativo informado por um dinâmico e constante aprendizado, cujas fases não-lineares se retroalimentam¹⁹³.

Formular políticas públicas integra, em tal quadro, a chamada competência legislativa (*lato sensu*) prevista na Constituição e insere-se na categoria dos chamados *atos de governo*, porque se relaciona à superior gestão da vida estatal¹⁹⁴, realizando-se, basicamente, mediante a edição de leis pelo Poder Legislativo e a iniciativa de encaminhamento de leis (notadamente as orçamentárias) pelo Poder Executivo¹⁹⁵. O ato de formular políticas públicas constitui tarefa envolta em dose de discricionariedade, competindo, em princípio, aos órgãos responsáveis pela produção legislativa, baseados em estudos prévios, eleger com liberdade, entre as variantes que compõem o conceito jurídico indeterminado de interesse público, quais as prioridades (compatíveis com os

¹⁹⁰ A propósito: OLIVEIRA, Régis Fernandes de; e HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.

¹⁹¹ SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº. 16, jul/dez 2006, p. 26.

¹⁹² SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características determinantes da avaliação de programas e projetos**. Cadernos de pesquisa nº. 48, Núcleo de Políticas Públicas – NEPP/UNICAMP, 2000, p. 4.

¹⁹³ Nesse sentido: MASSA-ARZABE, Patricia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

¹⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16a ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

postulados constitucionais) devem ser encampadas pelo Estado, bem como quais os meios de ação (planejamento), os recursos disponíveis e o conteúdo técnico das prestações do poder público necessárias à concretização dessas prioridades.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹⁶:

O tema das políticas públicas, no âmbito do direito, passou a chamar a atenção dos juristas nos últimos dez anos.

Não são poucas as controvérsias que vem suscitando. Isto porque se trata de tema relacionado à discricionariedade do poder público na definição e execução das políticas públicas, bem como o da complexa questão dos limites do seu controle pelo Poder Judiciário.

Para Fernando Facury Scaff¹⁹⁷:

É no espaço democrático do Parlamento que devem ser realizadas as opções políticas referentes às receitas e aos gastos públicos que determinam o caminho escolhido pela sociedade para a realização de seus ideais.

Esse processo criativo revela, também, uma clara interrelação existente entre a definição das pautas prioritárias e a presença dos recursos públicos necessários a concebê-las. Pode-se afirmar que tal interrelação possui um duplo aspecto: ao mesmo tempo em que a eleição de dadas políticas públicas constitui fator de geração de dispêndios públicos, a estimativa da quantidade de receita a arrecadar funciona como elemento de previsão das verbas que estarão disponíveis no exercício-referência, auxiliando na tarefa de destiná-las, em que medida e a quais áreas fazê-lo. Daí a recíproca interferência entre política e orçamento, resultando que as leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei orçamentária Anual) são determinantes, ao lado de leis de natureza diversa (Lei do Sistema Único de Saúde, Lei de Diretrizes Básicas da Educação e outras), na decisão política de onde e como gastar. O orçamento público, assim, como elemento definidor de prioridades governamentais, possui sua elaboração submetida a processo de natureza

¹⁹⁵ A atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas será analisada no Capítulo 3 deste estudo.

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998**. p. 137.

¹⁹⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26>>. Acesso em 26 mar. 2014.

essencialmente política¹⁹⁸, devendo observar-se, também, a realidade subjacente.

Conforme Régis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath¹⁹⁹

De posse dos dados apurados em pesquisas, de como obter meios, de como prestar da melhor forma os serviços a cargo do Estado, enfim, após estudo global e amplo de todas as necessidades da sociedade da sociedade e dos meios aptos a atendê-las, o Estado opta por determinada atuação – efetua decisões políticas nesse campo e desenvolve sua atividade.

(...)

A decisão de gastar é, fundamentalmente, uma decisão política. O administrador elabora um plano de ação, descreve-o no orçamento, aponta os meios disponíveis para seu atendimento e efetua o gasto. A decisão política já vem inserta no documento solene de previsão de despesas. Dependendo das convicções políticas, religiosas, sociais, ideológicas, o governante elabora seu plano de gastos. Daí a variação que pode existir de governo para governo, inclusive diante das necessidades emergentes. As ações podem variar: hospital, maternidade, posto de puericultura, escolas, rodovias, aquisição de veículos, contratação de pessoal.

Eduardo Appio²⁰⁰ também retrata tal fenômeno:

O processo de decisão política é tradicionalmente lento, pois demanda a deflagração de um longo caminho que se inicia com a mobilização popular, passando pelo Parlamento, bem como, o exame prospectivo realizado pelo Poder Executivo a partir da repercussão financeira da proposta.

As leis orçamentárias, que, sob essa lógica, influenciam a formulação das políticas públicas²⁰¹, são de iniciativa do Poder Executivo, sujeitas à aprovação do Poder Legislativo²⁰² e dividem-se em 03 (três) espécies: o Plano

¹⁹⁸ PINTO, Élda Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS: Maria Tereza (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.71.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de; e HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. p. 83.

²⁰⁰ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**, p. 116.

²⁰¹ Importante consignar, conforme mencionado em passagem anterior desse tópico, que a definição de políticas públicas não é feita exclusivamente pelas leis orçamentárias, mas, também, por inúmeras leis de conteúdo variado de iniciativa do Poder Legislativo, como a Lei do Sistema Único de Saúde, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação e outras. A menção mais direcionada às leis orçamentárias deriva da maior pertinência do tema para o desenvolvimento do trabalho.

²⁰² Em matéria orçamentária, as emendas apresentadas pelo Congresso Nacional, por meio de Comissão Mista submetida ao plenário das 02 (duas) Casas, ao projeto apresentado pelo Chefe do Poder Executivo (art. 84, XXIII, da CF), sofrem as seguintes restrições: (a) devem ser compatíveis com as disposições do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias; (b) devem indicar os recursos necessários para satisfazê-las, admitidos apenas os provenientes de anulação de outras despesas, vedando-se, portanto, emendas que objetivem aumentar despesas. Admitem-se, também, as emendas destinadas às correções formais de erros ou omissões (art. 166, §§, da CF).

Plurianual (art. 165, §1º, da CF²⁰³), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 165, §2º, da CF) e a Lei Orçamentária Anual (art. 165, §5º, da CF). O planejamento orçamentário, portanto, é tripartite²⁰⁴, exigindo a harmonia entre os instrumentos legislativos que o integram. O Plano Plurianual (PPA) estabelece as diretrizes, os objetivos e as metas da administração para as despesas de capital (investimentos, inversões financeiras e transferências de capital) e para as despesas relativas aos programas de duração continuada (superiores ao exercício financeiro), servindo como norte para a elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA). A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), por sua vez, tem como órbita de atuação a especificação das metas e prioridades da administração pública, incluídas as despesas de capital, para o exercício financeiro subsequente, de forma a traçar as regras gerais para a confecção da Lei Orçamentária Anual (LOA). Por fim, a Lei Orçamentária Anual (LOA) compreende o orçamento fiscal da administração pública, contendo, exclusivamente, a estimativa da receita e a fixação das despesas públicas para a realização dos programas contemplados, devendo ser observada, em sua elaboração, a aplicação de um percentual mínimo de receita constitucionalmente afetado para as áreas de educação, da saúde e a fundos de combate e erradicação à pobreza (art. 167, IV, e arts. 198, §2º, e 212 da CF²⁰⁵), e vedando-se expressamente a realização de gastos não previstos no orçamento.

2.8. IMPLANTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A efetiva implantação das políticas públicas constitui o passo subsequente ao processo de definição das linhas de atuação do poder estatal. Assim é que, uma vez definidas, na Constituição, na legislação infraconstitucional e nas leis orçamentárias (esfera legiferante), as pautas de atuação do Estado, dá-se que a concretização das políticas públicas encampadas pelo Parlamento, com

²⁰³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 26 mar. 2014.

²⁰⁴ Cfe. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 17a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 172.

a participação prévia (iniciativa) ou posterior (sanção ou veto) do Poder Executivo (atividade política co-legislativa e/ou de direção), compõe a chamada competência administrativa (*lato sensu*) prevista na Constituição e repartida entre os entes federados. A fase da implantação representa o exercício da função executiva típica²⁰⁶ de concreção de comportamentos infralegais²⁰⁷ destinados a cumprir as diretrizes governamentais nas áreas do serviço, da intervenção, do fomento e da polícia, pressupondo a intervenção do Estado na sociedade, na economia e na política, mediante a execução dos programas e das ações fixadas.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰⁸:

São exemplos de atos políticos (...) os atos decisórios que implicam a fixação de metas, de diretrizes ou planos governamentais. Estes se inserem na função política de Governo e serão executados pela Administração Pública (em sentido estrito) no exercício da função administrativa propriamente dita.

No mesmo sentido, Eduardo Appio observa²⁰⁹:

As questões políticas dizem respeito à prerrogativa de escolha dos meios através dos quais o governante eleito irá executar seu programa. A atividade administrativa é o instrumento de execução das políticas públicas, sociais e econômicas, sendo que as primeiras consistem em intervenções estatais que a Administração Pública realiza com o objetivo de assegurar a universalidade do acesso aos serviços sociais básicos, como saúde, segurança pública e educação.

A missão de concretizar as políticas públicas, competindo institucionalmente, em regra, ao Poder Executivo, desenvolve-se conforme as previsões das leis orçamentárias que regulamentam os dispêndios públicos²¹⁰. Os

²⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

Acesso em: 26 mar. 2014.

²⁰⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 35.

²⁰⁷ Nos comportamentos infralegais de concreção das políticas públicas inserem-se tanto a execução de atos materiais como a atividade normativa do Poder Executivo na edição dos atos necessários ao pleno cumprimento das leis. Essa atividade normativa da Administração Pública, sempre adstrita aos limites da mera regulamentação, sem aptidão para inovar na ordem jurídica (princípio da legalidade), justifica-se em razão do grau de abstração de determinadas leis que instituem políticas públicas, com densidades normativas atenuadas, e em virtude, também, da complexidade técnica das medidas necessárias à implantação dessas políticas, atraindo a necessidade de estudos complementares. Nesse sentido: APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 95.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20a ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.47.

²⁰⁹ APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. p. 135.

²¹⁰ Noções gerais acerca das leis orçamentárias foram expostas em passagem anterior (item n. 2.7).

gastos públicos formalizam-se paulatinamente, no decorrer do exercício financeiro, de acordo com as disponibilidades de caixa e as prioridades do administrador. A atividade de execução orçamentária é informada, também ela, por alguma dose de discricionariedade, embora essa discricionariedade assuma proporções inferiores à existente no momento da fixação mesma das políticas públicas. Cresce atualmente, aliás, a ideia de que o orçamento público sofre um processo histórico de reformulação, deixando de figurar como mera peça contábil (estática) de previsão de receitas e autorização de despesas para convolar-se em efetivo instrumento (dinâmico) de atuação do Estado nas relações econômicas e sociais. As disposições orçamentárias, assim, passam de mera proposta (uma peça de ficção) a plano de ação vinculativo da conduta do Estado (uma peça real)²¹¹, ressalvadas as situações justificadas como riscos fiscais ou contrariedades fáticas e jurídicas, sob pena de inexecução ilegal do orçamento.

A reavaliação da essência do orçamento, com a redução do coeficiente de discricionariedade atribuído ao administrador público para efeito de seu cumprimento, parte da premissa de que as disposições orçamentárias, enquanto plano de governo elaborado por uma conjugação volitiva entre os Poderes Executivo e Legislativo, devem ser levadas a sério e cumpridas como um imperativo de respeito aos órgãos legislativos e aos próprios cidadãos. A discricionariedade inerente à execução orçamentária é reduzida e admitida apenas como instrumento de racionalidade administrativa, cuja existência se justifica nos casos de desequilíbrios imprevistos na equação entre receitas e despesas, franqueando ao ordenador margem de liberdade para o atendimento de necessidades públicas. A discricionariedade não legitima práticas comuns como, por exemplo, o contingenciamento de empenhos sem a redução comprovada da arrecadação estimada (pressuposto de fato), ou a inexecução pura e simples de despesas previstas nas leis orçamentárias, sob pena de desvio da finalidade para a qual o instituto foi criado e de consequente abuso estatal²¹².

Na lição de Régis Fernandes Oliveira e Estevão Horvath²¹³,

O orçamento deixa de ser mera peça orçamentária para tornar-se

²¹¹ A propósito: APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 93.

²¹² A respeito: PINTO, Élda Graziane. *In: Políticas Públicas: possibilidades e limites*. p.89.

²¹³ OLIVEIRA, Régis Fernandes de; e HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. p. 101-112.

um poderoso instrumento de intervenção na economia e na sociedade. Passa a ser um programa de governo.

(...)

O que se pretende deixar claro, agora, é a nova concepção de lei orçamentária, como vinculativa da ação do Estado.

(...)

O que era uma atividade discricionária, que ensejava opções ao político na escolha e destinação das verbas, passa a ser vinculada.

(...)

Se a inexecução puder ser considerada como um excesso de poder, fora dos limites discricionários razoáveis, ela pode ser questionada judicialmente por quem tiver interesse jurídico na demanda. Se não existe ato totalmente discricionário, o Executivo sempre deve balizar a sua conduta de maneira condicionada ao sistema legal vigente, aí incluindo os princípios expressos no art. 37 CF. A proposta orçamentária e a autorização do Parlamento vinculam o Executivo à lei formal editada.

O Poder Executivo não possui, assim, uma carta de liberdade total na execução de políticas públicas, estando vinculado, por exemplo, à aplicação de um percentual mínimo de receita constitucionalmente afetado para as áreas de educação, da saúde e a fundos (art. 167, IV, c/c arts. 198, §2º, e 212 da CF²¹⁴), bem como ao cumprimento da lei orçamentária, à vedação de gastos não previstos e a outros fatores sindicáveis pela atividade dos demais Poderes.

²¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 26 mar. 2014.

CAPÍTULO 3

CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O presente capítulo trata especificamente do controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, no contexto da efetivação dos direitos fundamentais, no ambiente verificado no Estado Democrático de Direito.

Após breve síntese dos pontos de vista antagônicos envolvidos no assunto, o estudo tratará da questão relacionada à legitimidade do Poder Judiciário para, dentro do sistema da separação das funções do Estado e do modelo de democracia representativa, determinar o cumprimento das políticas públicas previstas na Constituição, atravessando aspectos ligados às perspectivas substancialista e procedimentalista da democracia. Na seqüência, as atenções se voltarão para a temática da eficácia das normas constitucionais, inclusive as programáticas, realizando-se uma conexão com a ideia justiciabilidade de todos os direitos fundamentais. Ato contínuo, passar-se-á a versar sobre a noção de discricionariedade dos Poderes Legislativo e Executivo, nas tarefas de formulação e implementação de políticas públicas, e o ponto crítico representado pela interferência do Poder Judiciário, nas condutas de tais Poderes, para garantia de conformidade com a Constituição. Em um penúltimo momento, abordar-se-á a cláusula da reserva do possível e as 03 (três) dimensões implicadas em sua análise, avaliando-se a questão da atuação jurisdicional impositiva de dispêndios em um cenário de escassez econômico-financeira. Por fim, será explicitado o fenômeno da crescente transferência, ao Poder Judiciário, de decisões sobre temas políticos fundamentais, destacando-se a dimensão política atualmente admitida na jurisdição, como os limites e possibilidades de uma atuação jurisdicional democrática, não invasiva de espaços reservados ao sistema político.

3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS: PROBLEMATIZAÇÃO.

A intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, no Estado Democrático de Direito, notadamente para a efetivação dos direitos fundamentais em todas as dimensões, traduz assunto atual e polêmico no universo jurídico, dividindo os posicionamentos dos operadores do Direito. Embora a discussão se faça mais sensível quando se trata de direitos prestacionais, inseridos entre os de segunda dimensão, que exigem uma postura ativa, gradativa e dispendiosa por parte do Poder Público, a tais direitos não se limita, tornando pertinente um debate amplo acerca do papel do Poder Judiciário na tarefa de realização democrática de todos os demais direitos fundamentais.

Os principais pontos de divergência, especialmente no que se refere à efetivação judicial dos direitos sociais e econômicos, mas não só deles, vêm assim resumidos por Aoife Nollan, Bruce Porter e Malcolm Langford²¹⁵:

Concerns about the justiciability of social and economic rights have been based on three general assumptions or propositions: (i) that social and economic rights are inherently different from civil and political rights; (ii) that is not legitimate or appropriate for courts to intrude in to the sphere of social and economic policy; and (iii) that courts or other decision-making bodies lack the capacity to properly adjudicate and enforce social and economic rights. All three of this assumptions are highly questionable²¹⁶.

A partir deste debate, a postura contrária ao controle jurisdicional, ou adepta de uma intervenção discreta e restrita, adota, resumidamente, conceitos como: **(a)** a separação dos Poderes do Estado, impedindo a invasão, pelo Poder Judiciário, da esfera de atuação reservada aos demais poderes; **(b)** a natureza tida como programática de determinados direitos fundamentais previstos na Constituição, sobretudo de cunho prestacional e aqueles, que, não possuindo densidade normativa suficiente para impor ao poder

²¹⁵ NOLLAN, Aoife; PORTER, Bruce; LANGFORD, Malcolm. **The justiciability of social and economic rights**: an updated appraisal. New York. Center of human rights and global justice working paper, n. 15, 2007, p. 6.

²¹⁶ “Preocupações sobre a justiciabilidade de direitos sociais e econômicos têm sido baseadas em três pressupostos gerais ou proposições: (i) os direitos sociais e econômicos são diferentes, por natureza, dos direitos civis e políticos; (ii) não é legítimo ou apropriado que os Tribunais se intrometam na esfera da política social e econômica; e (iii) os Tribunais ou outros órgãos de decisão não têm capacidade para julgar corretamente e fazer valer os direitos sociais e econômicos. Todos esses três pressupostos são altamente questionáveis”.

público a realização de seus preceitos, figuram como guias ou diretrizes a serem observadas quando possível e conveniente; (c) a discricionariedade política dos Poderes Executivo e Legislativo na fixação e na efetivação das políticas públicas; (d) a necessidade de se observar a cláusula da reserva do possível, nos campo fático e jurídico, como condicionante da implantação de direitos fundamentais²¹⁷; e (e) a diferenciação entre os sistemas político e jurídico, vedada mútua invasão.

O posicionamento adepto da intervenção mais acentuada do Estado-Juiz, noutro giro, propõe como premissas: (a) a releitura do postulado da tripartição dos poderes, a ser apreendido como meio para a realização das normas constitucionais de direitos fundamentais, reconhecendo a legitimidade democrática da conduta judicial que impõe o cumprimento da Constituição; (b) o resgate da força normativa das disposições constitucionais, mesmo as programáticas, com a consequente justiciabilidade dos direitos e sua capacidade de alterar a realidade fenomênica; (c) a mitigação da discricionariedade política dos poderes Executivo e Legislativo na missão de concretizar os direitos fundamentais, reconhecendo-se, por exemplo, a existência de políticas públicas preordenadas pela Constituição, de campos de vinculação em tema de políticas públicas e de omissões e atuações insuficientes do Estado na promoção dos direitos fundamentais; (d) uma compreensão diversa da cláusula da reserva do possível, considerada inapta à simples esquivas do poder público em relação aos direitos fundamentais que pressuponham dispêndios diretos; (e) a desmitificação da tese de que as leis orçamentárias constituem óbice às decisões que gerem gastos públicos; e (f) a dimensão política da atuação judicial, autorizando o controle ponderado das políticas para a concretização dos direitos fundamentais.

Passa-se a melhor desenvolver a pesquisa sobre o assunto.

3.2 SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL: SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO.

A atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas

²¹⁷ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 152.

públicas, não raro, adentra em rota de choque com o postulado da separação das funções do Estado, dado que, em princípio, a formulação e a implementação das referidas políticas são atribuições dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamente²¹⁸. Essa atuação judicial também repercute na busca por um conceito de legitimidade para assim proceder, inaugurando, com isso, um novo espaço público “desvinculado de clássicas instituições político-representativas”²¹⁹.

As preocupações acerca de uma atuação judicial ilegítima e seus óbices são resumidas por Aoife Nollan, Bruce Porter e Malcolm Langford²²⁰:

Another objection to the legitimacy of the courts dealing with social and economic rights is that judicial involvement in social and economic rights claims will result in a violation of the separation of powers among the three branches or organs of government (the legislature, the executive and the judiciary). This is because, where courts deal with social and economic rights, such activity allegedly entails the courts exercising functions traditionally associated with other, elected branches of government, such as considering budgetary implications and prioritising expenditure or dealing with programs and policies that normally belong on the agenda of the legislature. A final assertion is that, if social and economic rights are made justiciable and are vindicated by the courts, the result will tend to distort the traditional balance of the separation of powers between the judiciary and other branches of government in that more power will flow to the judiciary²²¹.

Contudo, ampla pesquisa bibliográfica denota que tais preocupações não devem ser apreendidas em termos absolutos. Conforme visto anteriormente, no Estado Democrático de Direito, a Constituição da República, ao ordenar o funcionamento das funções do Estado, gera a submissão de tais

²¹⁸ O princípio da separação dos Poderes foi estudado no Capítulo 1, item 1.2, e as atividades de formulação e implementação de políticas públicas foram estudadas no Capítulo 2, itens 2.7 e 2.8.

²¹⁹ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17.

²²⁰ NOLLAN, Aoife; PORTER, Bruce; LANGFORD, Malcolm. **The justiciability of social and economic rights: an updated appraisal**. p. 17.

²²¹ “Outra objeção à legitimidade dos tribunais para lidar com os direitos sociais e econômicos é que o envolvimento judicial em reivindicações de direitos sociais e econômicos irá resultar em uma violação da separação de poderes entre os três órgãos do Estado (poderes legislativo, executivo e judiciário). Isto porque, quando os tribunais lidam com direitos sociais e econômicos, tal atividade supostamente envolve os tribunais em funções tradicionalmente associadas a outros ramos, tais como considerar implicações orçamentárias e priorizar despesas ou lidar com programas e políticas que normalmente pertencem à agenda da legislatura. A afirmação final é que, se os direitos sociais e econômicos são feitos justiciáveis pelos tribunais, o resultado tende a distorcer o equilíbrio tradicional da separação de poderes entre o Judiciário e outros setores do governo, e mais poder fluirá para o Judiciário”.

poderes aos mandamentos constitucionais (princípio da supremacia)²²². Essa submissão projeta-se tanto no que pertine aos procedimentos necessários para a criação dos atos públicos (forma) quanto no que diz respeito aos valores a serem priorizados pela atuação do poder público (conteúdo). Significa que as disposições constitucionais (formais e materiais) não podem ser violadas pela conduta comissiva ou omissiva dos Poderes constituídos, verificando-se uma necessária vinculação e uma congruência dos Poderes às normas constitucionais.

Ainda no Estado Democrático de Direito, viu-se que os direitos fundamentais integram um dos aspectos nucleares das disposições constitucionais. Daí resulta, por extensão, que os comportamentos (positivos ou negativos) das funções do Estado devem manter-se sempre harmônicos aos direitos fundamentais de todas as dimensões e categorias, promovendo-os na máxima extensão possível, dentro da realidade vigente, e atendendo aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade surgidos em processo histórico-evolutivo²²³.

Segundo Luis Castillo Córdova²²⁴:

En efecto, los derechos fundamentales, en su vertiente jurídico-objectiva, reclama genéricamente de ellos (los poderes públicos) que, en el ámbito de sus respectivas funciones (legislativa, administrativa e judicial), coadyuven a fin de la implementación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos. Y es que, la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos (fundamentales) en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces e tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas²²⁵.

Tais noções implicam, como visto em item precedente²²⁶, uma atualização na mecânica de funcionamento do esquema liberal-clássico da separação dos Poderes do Estado, que deixa de centrar-se, desde então, em uma tripartição estanque das funções executiva, legislativa e judiciária para a garantia

²²² Referido princípio foi melhor estudado no Capítulo 1, item 1.3.

²²³ O tema foi estudado no Capítulo 2.

²²⁴ CÓRDOVA, Luis Castillo. **Derechos fundamentales e procesos constitucionales**. p. 106.

²²⁵ “Com efeito, os direitos fundamentais, em sua vertente jurídico-objetiva, reclamam genericamente deles (dos poderes públicos) que, no âmbito de suas respectivas funções (legislativa, administrativa e judicial), coadjuvem para que a implementação e o desfrute dos direitos fundamentais sejam reais e efetivos. E a sujeição dos poderes públicos à Constituição se traduz em um dever positivo de dar efetividade a tais direitos (fundamentais) quanto a sua vigência na vida social, dever que afeta o legislador, o executivo e os juízes e tribunais, no âmbito de suas respectivas funções”.

da liberdade, para ter como foco uma espécie de cooperação institucional voltada ao cumprimento da Constituição e à primazia de todos os Direitos Fundamentais.

A revisitação na lógica de funcionamento da separação das funções do Estado, atraindo como nota central a recíproca interferência para o cumprimento das disposições constitucionais, acaba por impactar no conceito tradicional de legitimidade para a formação das decisões estatais. No cenário atual, a ideia de legitimidade passa a desprender-se dos postulados de um sistema fundado exclusivamente na representação popular para ancorar-se, paralelamente, em um critério objetivo correspondente à conformação das práticas do Estado às normas constitucionais²²⁷ desde a perspectiva de conteúdo. Isso implica uma releitura do próprio conceito de democracia, não mais circunscrito a um método de criação das decisões coletivas, pelo povo ou a maioria de seus membros, diretamente ou por representantes²²⁸ (acepção formal), mas também como o efetivo compromisso das decisões tomadas durante esse procedimento com os valores democrático-constitucionais (acepção substancial).

O quadro acima é sintetizado por Luis Roberto Barroso, em trecho versando as acepções materiais e formais do Estado e da Democracia²²⁹:

A construção do Estado constitucional de direito ou Estado constitucional democrático, no curso do século XX, envolveu debates teóricos e filosóficos intensos acerca da dimensão formal e substantiva dos dois conceitos centrais envolvidos: Estado de direito e democracia. Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de *Rechtsstaat*, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de *rule of the law* e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit*, *Stato di diritto*.

Já no tocante à democracia, é possível considerá-la em uma

²²⁶ Conferir o capítulo 1 deste estudo, mais especificamente o item 1.2.

²²⁷ Nesse sentido: VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista Persa, y otros estudios sobre la Constitución**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. 1999, p. 535.

²²⁸ A propósito: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 77.

²²⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. p. 63.

dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas – como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção – realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. a democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais – mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nesta dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.

Dentro de tal realidade, a aferição da legitimidade das decisões coletivas, hoje, perpassa um duplo crivo: formal e substancial. Para efeito deste crivo, é certo que o sistema de representação popular garante a formação da vontade estatal por um procedimento político legítimo, satisfazendo o pressuposto formal desde que haja obediência ao processo legislativo. Mas o circuito assim estabelecido nem sempre assegura a legitimidade material das decisões públicas. Em favor das decisões tomadas pelos representantes eleitos pelo povo milita uma crença ou impressão inicial de legitimidade²³⁰, traduzida na presunção de constitucionalidade das leis e na presunção de legalidade dos atos administrativos, conferindo a ambos o atributo da vigência assim que editados. Essa presunção derivada apenas do procedimento e da investidura, contudo, não se confirma em todas as situações jurídicas e pode ser afastada perante a “evidência de ilegitimidade no desempenho e na destinação do poder (argumento legitimatório)”, pois, como já dito, “a manifestação da vontade estatal, ainda que democraticamente recolhida, se subordina à axiologia constitucional (argumento de constitucionalidade)²³¹”. Além disso, diante de vários fatores que contribuem para uma crise no sistema representativo, como o descrédito nas instituições políticas, os escândalos de corrupção, a cultura patrimonialista e clientelista,

²³⁰ Nesse sentido: BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Curitiba: Multideia, 2013, p. 103.

²³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. In: **Políticas públicas: possibilidades e limites**. p. 54.

assim como a submissão do político ao econômico²³², afirma-se que “a mera representação política do cidadão, nos executivos e nos legislativos, não mais comunica sua vontade”²³³, havendo a possibilidade de normas editadas segundo os padrões formais possuírem vigência, mas não ostentarem validade substancial ao serem contrapostas com o conteúdo e os valores encartados na Constituição.

A posição de Luigi Ferrajoli²³⁴ fundamenta tal raciocínio:

Por el isomorfismo que siempre existe entre derecho y sistema político, este cambio de las condiciones de la validez das normas retroactúa sobre las condiciones de la democracia, ellas mismas ya no solo formales sino también sustanciales. (...) En consecuencia, há cambiado la relación entre la política y el derecho. Ya no es el derecho que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte em instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponem los principios constitucionales: vínculos negativos, como los generados por los derechos de libertad que no pueden ser violados; vínculos positivos, como los generados por los derechos sociales que deben ser satisfechos. De este modo, política y mercado – activados y legitimados, una por el ejercicio de los derechos políticos, el otro por el ejercicio de los derechos civiles de autonomia – forman la esfera de lo decidible, rigidamente delimitada por la esfera de lo indecidible integrada por el conjunto de derechos fundamentales²³⁵.

Portanto, pode-se dizer que sistema representativo e o produto estatal dele advindo não servem como parâmetro único para aferição da legitimidade das decisões políticas, necessária se demonstrando a vinculação das práticas de todos os Poderes aos direitos fundamentais e à concretização das políticas públicas destinadas a implementá-los. Por isso, torna-se possível ao Poder Judiciário, ainda que não disponha de representatividade popular imediata,

²³² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**. p. 215.

²³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *In*: **Políticas públicas: possibilidades e limites**. p. 54.

²³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Poderes salvages: la crisis de la democracia constitucional**. madrid: Trotta, 2011, p. 25.

²³⁵ “Por conta do isomorfismo sempre existente entre o direito e o sistema político, esta mudança nas condições de validade das normas repercute nas condições da democracia, elas mesmas não apenas formais, mas também substanciais (...). Em consequência, houve um câmbio na relação entre política e direito. Já não é o direito que deve ser subordinado à política como seu instrumento, mas a política que deve se converter em instrumento de atuação do direito, submetida aos vínculos impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelos direitos dos liberdade que não podem ser violados; vínculos positivos , como os gerados pelos direitos sociais que devem ser satisfeitos. Deste modo, política e mercado - habilitados e legitimados, um exercício dos direitos políticos, o outro pelo exercício de direitos civis de autonomia, formam a esfera do decidível, rigidamente delimitada pelo esfera do indecidível integrada pelo conjunto de direitos fundamentais”.

interferir nas ações e omissões dos demais Poderes sempre que se caracterizar o divórcio entre a ação ou omissão destes Poderes e as normas constitucionais. A possibilidade de o Poder Judiciário realizar tal interferência acha fundamento em novas teorizações acerca da legitimidade do exercício da jurisdição. Exemplo disso é a legitimidade funcional²³⁶ advinda, no Brasil, de institutos previstos na própria Constituição, como a ação civil pública e a ação popular, autorizando o Poder Judiciário a decidir na órbita de direitos coletivos. Outro exemplo é a legitimidade ou representação argumentativa²³⁷ na jurisdição constitucional, por meio da qual uma decisão judicial sobre temas políticos se torna legítima quando, com base em argumentos racionais, a população se convença de que o comando judicial tem mais qualidades democráticas do que a decisão política omitida ou tomada pela maioria em desrespeito aos direitos das minorias na Constituição.

Iuri Bolesina e Mônia Clarissa Hennig Leal²³⁸ discorrem sobre essa representação argumentativa da jurisdição constitucional democrática:

(...) O Judiciário, que classicamente não é visto como um poder estatal democrático (por não ser popularmente representativo), pode vir a ser. Modernamente, tal situação é bem tratada pelas premissas do constitucionalismo democrático, aliado à ideia de uma jurisdição constitucional aberta. Significa dizer que a jurisdição (e a jurisdição constitucional em particular) deve estar aberta para a deliberação de todos, assumindo-a, e ela assumindo-se como verdadeiro canal de representação popular, num processo de avaliação e debate acerca da Constituição e da sociedade, sem que, contudo, se possa extrapolar limites substanciais que são apresentados pelos direitos fundamentais e desde que a decisão seja devidamente justificada.

A busca por um conceito sobre a legitimidade democrática da atuação judicial na cena contemporânea é delicada. A análise sobre a amplitude, a intensidade, a legitimidade e a forma de intervenção do Poder Judiciário em temas políticos, em um Estado Democrático de Direito, varia conforme se confira feição procedimentalista ou substancialista à democracia.

Como corrente de pensamento, o procedimentalismo

²³⁶ Nesse sentido: VIANNA, Luiz Werneck. “Apresentação”. In: VIANNA, Luiz Werneck. (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. p. 8.

²³⁷ A propósito: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 292.

posiciona-se de forma refratária à invasão da política e da sociedade civil pelo Direito²³⁹. Jurgen Habermas, expoente de tal corrente, defende que, nos Estados Democráticos, a vontade coletiva deve ser concebida e legitimada a partir de um agir comunicativo, no qual a formação das decisões políticas deve dar-se pelo acesso à informação, pelo fomento à participação ativa dos cidadãos e pelo consenso da maioria. Assim, ao serem garantidas formas generalizadas de participação popular no discurso público, mediante a circulação de sentido em uma sociedade descentralizada e pluralista, as decisões obtidas como resultado dessa racionalidade comunicativa passam a possuir validade não apenas formal ou instrumental, mas também material. Tais decisões superam, em termos de legitimidade, a simples imposição de decisões pelo Estado, mediante a assunção de posturas paternalistas, fundadas em supostos valores constitucionais para a tutela de uma cidadania passiva e não-participativa²⁴⁰. A ideia básica, assim, não está em identificar um conteúdo normativo específico a partir de valores, mas em estabelecer um procedimento, tido como democrático e participativo, de fundamentação dos conteúdos normativos possíveis. Por seu turno, Antoine Garapón, também adepto do procedimentalismo, sustenta que a ingerência excessiva do Poder Judiciário na sociedade e na política, ou o “excesso do Direito”, pode “desnaturalizar a democracia”²⁴¹ com a erosão e o descrédito do sistema representativo, fazendo com que, diante do inadimplemento de promessas, o Poder Judiciário se transforme, indevidamente, no repositório das esperanças da população, com a perniciosa perda do espírito público, do espaço e da credibilidade das demais instituições. Para os procedimentalistas, então, a função central do Estado Democrático de Direito pertence ao Poder Legislativo, tocando ao Judiciário o papel de simples garantidor do circuito de formação de decisões políticas, resguardando as regras do jogo e garantindo a legitimidade

²³⁸ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. p. 105.

²³⁹ Cfe. STAFFEN, Márcio Ricardo; ABREU, Pedro Manoel. **Reflexões sobre o modelo participativo de processo jurisdicional brasileiro**. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (org). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Alteridade: Curitiba, 2012, p. 621.

²⁴⁰ Para maiores informações, conferir a obra: HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

²⁴¹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001, p. 53.

pelo procedimento, sem transformar-se em um regente republicano da cidadania.

A perspectiva substancialista, em outra vertente, encampa a lógica de que o Poder Judiciário deve destinar-se a garantir a efetividade das normas e valores constitucionais e a concretização dos direitos fundamentais, não se limitando a assegurar os métodos usuais de formação da opinião pública. Tal eixo identifica-se com o pensamento, dentre outros, de Ronald Dworkin, para quem as decisões judiciais devem respeitar e prestigiar os valores morais, os fins públicos e as regras extraídas da Constituição, exercendo uma postura ativa e construtiva na criação do Direito com vistas a esse ideal²⁴². Luigi Ferrajoli também aproxima-se da corrente substancialista, ao dividir o Direito como um sistema de garantias e vínculos materiais aos poderes públicos, impondo-lhes obediência ao conteúdo da Constituição e reforçando o papel da jurisdição como instrumento de garantia dessa necessária conformação pública aos valores democráticos²⁴³. Tais características situam o Poder Judiciário, no modelo substancialista, em papel de proeminência em relação ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, convertendo-o assim em “instrumento de resgate dos direitos não realizados”²⁴⁴.

Mônia Clarissa Hennig Leal²⁴⁵, sobre tais correntes, expõe:

Assim, aqueles que se filiam ao procedimentalismo reservam à jurisdição constitucional um papel – apesar de que, como vimos, também ativo – que se limita ao controle dos procedimentos democráticos, voltados, em suas diferentes variantes, para a conformação dos conteúdos e das decisões constitucionais fundamentais, sem cogitar sobre – e em certo sentido até negando – a possibilidade de vinculação entre os aspectos material e processual,

Já aqueles que aderem ao substancialismo parecem, de uma maneira geral, tender a olvidar ou relegar a um segundo plano os aspectos procedimentais, que, diante da imensa tarefa de caráter teleológico que é reservada aos Tribunais Constitucionais no sentido da realização dos valores e conteúdos da Constituição, acabam sendo suplantados ou tendo seus desvirtuamentos compensados e superados pela atuação salvadora da jurisdição.

²⁴² Sobre o assunto, conferir a obra DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁴³ O tema vem tratado na obra já antes citada: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia e garantismo**.

²⁴⁴ STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 42.

²⁴⁵ LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2007, p. 201.

Sobre o assunto, Luis Roberto Barroso²⁴⁶ aponta que:

No ambiente da democracia deliberativa, a Constituição deve conter – e juízes e tribunais devem implementar – direitos fundamentais, princípios e fins públicos que realizem os grandes valores de uma sociedade democrática: justiça, liberdade e igualdade. Os substancialistas manifestam sua adesão explícita a esses valores e admitem o controle do resultado das decisões políticas que supostamente os contravenham. Já os procedimentalistas não concebem o papel do intérprete constitucional como o de um aplicador de princípios de justiça, mas como um fiscal do funcionamento adequado do processo político deliberativo.

No confronto entre as perspectivas, a visão substancialista parece guardar maior identificação com a realidade brasileira, marcada por uma sociedade ainda de exclusão, em que as instâncias políticas pouco satisfazem os anseios populares, a cidadania ainda encontra-se em fase de conscientização sobre a participação ativa e as promessas da modernidade não foram cumpridas, atraindo necessidade de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado-Juiz.

A visão substancialista também se torna aparentemente mais consentânea para o resguardo, na realidade da democracia brasileira, dos direitos da minoria perante deliberações majoritárias²⁴⁷. A tensão existente entre o princípio democrático-representativo e a efetivação, pelo Poder Judiciário, das normas de direitos fundamentais, representa um contraponto permanente entre democracia e Constituição, permitindo compreender, também, “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación”²⁴⁸⁻²⁴⁹. Essa tensão aparece porque os direitos fundamentais “são posições tão importantes que a decisão de garanti-los ou não garanti-los não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”²⁵⁰, sendo insuficiente que a Constituição se limite a explicitá-los, sem assegurá-los, para que, com base na invocação do princípio majoritário, possam ser negaceados “pela coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade

²⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 114.

²⁴⁷ A propósito: GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013, p. 120.

²⁴⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. p. 158.

²⁴⁹ “O delicado da relação entre jurisdição e legislação”.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 446.

popular em um qualquer momento”²⁵¹. Para a própria democracia, cujo alcance passa pelo cumprimento dos direitos fundamentais, é necessário que o Poder Judiciário afirme tais direitos perante ações ou omissões de maiorias episódicas, perante o poder persuasivo da imprensa ou perante o poder econômico, exercendo, por vezes, uma legítima função contramajoritária²⁵² destinada a criar um quadro institucional de desenvolvimento democrático definitivo dos direitos fundamentais, não bastando a simples fiscalização da validade do procedimento.

Para Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto²⁵³:

(...) agora a produção jurídica está disciplinada por normas, tanto formais como substanciais, e nessa construção as Constituições são fundamentais, já que é na sua primazia como sistema de limites e vínculos para a maioria que deve ser reconhecida a dimensão substancial da Democracia, em contraposição à dimensão meramente formal, constituída precisamente pelo princípio da maioria e que ignora o principal fundamento do Estado Constitucional de Direito: a extensão do princípio da legalidade também ao poder da maioria.

Dentro desse contexto, pode-se concluir que é legítimo ao Poder Judiciário, ainda que não disponha de representatividade popular imediata, e mesmo que a formulação e a implantação de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais constituam atribuição dos Poderes Legislativo e Executivo, interferir na atividade dos demais Poderes para tornar real a Constituição jurídica, sempre que se caracterizar a violação, por ação, omissão ou proteção insuficiente, às normas-regras e aos princípios constitucionais. O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, não é “um mero carimbador de decisões políticas das demais funções”²⁵⁴, pensamento que não viola, na essência, a finalidade do princípio da tripartição dos poderes e o próprio ideal de democracia, desde que sejam observados determinados limites e possibilidades de atuação²⁵⁵.

²⁵¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. 4. Coimbra: Coimbra ed., 1993, p. 178.

²⁵² Nesse sentido: BINENBJOM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 50.

²⁵³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). p. 63.

²⁵⁴ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**, p. 42.

²⁵⁵ Referidos limites e possibilidades serão estudados, por motivo de sistematização do trabalho, na parte final deste Capítulo e da presente dissertação, mais especificamente no item 3.6.

3.3 PROGRAMATICIDADE E JUSTICIABILIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A atuação do Poder Judiciário no sentido de materializar os direitos fundamentais, com frequência, também é questionada com base em fundamentos como a eficácia reduzida das normas constitucionais, especialmente as que instituem programas a serem seguidos pelo Estado, e o baixo coeficiente de exigibilidade de determinadas previsões constitucionais, principalmente as que atribuem ao Estado o atendimento de prestações positivas.

Também tais críticas, contudo, devem ser lidas com cautela.

A classificação das normas constitucionais no plano eficaz, conforme a aptidão que possuem para irradiar efeitos, foi objeto de prévio estudo em tópico específico deste trabalho²⁵⁶. Na ocasião, consignou-se que, qualquer que seja a categoria em que se insira determinada norma de direito fundamental (e ainda que seja programática), o direito nela previsto deve ser viabilizado na maior extensão possível dentro das condições fáticas e jurídicas, conclusão extraída de preceito constitucional aplicável a todas as gerações de direitos e que figura um como amplificador da eficácia dos direitos fundamentais.

A tendência de associar as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais a normas de baixa eficácia, ou a normas de caráter meramente programático, para daí negar-lhes a condição de fundamento de pretensões, é imprecisa²⁵⁷ e deriva de uma visão tradicional que limita o papel da Constituição à organização política do Estado, preterindo a finalidade de promoção dos direitos fundamentais²⁵⁸, marca do Estado Democrático de Direito.

A imprecisão de tal ótica reducionista pode ser identificada a partir das próprias normas constitucionais, servindo como exemplo a regra que, mesmo no âmbito dos direitos prestacionais, dispõe que “o acesso ao ensino

²⁵⁶ Conferir, sobre o tema, o capítulo 2, item 2.4, subitens 2.4.1 e 2.4.2, em que constam as classificações das normas constitucionais e a contextualização dos direitos fundamentais dentro dessas classificações.

²⁵⁷ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 211.

²⁵⁸ Cfe. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 232.

obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (art. 208, §1º, da CF)²⁵⁹. Os exemplos se reproduzem, aliás, em todas as dimensões de direitos, existindo disposições que franqueiam aos cidadãos uma prestação prontamente exigível do poder público, como o imediato relaxamento (art. 5º, LXV, da CF)²⁶⁰, pela autoridade judiciária, das prisões ilegais (direito de primeira dimensão), e a previsão (art. 225, *caput*, da CF)²⁶¹ de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (direito de terceira dimensão). Mostra-se, assim, prematura a conclusão que, apegada ao discurso da programaticidade, estabelece uma redução (já *a priori*) da eficácia das normas de direitos fundamentais, existindo regras e princípios que, em razão de aspectos como a estrutura redacional do preceito que enuncia o direito, da natureza essencial de tal direito, das condições fáticas subjacentes à enunciação e da própria amplificação eficaz dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF)²⁶², podem ser desde logo invocados, quando descumpridos pela ação ou pela omissão do poder público ou de particulares²⁶³, estabelecendo, em tal quadro, verdadeiros direitos justiciáveis.

Acerca do tema, Ingo Wolfgang Sarlet²⁶⁴ observa:

A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional despida de eficácia e aplicabilidade. O quanto de cada direito fundamental poderá desencadear dependerá, por

²⁵⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

²⁶⁰ ²⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

²⁶¹ ²⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

²⁶² ²⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

²⁶³ Embora as normas constitucionais possuam, em regra, configuração redacional aberta, foi esclarecida, em tópico anterior deste trabalho (itens 2.2.1 e 2.2.2), a lógica de acionamento das consequências jurídicas de tais normas, pressupondo-se que a ação ou a omissão do Estado ou da sociedade (pressuposto fático) interfira no direito tutelado (âmbito de proteção) pela norma constitucional definidora.

²⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 269.

outro lado, sempre da sua forma de posituação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.

Mesmo as normas efetivamente programáticas, em tal contexto, longe estão de se afigurar estéreis. Embora não reúnam densidade normativa suficiente para serem aplicadas de plano e tão logo editadas, pressupondo, como regra, um tempo gradual de maturação e uma atividade legislativa complementar, essas normas não são anêmicas, não se reduzem a uma promessa retórica e inconsequente de amor, não corporificam meros alvitre, conselhos, exortações, “espumas ao vento”²⁶⁵ ou convites, não conferindo ao poder público e à sociedade um *free pass* para ignorá-las. Toda norma jurídica tem conotação preceptiva e não apenas moral²⁶⁶. As normas programáticas disso não divergem. Essas normas costumam congregam os objetivos fundamentais da república como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e o bem estar de todos sem distinção (art. 3º, I a IV, da CF)²⁶⁷, implicando violação a tais valores as práticas governamentais ou civis que deles se distanciam para objetivos diversos e não previstos como primaciais na Constituição. A programaticidade não desvincula o Poder Público, seja na atividade legiferante, seja na função administrativa, do dever de conformar as suas práticas aos programas constitucionais dotados de grau de normatividade.

Assim, sempre que, em situação específica, verificar-se manifesto descaso com as metas constitucionais, quando houver transcorrido longo período de inércia estatal²⁶⁸, caso constatado o divórcio entre as práticas do Poder Público e a gradativa implantação de direitos programados ou quando eleitas prioridades que amesquinhem, visivelmente, os mencionados direitos,

²⁶⁵ Menção à música do cantor e compositor Raymundo Fagner, intitulada “Espumas ao Vento”.

²⁶⁶ Cfe. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. p. 11.

²⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

²⁶⁸ Importante ressaltar que a Constituição da República, editada em 1988, possui até hoje, transcorridos mais de 20 (vinte) anos, grande parte de seus programas não implementados, não servindo o caráter programático de tais normas para legitimar eternamente o desatendimento aos direitos fundamentais. Embora as normas instituam metas a serem cumpridas com o tempo, não podendo ser aplicadas de plano, é certo que, decorrido tempo suficiente sem que sejam cumpridas e sem justificativa para tanto,

deve admitir-se a intervenção cooperativa do Poder Judiciário nas demais esferas para garantir o cumprimento da Constituição. Tal intervenção pode ocorrer em ação individual ou coletiva, exigindo-se que o Estado, por meio dos demais Poderes, observe as normas e programas sobre direitos fundamentais, mediante decisão judicial exarada preferencialmente sem caráter abstrato, direcionada ao caso concreto²⁶⁹. Conclusão contrária, permitindo o inadimplemento dos programas, pelo Estado, sem quaisquer consequências, seria reduzir as normas programáticas a um nada jurídico, malferindo a lógica de que os direitos fundamentais devem ser efetivados na maior extensão. Daí a impossibilidade de se “comodamente atribuir a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional”²⁷⁰.

Luis Roberto Barroso²⁷¹, similarmente, anota:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a documentação era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos poderes públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador e à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Uma vez investida na condição de norma jurídica, a norma constitucional passou a desfrutar dos atributos essenciais do gênero, dentre os quais a imperatividade. Não é próprio de uma norma jurídica sugerir, recomendar, aconselhar, alvitrar. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais contêm comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica e não apenas moral. Logo, sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhes a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão. É bem de ver, nesse domínio, que as normas constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nessa matéria, nelas vislumbrando prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica.

A noção de força normativa da Constituição²⁷² autoriza

²⁶⁹ Nesse sentido: FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; BITTAR, Eduardo C.B. (Orgs). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. p. 155.

²⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. p. 218.

²⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. p. 298.

afirmar que, na inação dos Poderes constituídos, isto é, no descumprimento de programas constitucionais baseado em outras opções políticas reivindicadas pelos fatores reais de poder, autoriza-se a aplicação de normas constitucionais, mesmo programáticas, como fundamento de uma pretensão jurídica, não servindo como escusa pura e simples do Poder Público o apelo ao déficit de concreção de tais normas²⁷³, sob pena de se convolar a Constituição em mera folha de papel sem interferência na realidade social e política do país. A conversão de programas, por vezes, em direitos decorre de a Constituição conter uma “força própria, ordenadora e conformadora da vida do Estado”²⁷⁴, não se limitando a justificar as relações dominantes ou as opções políticas que a desrespeitem. E, embora as normas constitucionais não devam divorciar-se das condicionantes da situação histórica, é certo que não possuem eficácia apenas caso adaptadas a essa realidade, logrando converter-se, “elas mesmas, em força ativa”, em “mais do que uma ordem legitimada pelos fatos”²⁷⁵. Assim, o conflito entre a realidade e as previsões constitucionais não deve resolver-se, necessariamente, em desfavor destas, competindo aos operadores jurídicos a formação de uma vontade constitucional no sentido de aplicar as normas constitucionais sempre que, em uma análise concreta, constatar-se que vêm sendo escamoteadas pelo Estado.

Conforme Konrad Hesse²⁷⁶:

Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua prática. De todos os partícipes da vida constitucional, exige-se partilhar aquela concepção anteriormente por mim denominada vontade da constituição (*Wille zur Verfassung*). Ela é fundamental, considerada global ou singularmente.

Todos os interesses momentâneos – ainda quando realizados – não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição.

No mesmo sentido, Gisele Cittadino²⁷⁷ assevera que a:

(...) dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais que, será tanto mais efetiva quanto maior for a eficácia normativa da

²⁷² Sobre o tema, conferir o Capítulo 1, item 1.3.

²⁷³ Nesse sentido: APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. p. 17.

²⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. p. 11.

²⁷⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. p. 21.

²⁷⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. p. 21.

²⁷⁷ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. p. 34.

Constituição, também depende da operosidade das instituições encarregadas de seu cumprimento. E o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição – já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade –, tem um papel proeminente. Mais que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo democrático brasileiro defende uma idéia de jurisdição constitucional que atue como regente republicano das liberdades positivas.

Estudos doutrinários vêm avançando, aliás, no que se refere à intensificação da justiciabilidade dos direitos fundamentais, compreendida como a possibilidade de torná-los todos justiciáveis, isto é, exigíveis judicialmente no Estado Democrático de Direito. Para Victor Abramavich e Christian Courtis²⁷⁸⁻²⁷⁹, em matéria de direitos fundamentais, notadamente em se tratando de direitos prestacionais, é necessário teorizar a criação de uma “adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante um juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de alguns de las obligacionais que se derivan del derecho”.

Para tanto, faz-se mister que se reconheça a efetividade das normas de direitos fundamentais, conforme acima exposto, mas não só. Torna-se também imperativo desfazer o mito de que os direitos sociais e econômicos (segunda dimensão), por exigirem prestações positivas do Estado, possuem menor coeficiente de exigibilidade se comparados aos direitos de liberdade, que se limitam a reclamar abstenções estatais (primeira dimensão), procedendo-se a uma espécie de unificação teórica que os aproxime nesse aspecto. Tal raciocínio vem ilustrado em precedente do Supremo Tribunal Federal²⁸⁰, de lavra do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “A incindibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os vários tipos de direito determinam a superação de modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais”.

²⁷⁸ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004, p. 36.

²⁷⁹ Adequada justiciabilidade, entendida como a possibilidade de reclamar perante um juiz ou tribunal de justiça o cumprimento ao menos de algumas das obrigações que derivam do direito.

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633703/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

No mesmo sentido, Jairo Gilberto Schaefer²⁸¹ registra que:

A compreensão dos direitos fundamentais, como categoria juridicamente cindível em dois grupos estruturalmente diferentes, acabou por gerar efeitos deletérios no que se refere à efetivação de parte relevante dos direitos do homem, qual seja, os direitos fundamentais sociais, no momento em que estabeleceu hierarquia valorativa entre os dois grupos, criando regimes específicos e princípios somente aplicáveis a determinados direitos e relegando outras posições jurídicas a segundo plano, no que diz respeito à incorporação de direitos ao patrimônio jurídico e concreto dos cidadãos.

Assim, defende-se atualmente que a distinção tradicional entre direitos negativos e positivos, diante da idêntica fundamentalidade, não se funda em um critério consistente e apenas contribui, indevidamente, para o enfraquecimento da segunda categoria. A diferenciação é indevida porque tanto os direitos de liberdade quanto os prestacionais apresentam perspectivas ativas e passivas do ponto de vista do comportamento estatal, verificando-se, tão-somente, uma predominância em cada categoria. O direito à liberdade expressão, por exemplo, requer não apenas que o Estado se abstenha de censurar, mas que crie condições favoráveis à garantia da livre externalização do pensamento²⁸². Em outro oposto, o atendimento do direito à saúde não se esgota na prestação de serviços idôneos pelo Estado, mas supõe que este se abstenha de lesar a saúde ou retroceder na qualidade dos serviços. As diferenças entre os direitos negativos e positivos, portanto, são antes de grau do que de substância, descabendo desprestigiar os direitos prestacionais apenas por demandarem, de forma preponderante, um agir visível por parte do Estado. Consequentemente, “es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas”²⁸³⁻²⁸⁴.

Consoante Victor Abramovich e Christian Courtis²⁸⁵:

En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como um complejo de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar

²⁸¹ SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. p. 70.

²⁸² Cfe. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 29.

²⁸³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 36.

²⁸⁴ É falso que as possibilidades de justiciabilidade destes direitos sejam escasas.

²⁸⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 25-26.

em ciertos ámbitos y de realizar una serie de funciones, a efecto de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares. Dada la coincidencia histórica de esta serie de funciones positivas con la definición del Estado liberal moderno, la caracterización de los derechos civiles y políticos tiende a naturalizar esta actividad estatal, y a poner énfasis sobre los límites de su actuación.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y por ello que a veces se los denomina derechos-prestación. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente²⁸⁶.

Aoife Nollan, Bruce Porter e Malcolm Langford²⁸⁷ também observam a existência de caracteres positivos e negativos em quaisquer direitos:

All human rights require a combination of negative and positive conduct from states and varying levels of resources. For instance, an individual's political right to participate in the political life of her state by exercising her right to vote cannot be ensured without the state providing that elections are held at periodic intervals. Furthermore, it is clear that social and economic rights do not merely impose positive obligations. Where someone enjoys a social and economic right, the state is prohibited from acting in a way that would interfere with or impair the individual's enjoyment of that right²⁸⁸.

²⁸⁶ Em resumo, a estrutura dos direitos civis e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas do Estado: a obrigação de abster-se de atuar em certas áreas e de executar uma série de funções, a fim de garantir o gozo da autonomia individual e evitar que sejam violados por outros particulares. Dada a coincidência histórica dessa série de funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a naturalizar essa atividade estatal e enfatizar os limites de sua atuação.

A partir dessa perspectiva, as diferenças entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais são diferenças de grau, mais que diferenças substanciais. Pode-se reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais são obrigações de fazer, e por isso que às vezes eles são chamados de direitos prestacionais. No entanto, não é difícil descobrir, quando se observa a estrutura desses direitos, a existência concomitante de obrigações de não fazer: o direito à saúde implica a obrigação do Estado de não prejudicar a saúde; o direito à educação implica a obrigação de não piorar a educação; o direito à preservação de um meio ambiente saudável gera a obrigação de não destruir o meio ambiente.

²⁸⁷ NOLLAN, Aoife; PORTER, Bruce; LANGFORD, Malcolm. **The justiciability of social and economic rights**: an updated appraisal. p. 07.

²⁸⁸ Todos os direitos humanos exigem uma combinação de conduta negativa e positiva de estados e diferentes níveis de recursos. Por exemplo, direito político de um indivíduo a participar da vida política do seu estado, exercendo seu direito de voto não pode ser assegurada sem o Estado, desde que as eleições são realizadas em intervalos periódicos. Além disso, é claro que os direitos

Esses aportes indicam a similitude, em substância, entre os direitos de liberdade e prestacionais, desconstruindo a visão que lhes atribui regimes jurídicos diversos. A partir daí, confere-se-lhes idêntica eficácia, a mesma vinculação ao núcleo essencial e as mesmas garantias, inclusive quanto à proteção judicial²⁸⁹. Isso firma, para Jairo Gilberto Shaefer, a “eficácia jurídica obrigatória aos direitos sociais, retirando-os da exclusiva esfera programática” e, ainda, “contribuindo-se decisivamente para a efetivação social desses direitos”²⁹⁰.

A adequada justiciabilidade dos direitos fundamentais, com ênfase nos direitos prestacionais, ainda pressupõe o desapego ao conceito de direito subjetivo cunhado a partir do modelo jurídico liberal-individualista²⁹¹. A noção de direito subjetivo criada para reger as relações de direito privado, vazada na prerrogativa de exigir de outrem uma prestação jurídica certa e determinada, não pode ser transposta ao ramo do direito público²⁹² e à esfera dos direitos fundamentais, em que as normas possuem um grau elevado de abertura e vagueza, mas nem por isso restam ineficazes. Há necessidade de que sejam buscados novos fundamentos para a exigência de tais direitos, como a força normativa da Constituição, bem como de que sejam disponibilizados instrumentos processuais avançados e adequados para a tutela de direitos²⁹³ pelo Judiciário.

De acordo com Flavia Piovesan e Renato Stanzola Vieira²⁹⁴:

Ainda que incipiente, a justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos na experiência brasileira é capaz de invocar um legado transformador e emancipatório, com a ruptura gradativa de

sociais e econômicos não se limitam a impor obrigações positivas. Onde alguém goza de um direito social e econômico, o Estado está proibido de agir de uma forma que iria interferir ou prejudicar o gozo do indivíduo desse direito.

²⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais**. In: Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao professor João Lumbrals. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: 2000, p. 347.

²⁹⁰ SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. p. 70.

²⁹¹ Nesse sentido: CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. p. 30.

²⁹² A propósito: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1a ed. 2a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

²⁹³ Cfe. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 40.

²⁹⁴ PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Sevilla: Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades. n. 15, abr/2006, p. 146.

uma visão conservadora e formalista do Poder Judiciário.

Por fim, importante destacar que, em precedentes recentes, o Supremo Tribunal Federal, ao acolher pretensões baseadas em normas de direitos fundamentais, mesmo em normas de cunho prestacional e programático, vem reconhecendo a eficácia e justiciabilidade de tais direitos. Como exemplos, podem ser citadas decisões que determinaram, em ações individuais, o acesso a serviços de saúde ou o fornecimento de medicamentos²⁹⁵, e acórdãos que prescreveram, em ações civis públicas para defesa de direitos homogêneos e coletivos, mandamentos para a criação da defensoria pública²⁹⁶, o aumento de leitos em unidade de terapia intensiva²⁹⁷, a ampliação e melhoria no atendimento a gestantes em maternidades estaduais²⁹⁸, e o destacamento de agentes policiais para a garantia de segurança em estabelecimento de custódia de adolescentes²⁹⁹.

3.4 DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL

A discricionariedade nas tarefas de criação e efetivação de direitos fundamentais, por meio de políticas públicas e da aplicação das normas constitucionais, é outro ponto lembrado, com frequência, como óbice ou freio à atuação judicial em tais misteres. Segundo Flavia Piovesan e Renato Stanzola Vieira³⁰⁰, “o argumento central” para tais restrições “é que não cabe ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração”.

A crítica é bem ilustrada por Elival da Silva Ramos³⁰¹:

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 554088/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 598212/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 740800/RS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 581352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

²⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 810410/GO. Relator: Ministro Celso Dias Toffoli. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

³⁰⁰ PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. p. 144.

³⁰¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 128.

A categoria teórica da discricionariedade, em qualquer uma de suas vertentes, está fortemente vinculada ao princípio da separação dos Poderes. Importa na contenção do controle jurisdicional em favor do Poder Legislativo ou da Administração, diante da inexistência de limitação normativa ou em face do entendimento de que as normas existentes não autorizam ao Poder Judiciário a imposição de determinado padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo poder controlado. Esse entendimento, por si, já decorre de um modo de compreender o ordenamento jurídico, a partir da ideia de adequação orgânico-funcional, em consonância com o princípio da separação.

Na doutrina estrangeira, Augusto Martín de la Vega³⁰² anota:

La discricionalidad se configura como una zona crítica de las relaciones entre juez de constitucionalidad y poder legislativo; la generalidad de las formulaciones constitucionales, el frecuente reenvío a conceptos indeterminados e metajurídicos, la presencia de fines constitucionalmente prescritos para la función legislativa, conllevan inevitablemente que el control de la ley se vuelva cada vez más penetrante y en definitiva producen que ‘il confine tra legittimità e merito si fa sottilissimo e rischia a volte di essere oltrepassato’.

³⁰³

Os processos de formulação e implantação de políticas públicas, como enfatizado³⁰⁴, são mesmo informados por alta dose de discricionariedade. Segundo Karl Engisch³⁰⁵, a definição do poder discricionário é dos “mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito”. Ainda assim, pode-se tentar defini-la como a margem de liberdade conferida pela Constituição ou pela lei aos agentes públicos para, segundo critérios de conveniência e oportunidade, elegerem a solução que melhor atenda às finalidades do Estado em situações plurívocas que, por envolverem conceitos jurídicos indeterminados, por não comportarem uma só conduta estatal ou por considerarem aspectos técnicos, admitem mais de uma opção a ser trilhada, autorizando as autoridades políticas e

³⁰² VEGA, Augusto Martín de la. **La sentencia constitucional em Itália: tipología y efectos de las sentencias em la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2003, p. 299.

³⁰³ A discricionariedade é configurada como uma zona crítica da relação entre a jurisdição constitucional e o poder legislativo; a generalidade das formulações constitucionais, o freqüentes reenvio a conceitos indeterminados e metajurídicos, a presença de fins constitucionalmente prescritos para a função legislativos, levam inevitavelmente a que o controle da lei seja cada vez mais penetrante e, finalmente, produzem que ‘a linha entre a legitimidade e o mérito seja fina e suscetível de ser excedida’.

³⁰⁴ Conferir os itens 2.7 e 2.8 do presente trabalho.

³⁰⁵ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 178.

administrativas a escolher a alternativa mais apta a satisfazer o interesse público.

A discricionariedade atua, em regra, nos campos relacionados ao momento da prática da conduta, à forma do ato, ao motivo de tal ato, à finalidade e ao conteúdo do comando do Estado³⁰⁶, incidindo também na definição dos objetivos, dos meios e na tarefa de sopesamento³⁰⁷. A teoria da discricionariedade é bastante desenvolvida no âmbito do Direito Administrativo, sendo adequado aprimorá-la para a teoria do Estado e das questões políticas³⁰⁸.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁰⁹, na discricionariedade:

A lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas admitidas perante o direito. Nesses casos, o poder é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder da ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Mas, embora largamente admitida, a discricionariedade não afasta o controle judicial em todas as situações. O conceito do instituto torna claro que a discricionariedade não confere aos agentes públicos uma liberdade de escolha arbitrária ou puramente subjetiva. Há vinculação de todo e qualquer ato discricionário, quando menos, à finalidade pública e à competência do agente, pressupondo-se, ainda, que a norma (Constituição ou lei), por não proibir ou obrigar uma conduta específica, efetivamente outorgue uma opção, e que a opção eleita pelo agente seja razoável e apta a atender o interesse público. Em razão dessas limitações, os atos discricionários são sindicáveis, quanto a elas, pelo Judiciário, especialmente em relação aos motivos (para aferir a existência dos pressupostos de fato do ato), à finalidade (para evitar desvio de poder) e à causa (para garantir a adequação e a razoabilidade entre os pressupostos de fato e o

³⁰⁶ Cfe. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. p. 396.

³⁰⁷ Nesse sentido: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 586.

³⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. p. 121.

³⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 197.

objeto do ato). Disso resulta que a discricionariedade é sempre relativa³¹⁰, limitando-se à avaliação da conveniência e da oportunidade do ato discricionário.

Nas palavras de Eduardo Appio³¹¹:

Não existem, portanto, atos administrativos que se encontrem imunes à revisão judicial, muito embora a maior parte dos atos discricionários sejam regidos por leis que consignam conceitos jurídicos indeterminados, de cunho normativo, os quais demandam a prática de um ato de vontade por parte do administrador público.

Mesmo na área das políticas públicas, discricionária por excelência, os agentes formadores da vontade diretiva do Estado, na intimidade do Parlamento e do Executivo, não são inteiramente livres ou imunes ao controle jurisdicional. A opção exercida por tais agentes está manietada aos objetivos fundamentais da República, à consolidação progressiva dos direitos fundamentais e aos programas contidos nas normas constitucionais³¹², sob pena de desvio de finalidade no poder, operando-se a possibilidade de retificação pelo Estado-Juiz.

Flavia Piovesan e Renato Stanzola Vieira³¹³ asseveram:

No campo da educação, a Constituição determina que o acesso ao ensino público gratuito e obrigatório é direito público subjetivo, acrescentando que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilização da autoridade competente.

Para os direitos sociais à saúde e à educação, a Constituição determina uma dotação orçamentária específica, adicionando a possibilidade de intervenção federal nos Estados em que não houver observância da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, e).

A ordem constitucional de 1988, dessa forma, acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política, enfim, deixou de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado, uma vez que seus domínios passaram a sofrer limites e imposições de ação, por meio do projeto material constitucional vinculativo. Surgiu, daí, verdadeira configuração normativa da atividade política.

³¹⁰ Cfe. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 843.

³¹¹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 131.

³¹² A respeito: DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 380.

Existem, assim, campos de vinculação expressa que afastam a liberdade relativa de conformação do legislador e do administrador, impondo-lhes a aplicação mínima de determinado percentual de receita em áreas eleitas prioritárias pela Constituição, como saúde, educação e fundos de combate à pobreza (art. 167, IV, c/c arts. 198, §2º, e 212 da CF)³¹⁴. De forma que as políticas públicas devem desenvolver-se a partir desses postulados revestidos de centralidade e fundamentalidade, assegurando-se aos cidadãos o exercício dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, garantindo-lhes a liberdade, disponibilizando-lhes um mínimo existencial e prestações públicas básicas como saúde, educação e qualidade sanitária, para, somente após, granjearem campos de atuação secundários ou de menor envergadura social. Assim, é claro o desvirtuamento, por exemplo, na canalização de recursos para rubricas como propaganda institucional³¹⁵ ou para obras vultosas quando faltam à população prestações sociais mínimas, ou quando os recursos alocados em tais prestações sejam insuficientes, não existindo discricionariedade que justifique opções políticas desastrosas, pelos Poderes públicos, em afronta à Constituição.

De acordo com Luiza Cristina Fonseca Friesheisen³¹⁶:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima.
(...).

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem constitucional social, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Poder Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto às normas e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a

³¹³ PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. p. 132.

³¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

³¹⁵ A propósito: APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 76.

³¹⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. Max Limonad, 2000. p. 95-97.

concretização da ordem constitucional social.

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet enfatiza³¹⁷:

Os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais), já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica, resultando, ainda neste contexto, no condicionamento da atividade discricionária da Administração Pública e do Poder Judiciário na aplicação, interpretação e concretização de suas normas e das demais normas jurídicas.

Conforme, ainda, Américo Bedê Freire Júnior³¹⁸:

Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola.

É claro que muitas vezes a solução não é preestabelecida, mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento.

Ainda aqui, Maria Goretti Dal Bosco³¹⁹ tem por necessário:

Um novo conceito de discricionariedade, o qual implica que a Administração contemple, com absoluta prioridade, o suprimento das necessidades básicas da população que dependem de prestações estatais, ou seja, a composição de um mínimo essencial que permita a vida com dignidade, como, por exemplo, proporcionar escola e saúde para todas as crianças, e atendimento social a todos os necessitados. Cumprida essa exigência, restaria ao administrador a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas e legais, na esteira do conceito tradicional de discricionariedade, definindo-se por políticas públicas que não guardam características de prioridade para os administrados.

(...)

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do Poder Judiciário no controle de políticas públicas que realizam direitos fundamentais, nas atuações do Poder Executivo

³¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 297.

³¹⁸ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. p. 68.

³¹⁹ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 444.

que se desviam das prioridades.

A circunstância, por um lado, de determinadas normas que legitimam opções discricionárias serem vazadas em expressões fluídas ou em conceitos jurídicos indeterminados, assim como o fato, por outro lado, de tais normas pressuporem a apuração de questões técnicas prévias a uma definição eletiva, não tornam os atos discricionários imunes ao controle do Poder Judiciário.

A existência de vagueza semântica ao nível abstrato da norma constitucional não significa que, em tarefa de concretização típica da atividade jurisdicional, não se possa aferir o (des)acerto da opção do agente político sem invadir o mérito do ato discricionário³²⁰. É que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello³²¹, mesmo diante de conceitos imprecisos ou indeterminados, sempre haverá, para fins de extração de significados, uma zona de certeza positiva, da qual a aplicação da norma fluida não pode se afastar, uma zona de certeza negativa, da qual a aplicação da norma não pode se aproximar, e uma zona circundante, em que o significado da norma comporta mais de uma aplicação concreta, lícito se revelando ao agente público, então, optar por uma delas. Sempre que for possível, no caso concreto, valorar a aproximação da escolha à zona de certeza negativa, o controle jurisdicional é admissível sem que se invada o mérito do ato, porque se trata, apenas, de interpretar o alcance da expressão constitucional para restabelecê-la³²² e não de questionar uma opção cabível. Assim ocorre porque a “imprecisão ou a fluidez das palavras constitucionais não lhes retiram a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação”³²³. Cogitar da plena discricionariedade no ato de aplicá-las seria emprestar mais força às opções políticas do que aos significados constitucionais indubitados, e, por derivação direta, à própria Constituição, devendo-se admitir que o Judiciário intervenha mediante controle interpretativo.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet³²⁴:

³²⁰ Cfe. DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 377.

³²¹ Cfe. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 398.

³²² Cfe. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. p. 398.

³²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. p. 28.

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 306.

A natureza aberta e formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.

Gisele Cittadino³²⁵ também menciona que:

(...) diferentemente das regras de direito privado, por exemplo, as normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais revelam programas de ação ou afirmações de princípios e não possuem uma regulamentação perfeita e completa, sendo quase sempre pouco descritivas, vagas e esquemáticas. Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente.

Para além disso, é certo que existem, também, hipóteses em que o ato discricionário é tributado a questões técnicas, quando a opção político-administrativa por certa conduta estatal partir de conhecimentos específicos acerca da matéria em discussão, de níveis de qualificação técnica ou mesmo de quantitativos econômicos obtidos em estudos. Mesmo nessas hipóteses, porém, o ato discricionário não constitui objeto alheio à cognição judicial³²⁶, podendo o magistrado louvar-se conhecimentos técnicos especializados e variados (prova pericial e outros) para julgar a adequação e a razoabilidade da escolha estatal³²⁷, bem como podendo ampliar a cognição e o conhecimento a respeito do tema por meio da realização de audiências públicas e a pluralização do debate processual.

A esse respeito, Ingo Wolfgang Sarlet³²⁸ escreve:

O argumento da incapacidade institucional do Poder Judiciário e dos juízes de avaliarem a correção das medidas tomadas pelo Legislador e pela Administração, especialmente na seara das políticas públicas, é de ser recebido com extremo ceticismo, seja pelo fato de que a presunção em prol dos demais órgãos e seus agentes é sempre relativa, visto que parte da noção de que dominam a matéria sobre a qual decidem ou se municiam de relatórios e informações técnicas sempre idôneas obtidas de terceiros (coisa que peritos colocados à disposição dos juízes também podem resolver em muitos casos), seja pelo fato de que

³²⁵ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. p. 32.

³²⁶ Cfe, APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 92.

³²⁷ A propósito: Cfe. DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 382.

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 363.

mesmo com todo o aparato técnico disponível, a decisão política não raras vezes pende para a solução tecnicamente menos consistente (e por esta razão mesmo juridicamente ilegítima, quando a menor consistência viola regras e princípios legais ou constitucionais), de tal sorte que necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Portanto, tem-se que a discricionariedade não serve como álibi para afastar o controle jurisdicional nas hipóteses em que esse controle revelar-se essencial. A intervenção é cabível seja para aferir a existência dos pressupostos de fato (ainda que técnicos) do ato político, seja para sindicar o atendimento da finalidade da norma (mesmo vazada em conceito indeterminado), seja para garantir a razoabilidade da opção³²⁹, vedando-se, apenas, o controle sem respaldo nas hipóteses acima, com a invasão do mérito do ato político sem base constitucional e com a substituição pura e simples do legislador ou do administrador pelo juiz. É inviável admitir a ingerência exorbitante da atuação judicial, também marcada, segundo Hans Kelsen³³⁰, por certo nível de discricionariedade interpretativa, ainda que inferior à verificada na atividade legislativa, devendo-se evitar os excessos também judiciais. Cabível, no ponto, a advertência de Eros Roberto Grau, para quem os juízes, na aplicação do Direito, estão vinculados ao critério da legalidade, não se devendo admitir que, abusando de uma interpretação discricionária dos princípios, criem as suas próprias leis³³¹.

Por fim, importante adiantar que, na tarefa de controle judicial, cabe estabelecer uma distinção entre o crivo lançado sobre uma discricionariedade já exercida pelos demais Poderes, analisando-se posteriormente a validade de opções discricionárias já editadas, e a intervenção judicial que lança efeitos pretensamente vinculantes sobre uma discricionariedade futura ou ainda a ser desempenhada, ditando caminhos ou conteúdos de atos a serem formalizados³³², hipótese que não se mostra adequada e recomendável³³³.

³²⁹ A respeito: DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 378.

³³⁰ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. p. 364.

³³¹ Nesse sentido, conferir a obra: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 2013.

³³² Nesse sentido: VEGA, Augusto Martín de la. **La sentencia constitucional em Itália: tipología y efectos de las sentencias em la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal**. p. 302.

3.5. O CUSTO DOS DIREITOS E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A cláusula da reserva do possível igualmente é lembrada, reiteradas ocasiões, como espécie de parâmetro para avaliar a pertinência da imposição, pelo Poder Judiciário, de prestações onerosas aos demais Poderes. Tal cláusula, em uma primeira aproximação, pode ser definida como o apontamento de limites fáticos e jurídicos envolvidos no processo gradual de efetivação dos direitos fundamentais³³³. O campo de atuação da cláusula abrange, mais diretamente, os direitos sociais e econômicos (impositivos de um *facere* por parte do Estado)³³⁵, porém a eles não limita seu espectro de interesse.

Para Ana Paula de Barcellos³³⁶:

A expressão reserva do possível costuma identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta quem o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³⁷ a discussão surge:

(...) porque as políticas públicas são vistas como o instrumento adequado para concretizar os direitos fundamentais previstos na Constituição, especialmente na área social. Como o modelo do Estado Social é pródigo na proteção dos direitos fundamentais e na previsão de inúmeros serviços sociais como deveres do Estado, a consequência inevitável é a de que acabam por se colocar em confronto, de um lado, o dever constitucional de atender às disposições constitucionais, que correspondem a direitos do cidadão, e, de outro lado, a escassez dos recursos públicos para atender a todos esses direitos. Daí o princípio da reserva do possível, oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitem os recursos públicos

³³³ Os limites e as possibilidades da atuação judicial, a fim de evitar-se o excesso ou ativismo, serão melhor estudados, para fins de sistematização, no item 3.6 da presente Dissertação.

³³⁴ Nesse sentido: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. p. 73.

³³⁵ A classificação dos direitos fundamentais foi objeto de estudo do Capítulo 2 deste trabalho.

³³⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236.

³³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998**. p. 140.

disponíveis.

A reflexão a respeito da chamada reserva do possível, segundo estudos³³⁸, ganhou notoriedade por meio de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão. No julgamento do BVerfGE 33,303³³⁹, consignou a Corte Alemã que tal cláusula objetiva delimitar, em síntese, aquilo que o indivíduo pode ou não, racionalmente, reclamar da coletividade em que inserido.

No âmbito dessa avaliação, de acordo com a teoria, devem ser levadas em conta 03 (três) dimensões de aplicação da reserva do possível. A primeira dimensão diz respeito ao aspecto fático, que se relaciona à escassez de recursos públicos para atender todos os direitos. A segunda dimensão associa-se ao aspecto jurídico da cláusula, que atrai implicações sobre as exigências legais para a disposição de verbas públicas, a exemplo da necessidade de previsão orçamentária. A terceira dimensão alude à própria razoabilidade da postulação, no sentido de conduzir a uma ponderação sobre se o pedido individualmente formulado virá a comprometer outras necessidades primaciais da coletividade³⁴⁰.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet³⁴¹:

A assim designada reserva do possível apresenta pelo menos

³³⁸ Cfe. BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. p. 89.

³³⁹ A ementa do julgado é a seguinte: “1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: *numerus clausus* absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino. 2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no art. 12 I 1 GG c.c, o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei. 3. Limitações para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o maior respeito, na medida do possível, da escolha individual do lugar do ensino. 4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação (ato administrativo) de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação das demais particularidades dentro dos limites estabelecidos. 5. O §17 da lei universitária de Hamburg de 25 de abril de 1969 é incompatível com a Grundgesetz, quando o legislador, de seu lado, não fixou, para o caso de limitações absolutas de admissão, regras sobre o modo e a relação hierárquica dos critérios de escolha”. In: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, E.V, 2005, p. 656-667.

³⁴⁰ Nesse sentido: . BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. p. 92-93.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 287.

uma dimensão tríplice: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do sistema constitucional Federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, e, nesta quadra, também de sua razoabilidade.

Em síntese: finitos os recursos públicos, tem-se como admissível que existam alguns direitos que, por questões econômico-financeiras, não tenham sido implementados, bem como que surja o questionamento sobre até que ponto é razoável exigir do Estado, dentro da realidade orçamentária, a realização desses direitos sem comprometer outras necessidades coletivas. A escassez de recursos incute ao poder público a realização daquilo que se denomina escolhas trágicas, impondo-lhe a opção por certa atuação tida como prioritária em comparação a outra revestida de similar importância, mas cujo atendimento esbarra na impossibilidade financeira. Essa insuficiência dos recursos públicos disponíveis para atender o amplo universo dos direitos e prestações interliga-se à disponibilidade econômica de referidos recursos e integra o aspecto fático da reserva do possível, que coexiste, intimamente, com a análise da razoabilidade coletiva da postulação. E, ao lado dessas restrições, existem também os limites jurídicos da cláusula da reserva do possível, que advêm do processo legal exigido para a formalização de dispêndios públicos, associando-se, portanto, à disponibilidade jurídica dos valores cujo emprego é necessário para satisfazer a prestação pública imposta³⁴², perpassando pela questão das competências orçamentárias, legislativas, executivas ou judiciárias.

Assim situada a cláusula da reserva do possível, é inadequado importá-la pela metade, como por vezes se fez na prática nacional, sob fórmulas redutoras de complexidade que se limitam a analisá-la sob a ótica da (in)existência de recursos materiais e previsões orçamentárias. Tal perspectiva leva a crer que a implementação de políticas públicas e a concretização de

³⁴² Cfe. DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionariade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 392.

direitos fundamentais fica dependente dos recursos existentes e à disposição no caixa do Poder Executivo, o que se mostra insubsistente³⁴³. A reserva do possível pressupõe a avaliação da razoabilidade do pedido em face do sistema jurídico e da realidade social, não se reduzindo à questão pecuniária. Se, na teoria dos sistemas, a economia trabalha com o plano da contingência, o direito atua no plano da complexidade, afigurando-se inadequado condicionar o sistema jurídico ao econômico e devendo-se realizar uma análise miscigenada. A tarefa da Democracia, aliás, “segundo Campilongo, é manter elevadas taxas de contingência e complexidade”³⁴⁴, descabendo superpor um sistema sobre o outro.

Embora os impactos econômicos das decisões judiciais não devam passar ao largo da consciência do julgador, considerar que o aspecto financeiro oriente, como critério preponderante, os provimentos judiciais seria apegar-se a um componente ou a uma lógica consequencialista, que privilegia soluções estratégicas e utilitaristas em detrimento da eficácia da Constituição³⁴⁵.

Flavia Piovesan e Renato Stanzola Vieira³⁴⁶ observam que:

Ao se ter em vista a preocupação econômica com a efetivação dos direitos sociais e econômicos, no extremo tem-se afirmado que ‘a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais’.

Note-se que o tratamento do assunto, no Brasil, não decorreu de estudos orientados à realidade nacional e sim, da transposição de ideário gestado em países nos quais o Estado-Providência já havia sido superado, principalmente a Alemanha. Por isso, é importante advertir que ‘a reserva do possível funcionou muitas vezes como mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço e sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas’.

Dessa forma, poderia-se cogitar, por absurdo que possa parecer, da presença de ‘cláusula suprallegal de descumprimento da Constituição’ ou ainda, conforme expressiva lembrança de

³⁴³ A propósito: BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. p. 96.

³⁴⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 284.

³⁴⁵ A respeito: SAVARIS, José Antônio. Globalização, crise econômica, consequencialismo e a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (org). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. p. 121.

³⁴⁶ PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. p. 140-141.

Canotilho, de uma 'ditadura dos cofres vazios'.

(...)

Ora, a Constituição não depende do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais). Ao contrário, o orçamento, ou as receitas, é que, a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado.

Presentes tais considerações, a reserva do possível também não deve ser admitida como defesa processual vazia e adstrita à ausência de recursos. A simples invocação da tese, no aspecto relativo à inexistência de recursos públicos, não afasta a análise da justiciabilidade e da razoabilidade da pretensão. Além disso, não desonera o ente estatal inadimplente do dever de comprovar a legitimidade da escusa³⁴⁷, não se afigurando suficiente que apenas acene, genericamente, com a retórica ausência ou insuficiência de verbas. Em se tratando do inadimplemento de direitos fundamentais dependentes de políticas constitucionais, compete ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica, para ver acolhida a reserva do possível como tese defensiva, evidenciar a razão pela qual não ostenta, de fato, condição econômica de contemplar determinado programa tido como prioritário pela Constituição da República. É necessário que se esclareçam déficits na arrecadação estimada, demonstre-se que o percentual de receita aplicado no programa preterido é considerável se comparado ao empregado em outras áreas não destacadas na Constituição, denote-se o esgotamento de recursos mediante a aplicação em áreas tão ou mais primaciais, revele-se a falta de contingenciamento abusivo da execução orçamentária, dentre outros fatores³⁴⁸. Cabe ao poder público provar, enfim, a efetiva indisponibilidade, o não-desperdício e a aplicação eficiente de recursos públicos, sem esperar que os argumentos meramente teóricos ou apelos de ordem econômica e política preponderem sobre os programas e direitos de extração jurídico-constitucional³⁴⁹.

A respeito, lê-se em Virgílio Afonso da Silva³⁵⁰ que:

Não se trata, pura e simplesmente, de um debate maniqueísta

³⁴⁷ Cfe. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. p. 78.

³⁴⁸ Cfe. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. p. 342.

³⁴⁹ Cfe. APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. p. 122.

³⁵⁰ AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 250.

sobre a possibilidade de realização de direitos sociais por meio de decisões judiciais, mas da imposição de ônus argumentativos ao legislador ou ao administrador. Se toda não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal é uma forma de restrição ao âmbito de proteção desses direitos, a consequência natural, como ocorre em todos os casos de restrição a direitos fundamentais, é uma exigência de fundamentação. Restrição fundamentada é restrição possível; restrição não fundamentada é violação. Isso ficou claro com o exposto anteriormente acerca do suporte fático dos direitos sociais. A partir desse pressuposto, não são compatíveis com o modelo aqui proposta nem a inação do Poder Judiciário, como acaba de ser visto, nem o ativismo incontrolado.

Cumpre ressaltar, por oportuno, que à realização de todo direito corresponde, ainda que em perspectiva mediata ou macroeconômica, um custo público³⁵¹. Com “cierto automatismo, suele vincularse directamente las obligaciones positivas del Estado con la obligación de disponer de fondos³⁵²”, mas se trata de consideração simplista. Para a garantia dos direitos de liberdade e propriedade dos cidadãos, por exemplo, é mister que o Estado crie e sustente instituições judiciais e um aparato eficiente de segurança pública, suportando gastos institucionais com a disponibilização de recursos humanos e materiais³⁵³. Quando o Poder Judiciário, em outro exemplo, declara inexistente ou desconstitui determinado crédito fiscal, o provimento jurisdicional impacta na arrecadação estimada para o exercício financeiro, frustrando, potencialmente, ingressos que seriam aplicados na realização de determinado(s) direito(s) ou fim(ns) público(s). Nisso há, também, um impacto reflexo. Dá-se que, nesses exemplos, o fator custo não é levantado, de ordinário, como impeditivo para a tutela jurisdicional, ante a explicação única de que se ressente de juridicidade para afastar, de forma cabal, o resguardo de tais direitos. Daí a impossibilidade de se considerá-lo suficiente, por si só, para motejar também a implementação judicial de direitos que, por seus traços peculiares, gerem dispêndio público cuja visibilidade é imediata, mais acentuada ou de maior expressão, como os direitos sociais à saúde e educação.

³⁵¹ A propósito: HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 2000.

³⁵² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 32.

³⁵³ Nesse sentido: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. p. 232.

Iuri Bolesina e Mônia Clarissa Hennig Leal³⁵⁴ anotam que:

Gradualmente, a doutrina tem reconhecido que todos os direitos custam, sejam eles lidos como direitos de defesa, ou como direitos prestacionais. Esse custo não é necessariamente financeiro (espécie), vai além, e é visto como o custo de recursos (gênero), que podem ser materiais (dinheiro, materiais primários e secundários, aparelhos, seres humanos) ou imateriais (técnicas, especialidades, conhecimentos) e que não necessariamente são autoexcludentes, pois, ao revés, o que se vê é o empenho conjunto desses recursos na concretização de direitos. A teoria do custo dos direitos, grosso modo, trata da forma de coleta, de uso e do custo dos recursos para a concretização dos direitos.

Assim, o reconhecimento do fator custo como limite fático da cláusula da reserva do possível pressupõe que a pessoa estatal inadimplente justifique, em avaliação criteriosa, que implementou o direito em amplitude razoável dentro das circunstâncias, isto é, que realizou o possível e não incorreu em mora. Admitir a alegação pura e simples, desacompanhada de prova, seria sublevar a tese a uma eximente universal, implicando convivência com o desrespeito à Constituição, com o menoscabo aos direitos fundamentais, com o desvio na percepção política acerca de reais necessidades públicas e com a ineficiência dos agentes públicos no planejamento e na execução orçamentárias.

Dada a relevância, cita-se decisão do Min. Celso de Mello³⁵⁵:

Não deixo de conferir, no entanto, **assentadas** tais premissas, **significativo relevo** ao tema pertinente à '**reserva do possível**' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUSTEIN, '**The Cost of Rights**', 1999, Norton, New York; ANA PAULA DE BARCELOS, '**A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**', p. 245/246, 2002, Renovar; FLÁVIO GALDINO, '**Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**', p. 190/198, itens 9.5 e 9.6 e p. 345/347, item 15.3, 2005, Lumen Juris), **notadamente em sede de efetivação e implementação** (sempre onerosas) de direitos de **segunda geração** (direitos econômicos, sociais e culturais), **cujo adimplemento**, pelo Poder Público, **impõe e exige**, deste, prestações estatais **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas.

Não se ignora que a realização de direitos econômicos, sociais e culturais – **além** de caracterizar-se pelo **gradualidade** de seu

³⁵⁴ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. p. 96.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30/03/2014.

processo de implantação –, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro **subordinado** às possibilidades orçamentárias do Estado, **de tal modo** que, **comprovada**, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, **desta não se poderá** razoavelmente exigir, então, **considerada** a limitação material referida, a **imediata efetivação** do comando contido no texto da Carta da República.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, **em tal hipótese**, criar obstáculo artificial **que revele** – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira **e/ou** político-administrativa – 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 (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Informativo/STF** n. 345/2004).

Cumpre advertir, desse modo, **na linha** de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, '**Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública**', p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens n. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda.), 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, **dolosamente**, 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.

(...)

Isso significa, portanto, que (...) **a ineficiência administrativa**, o **descaso** governamental com direitos básicos do cidadão, a **incapacidade** de gerir os recursos públicos, a **incompetência** na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a **falta de visão política** do administrador na justa percepção do enorme significado social de que se reveste a educação infantil **e a inoperância funcional** dos gestores públicos **na concretização** das disposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes **não podem nem devem representar obstáculos ao adimplemento**, pelo Poder Público, **notadamente pelo Município**, (CF, art. 211, §2º), **da norma** inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, **que traduz e impõe**, ao Estado, **um dever** de execução inafastável, **sob pena** de ilegitimidade **dessa inaceitável** omissão governamental **importar em grave vulneração** a um direito fundamental da cidadania (...)

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet³⁵⁶ destaca:

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção estatal e desculpa genérica

³⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 356.

para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, essencialmente os de cunho social. Assim, levar a sério 'a reserva do possível' (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus de comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Por outro lado, da mesma forma no aspecto jurídico, concernente à necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao gasto judicialmente imposto, a cláusula da reserva do possível deve, novamente, ser apreendida com reservas. Desde que o “orçamento público não pode mais ser considerado esfera intocável pelo Judiciário”³⁵⁷, possível se lhe mostra, em ação civil pública ou instrumento processual idôneo, impor a realização de política pública ou de direito fundamental previsto na Constituição e negaceado pelos demais Poderes, ainda que esse provimento jurisdicional venha acarretar dispêndio público considerável. Ocorre apenas que, embora não lhe seja defeso assim agir, impõe-se ao juiz, na tarefa, atuar com razoabilidade na avaliação das disponibilidades econômico-financeiras e na fixação de prazos compatíveis com a execução orçamentária. Os recursos destinados ao cumprimento da ordem judicial já devem, em linha de princípio, sair de previsão na lei orçamentária anual (art. 5º, III, da LC n. 101/01)³⁵⁸, mesmo que da rubrica da reserva de contingência, inclinada ao atendimento de passivos contingentes e riscos ou eventos fiscais imprevistos, sem que haja necessidade, forçosamente, de alteração da lei orçamentária³⁵⁹. O desatendimento à determinação judicial pode implicar a responsabilização político-administrativa e/ou criminal do agente político responsável pela inação, sem prejuízo da cominação de multa inibitória (*astreinte*) à pessoa jurídica e, em casos excepcionais, à autoridade pública descumpridora.

Note-se que eventual insuficiência de campos orçamentários e da reserva de contingência (art. 5º, III, da LC n. 101/01)³⁶⁰ para fazer frente aos gastos imprevistos e às determinações judiciais, por sua vez, não representa

³⁵⁷ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionalidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 393

³⁵⁸ BRASIL, **Leis Federais**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 30 mar 2014.

³⁵⁹ Cfe. APPIO, Eduardo. **Discrecionalidade política do poder judiciário**. p. 105.

óbice intransponível às decisões impositivas de dispêndios públicos. É que as despesas públicas não computadas ou insuficientemente dotadas no orçamento podem ser providas, no mesmo exercício financeiro, automaticamente ou via autorização legislativa (a ser, se for o caso, imposta judicialmente), mediante abertura de créditos adicionais, divididos em (a) suplementares, para o reforço de dotações insuficientes, (b) especiais, para o custeio de despesas sem dotação específica, e (c) extraordinários, para despesas urgentes, imprevisíveis ou decorrentes de calamidades públicas³⁶¹. Para efeito da abertura desses créditos, podem inclusive ser utilizadas receitas que, em decorrência de emendas ou alterações no projeto de lei orçamentária, fiquem sem despesas correspondentes (art. 166, §8º, da CF)³⁶². Possível cogitar, ainda, da transferência de recursos excedentes em uma categoria orçamentária para outra, a fim de dar cumprimento à decisão judicial, mediante prévia autorização legislativa (a ser também imposta, em hipóteses extremas). Assim, há métodos para se cumprir decisão dispendiosa.

Caso tais métodos sejam insuficientes, ou caso a decisão demande prazo longo para cumprimento ou repercuta em mais de 01 (um) exercício financeiro, abre-se ao Juiz a possibilidade de determinar a inclusão, na lei orçamentária do ano seguinte, na lei de diretrizes orçamentárias e, se necessário, no plano plurianual, da verba necessária para o cumprimento da decisão³⁶³, sob pena, igualmente, de responsabilização político-administrativa e/ou criminal do agente político responsável, sem prejuízo da cominação de multa inibitória (*astreinte*) à pessoa jurídica e à autoridade que desacata o comando³⁶⁴.

³⁶⁰ BRASIL, **Leis Federais**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 30 mar 2014.

³⁶¹ Cfe. OLIVEIRA, Régis Fernandes de; e HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. p. 135.

³⁶² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 30 mar. 2014.

³⁶³ Nesse sentido: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. p. 76.

³⁶⁴ Cumpre registrar, aqui, que o descumprimento de ordem judicial constitui evento antijurídico apto a caracterizar, em tese: (a) a prática de crime de responsabilidade (infração político-administrativa) pelos agentes políticos formadores da vontade diretiva do ente inadimplente, cuja consequência pode ser a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de função pública; (b) a possibilidade de intervenção da União no Estado e do Estado no Município (art. 34 da CF); (c) a incursão dos agentes acima referidos em delitos (crimes comuns) de desobediência ou prevaricação (arts. 319 e 330 do CP), conforme o caso; (d) a execução de *astreintes* em detrimento das finanças públicas (art. 12, §2º, da Lei n. 7.347/85); (e) a aplicação de multa cominatória pessoal aos referidos agentes; e, ainda, (f) a adoção de medidas tendentes a garantir o resultado prático da obrigação, como o sequestro de rendas públicas e outras.

Conforme Eduardo Appio³⁶⁵:

A Lei 10.837/04 (Lei Orçamentária da União) prevê a possibilidade de abertura automática de crédito suplementar, já aprovado na Lei Orçamentária Anual, em caso de despesas decorrentes do atendimento de relevantes interesses públicos que possam trazer prejuízo para a sociedade. Se a obra ou serviço tiverem caráter permanente, a decisão judicial deverá determinar a inclusão, na lei orçamentária do ano subsequente, das verbas necessárias ao atendimento desta despesa. Contudo, para o ano em curso, a despesa terá de ser reputada como um serviço extraordinário e sairá dos cofres do Poder Executivo.

(...)

Há de se fazer uma distinção, portanto, entre as despesas de natureza provisória – que não estejam encartadas em sentenças transitadas em julgado – e as definitivas. As despesas decorrentes de sentenças transitadas em julgado poderão ser desde logo executadas, sem que necessariamente a alteração da lei orçamentária anual vigente no ano do trânsito em julgado. Dependem, todavia, de verba disponível decorrente do superávit fiscal federal e, para os anos subsequentes, deverão integrar o projeto de lei orçamentária anual a ser elaborado pelo Poder Executivo Federal, sob pena de imposição de sanções pessoais ao Chefe do Poder Executivo, nos termos da própria Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, art. 73) sem prejuízo das sanções de natureza política contidas no art. 85 da Carta de 1988 (*impeachment*) por descumprimento de decisão judicial. No caso de atendimento de despesas decorrentes de decisões de natureza provisória (liminares), os valores terão de sair da verba destinada às despesas de natureza contingente – já prevista na lei orçamentária (...).

É possível, contudo, que a decisão na ação civil pública possa determinar ao Poder Executivo que remeta projeto de abertura de suplementação orçamentária ao Congresso Nacional, sob pena de multa diária em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei Federal 7.347/85. O que se busca é assegurar que a decisão judicial seja cumprida sem comprometer a independência entre os Poderes da República e utilizando créditos já abertos em favor do Poder Executivo na lei orçamentária anual.

Sobre o tema, doutrina Ingo Wolfgang Sarlet³⁶⁶:

Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções orçamentárias e da legitimação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária cautela) de

³⁶⁵ APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. p. 179-180.

³⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 359.

redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, de caráter jusfundamental, tudo a demonstrar – como bem recorda Eros Grau – que a assim designada reserva do possível 'não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento', até porque, se assim fosse, um direito social 'sob reserva de cofres cheios' equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica'. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem 'governa' – pelo menos no Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que serão sempre limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

Logo, a cláusula estudada possui, também ela, limitações ao acolhimento, não devendo ser adotada como eximente sem adequadas reflexões acerca de posturas consequencialistas ou da redução da eficácia da Constituição.

3.6 A DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES.

Tradicionalmente, reconhece-se a separação entre as províncias da Política e do Direito. Na política, segundo Luis Roberto Barroso³⁶⁷, “vigoram a soberania popular e o princípio majoritário”, isto é, o “domínio da vontade”. Por outro lado, no Direito “vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais”, ou seja, “o domínio da razão”. Embora, no ato da criação, o Direito seja o resultado de um processo constituinte e de batalhas políticas, sempre foi tido como possível e desejável que, após criado, nos atos de aplicação, ele, Direito, fosse apartado das questões e das influências políticas³⁶⁸.

³⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 415.

³⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 416.

Assim ocorre, segundo Luis Roberto Barroso³⁶⁹, porque:

No modelo idealizado, o direito é imune às influências da política, por força de diferentes institutos e mecanismos. Basicamente, eles consistiriam: na independência do Judiciário e na vinculação do juiz ao sistema jurídico,

Essa separação entre Política e Direito, contudo, atualmente perde espaço, mostrando-se de difícil visualização ou demarcação na realidade contemporânea. O déficit na implementação dos direitos fundamentais, em especial dos sociais e econômicos, associado a fatores como a amplitude da Constituição, a constitucionalização do Direito e a própria complexidade da vida social contemporânea, tudo isso originou o fenômeno da judicialização das relações políticas, ou da chamada politização do universo jurídico, transferindo questões de tal natureza ao Judiciário e situando-o, assim, no domínio da Política.

Gisele Cittadino³⁷⁰ registra que:

Várias são as chaves de interpretação desse processo que podem, inclusive, ser utilizadas para a análise da expansão do poder judicial tanto em países periféricos: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza difusa e coletiva; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos, com a consequente preocupação com o reforço das instituições de garantia do Estado de Direito, dentre elas a magistratura e o ministério público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como a criminalização da responsabilidade política; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do Tribunal Penal Internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que percebem a expansão do poder judicial como reforço da lógica democrática.

Há explicações para o fenômeno. Nas atuais sociedades complexas, convivem cenários antagônicos como tradicionalismo e pós-modernidade, miséria e consumismo, produção primária e desenvolvimento tecnológico, analfabetismo e sofisticação intelectual³⁷¹, dentre outras realidades novas que potencializam o conflito. O grau de complexidade e especialização dos

³⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 426

³⁷⁰ CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. p. 18.

sistemas social, econômico e político é acentuado, havendo uma contínua comunicação entre tais sistemas. Esses intercâmbios complexos se associam às estruturas de poder, ao primado da economia, ao ritmo célere da vida e ao espaço de comunicação desenvolvido a partir da tecnologia virtual. E o controle jurídico de todas essas relações faz-se pelo direito extraído, sobretudo, das Constituições.

A nova dinâmica vivenciada projeta impactos imediatos nas formas tradicionais de regulação social por meio do Direito, inclusive diante da necessidade de se conferir respostas a problemas ainda não solucionados, de maneira específica, legislativamente. Os conflitos nascidos nas relações cotidianas deságuam em demandas judiciais por vezes inéditas, conferindo ao Poder Judiciário, na missão de pacificação, um papel de protagonismo na “paisagem institucional”³⁷² do Estado Democrático de Direito. A dificuldade do Parlamento em ritmizar com a evolução social e com a prontidão reclamada pela sociedade contemporânea acaba por transferir ao Poder Judiciário, frequentemente, a tomada de decisões políticas fundamentais relacionadas aos direitos inalienáveis dos cidadãos, ao Estado Democrático de Direito, à bioética, ao federalismo, à divisão dos Poderes e a outros temas relevantes. Tal constatação insta os juízes a exercer uma atividade política na criação do Direito.

Segundo Pedro Manoel Abreu³⁷³:

A sociedade mundial convive com uma enorme expansão da complexidade social, isto é, de pluralidade de alternativas e da contingência do processo decisório, que permite a escolha de uma dentre várias opções políticas. Isso significa que quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais raras as possibilidades de decisões consensuais, o que equivale a cometer escolhas árduas, em pouco espaço de tempo, sobre assuntos não rotinizados e com decorrências sociais imprevisíveis. Nesse contexto é que os temas da política se reproduzem – fato que constitui, na advertência de analistas da sociedade contemporânea, mais do que a eventualidade do perigo, a inevitabilidade dos riscos.

É nesse cenário que ressurge o debate acerca da função política dos Tribunais e do próprio Ministério Público, assim como dos operadores jurídicos, para o que se convencionou chamar de ‘politização do judiciário’. O reverso desse fato vem representado por um processo de substituição e delegação do sistema político

³⁷¹ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996, p. 144.

³⁷² BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 347.

³⁷³ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia: o processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. p. 282-283.

ao sistema jurídico – particularmente aos Tribunais – de importantes competências decisórias, fenômeno denominado de ‘judicialização da política’.

No mesmo sentido as observações de Lenio Luiz Streck³⁷⁴:

Por tudo isso, é possível sustentar que, no Estado Democrático de Direito, ocorre um sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional. Pode-se dizer, nesse sentido, que no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização de mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Isso, à evidência, exigirá um controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o espaço de poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma neoconstitucionalista: a democracia (...) Tem-se que ter em mente, entretanto, a relevante circunstância de que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando a uma sociedade mais justa, com a erradicação da pobreza etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento de resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade desse sensível deslocamento antes especificado. Com todos os cuidados que isso implica.

A invasão do universo jurídico por assuntos políticos tem origem também em outras razões. Além das novas demandas decorrentes do déficit de democracia e da complexidade dos sistemas, a superação do

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.

positivismo jurídico por uma nova forma de concepção do Direito passou a interferir sobre a função jurisdicional de forma a repercutir no conceito tradicional de jurisdição. O reconhecimento das normas-princípio, caracterizadas por um maior coeficiente de abstração, ao lado das normas-regra³⁷⁵, conferiu crescente liberdade à interpretação e à atividade criativa do Direito por parte do magistrado³⁷⁶. Paralelamente, restou reconhecida, ao menos de modo majoritário, a insubsistência do mito da neutralidade e da avaloratividade do intérprete³⁷⁷, declarando-se a proeminência do papel do sujeito que, ao estudar e construir o Direito como objeto de conhecimento científico, não se limita a realizar um silogismo técnico entre fato e norma, não se desvinculando de fatores ideológicos, materiais, sociais e de suas próprias compreensões previamente estabelecidas como ser-no-mundo³⁷⁸, mostrando-se ultrapassada a visão de que o Direito seja um fenômeno jurídico estritamente ou puramente normativo e autossuficiente³⁷⁹.

Disso resulta que o modelo de juiz e a técnica de atuação jurisdicional até então idealizados passaram a sofrer de anacronismo, inaptos que se viram para proporcionar respostas às novas demandas. A concepção da jurisdição como um *locus* em que o Estado-Juiz outorga, impositivamente, soluções estritamente técnicas a conflitos subjetivos e unitários de interesses, sem o controle material de validade das normas em face dos direitos constitucionais, sem a valorização do contraditório como elemento do processo judicial³⁸⁰, sem a aferição da adaptabilidade social da(s) lei(s) ao caso concreto, sem a real preocupação com a superação dos conflitos sociológicos e sem a filosofia da coletivização e da politização das lides, já se revela insuficiente para

³⁷⁵ A distinção entre normas-regras e normas-princípio foi tratada em nota de rodapé no item 2.1.

³⁷⁶ Segundo Antônio Carlos Wolkmer, hoje, “A função jurisdicional transcende a modesta e subserviente tarefa de aceder aos caprichos do legislador (ou dos mandatários do poder), pois, como poder criador, o juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o direito em face de litígios reais, mas, buscando solucionar os conflitos de interesses entre sujeitos individuais e coletivos de direito, o operador jurídica aparece como verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica”. In: Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 179.

³⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 428.

³⁷⁸ Sobre assunto, dentro outros, conferir: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

³⁷⁹ Nesse sentido: ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. p. 138.

que o Poder Judiciário atenda à nova realidade que se edifica, na qual também se edificam a massificação de demandas, as ações coletivas e a necessidade de consagração efetiva, no campo fático, dos direitos previstos na Constituição da República. Nesse panorama surge a necessidade de se redefinirem os perfis da atuação jurisdicional, de se enxergar o processo como um instrumento a serviço da cidadania e da efetivação de direitos e de se redesenhar o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, convolvando o juiz em agente político transformador da realidade³⁸¹, por meio de mecanismos de tutela individual e coletiva³⁸². O magistrado, portanto, deixa de ser a boca da lei para titularizar uma função hermenêutica criativa, vislumbrando a dimensão axiológica e teleológica da jurisdição³⁸³, em ordem a contribuir para a construção, também por meio da interferência ou do controle de políticas públicas, de uma sociedade comprometida com os valores constitucionais e com os direitos fundamentais.

Nas palavras de Eduardo Appio³⁸⁴:

A concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 passa pela renovação do Poder Judiciário, através da desconstrução de parcela do cabedal dogmático informada pela burocracia, pela profusão de medidas processuais esquizofrênicas e pela despolitização dos conflitos sociais.

(...)

O juiz constitucional tem enorme importância neste contexto, porque responsável direto pela concretização dos valores constitucionais. De sua (injustificável) omissão não raro resulta a ineficácia absoluta do dispositivo constitucional, com a agravante de restringir a atividade legislativa e legitimar a omissão do Estado.

O controle de políticas públicas e a efetivação judicial dos direitos fundamentais, desde essa perspectiva, passam a não representar esfera alheia à atuação jurisdicional³⁸⁵. Ainda que o desenvolvimento de políticas preestabelecidas na Constituição constitua atribuição primária dos Poderes

³⁸⁰ Sobre o assunto, ler: FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

³⁸¹ Cfe. ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu. **Governo Judiciário**. Florianópolis: TJSC ed., 2009, p. 72.

³⁸² A propósito: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. p. 97.

³⁸³ Nesse sentido: NIEHBUR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. p. 43.

³⁸⁴ APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. p. 15 e 33.

³⁸⁵ Cfe. DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. p. 395.

Legislativo e Executivo, conforme visto³⁸⁶, o descumprimento das normas constitucionais sobre direitos fundamentais, no desempenho de tais atividades, autoriza a intervenção subsidiária³⁸⁷ do Poder Judiciário, no exercício da chamada jurisdição constitucional, notabilizada, justamente, por ter uma dimensão política.

A judicialização da política não significa a apropriação de tal atividade primária pelas autoridades judiciais, expressando, unicamente, que determinadas matérias polêmicas se inserem no raio de alcance das normas constitucionais e podem, portanto, ser traduzidas, em dadas circunstâncias, em postulações jurídicas ou em fundamentos de direitos³⁸⁸ exigíveis judicialmente.

De acordo com o Ministro Celso de Mello³⁸⁹:

É certo – tal como observei no exame **da ADPF 45**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (**Informativo/STF** n. 345/2004) – **que não se inclui**, ordinariamente, **no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, '**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**', p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, como **adverte** a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, '**Direito Administrativo e Políticas Públicas**', 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. **Impende assinalar**, no entanto, que tal incumbência **poderá** atribuir-se, **embora** excepcionalmente, **ao Poder Judiciário**, **se e quando** os órgãos estatais competentes, **por descumprirem** os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, **vierem a comprometer**, com tal comportamento, **a eficácia e a integridade** dos direitos individuais **e/ou** coletivos **impregnados** de estatura constitucional, **como sucede** na espécie em exame.

Os excessos da judicialização, porém, são perniciosos e devem ser evitados. É necessário que se busquem limites ao crescente deslocamento de temas políticos ao Poder Judiciário, observando-se os balizamentos dos sistemas político e jurídico que, mesmo interligados, possuem demarcações na Constituição. Se o Poder Judiciário passar a encampar, de forma irrefletida, a tomada de decisões políticas básicas, dá-se o risco de

³⁸⁶ O tema foi tratado no Capítulo 2 da presente Dissertação.

³⁸⁷ A respeito: FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. p. 71.

³⁸⁸ Cfe. BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. p. 348.

³⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30/03/2014.

comprometimento da democracia, com a indevida assunção, pelos juízes, da condição de representantes do povo³⁹⁰, ou mesmo da posição de um “regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”³⁹¹. O Poder Judiciário, portanto, deve atuar de forma a observar eventual ausência de densidade normativa suficiente nas normas constitucionais invocadas como fundamento para pretensões, aguardar o período necessário à maturação de sentimento social participativo, respeitar o campo de atuação reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, abster-se de intervir em opções discricionárias legítimas e atuar com cautela, mas sem consequencialismos desmedidos, na imposição de dispêndios públicos que possam comprometer, seja pela proliferação de lides individuais homogêneas, seja pelo impacto coletivo de determinadas decisões, o planejamento político dos demais Poderes³⁹². As críticas a uma judicialização excessiva devem ser refletidas e consideradas, sobretudo as mais frequentes, inventariadas como “quebra do princípio democrático, paternalismo, interpretação inadequada da Constituição, repetição acrítica das jurisprudências construídas no passado, governo de juízes, politização da justiça, judicialização da política, ativismo judicial, falta de dados técnicos, econômicos e financeiros”³⁹³. Mas, embora tais questões, como visto em passagens anteriores do estudo³⁹⁴, sejam controversas e não se possam descurar, nem por isso afastam o controle judicial.

O desafio de exercer uma jurisdição democrática e contida, sem avançar sobre os espaços dos demais sistemas e Poderes, passa pela reflexão sobre a autocontenção do Poder Judiciário (*judicial self restraint*), inclusive para que, como reação contra eventual excesso, não se veja refém de uma tentativa de amordaçamento pelo sistema político, o que também

³⁹⁰ A propósito: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 280.

³⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. p. 347.

³⁹² Sobre o assunto: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998**. p. 143.

³⁹³ BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**: análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. p. 109-110.

³⁹⁴ Conferir itens 3.2 a 3.5 desta Dissertação.

comprometeria a democracia³⁹⁵. Como ideia central, a autocontenção significa que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”. Isso porém não acarreta a exclusão pura e simples de determinadas matérias constitucionais do controle jurisdicional, mostrando-se necessária a busca por um delicado ponto de equilíbrio nas relações entre os sistemas, evitando-se a “desconfiança amplamente difundida entre os juristas contra a irracionalidade de um legislador que depende de lutas de poder e de votações emocionais da maioria”³⁹⁶, mas, paralelamente, contendo-se também a “adulação sem limites ou uma suspeita infundada a respeito do juiz”³⁹⁷.

Para Tássia Aparecida Gervasoni e Mônia Hennig Leal³⁹⁸:

(...) o sentido dessa teoria ‘está em assegurar o equilíbrio entre a constituição dos direitos e a constituição do poder, os direitos fundamentais e a democracia, a jurisdição constitucional e os órgãos da direção política, o Direito e a política’, de modo algum se prestando a autorizar e justificar o esquivo do exercício da jurisdição constitucional. A doutrina do judicial *self-restraint*, ao contrário, exige que os tribunais estejam liberados para agir, inclusive, de modo ativista na proteção dos direitos fundamentais (de outro modo, não seria autorrestrição). Mais precisamente, o ativismo judicial não pode converter o Poder Judiciário em um poder constituinte permanente e, portanto, é preciso que se estabeleçam limites à sua atuação. Ocorre que esses limites devem ser fixados pelo próprio órgão judicial (daí tratar-se de autorrestrição).

Em síntese: a expansão da atuação judicial, no ambiente acima retratado, deve vista ser como um desdobramento do atual semblante político transferido à jurisdição. Mas daí não deve resultar a politização total ou a inexistência de limites, impondo-se a adoção de uma postura de cautela e autocontenção pelo Poder Judiciário. A discussão sobre o ativismo ou automodéstia, em todo caso, “não pode ser conduzida *in abstracto*”³⁹⁹, dada a inviabilidade de se identificar uma fórmula teórica universalmente apta, devendo ser feita em tarefa concreta de sopesamento ligada aos aspectos envolvidos em

³⁹⁵ Sobre o assunto: ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 280.

³⁹⁶ HABERMAS, Jorgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. p. 329.

³⁹⁷ GARAPÓN, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. p. 244.

³⁹⁸ GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. p. 109.

³⁹⁹ HABERMAS, Jorgen. **Direito e democracia**: entre faticidade de validade. p. 346.

cada situação, à luz dos limites e das possibilidades trabalhados anteriormente⁴⁰⁰.

A atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas, enfim, encerra prática residual vocacionada exclusivamente a conformar as ações e omissões dos demais poderes do Estado, por meio de uma espécie de interação⁴⁰¹ ou diálogo institucional, aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial extraídos da Constituição⁴⁰². Deve-se todavia preservar a esfera de liberdade dos demais Poderes para lidar com as funções governativas naquilo que integra a esfera do decidível, mantendo-se a intervenção do Poder Judiciário restrita à função de garantia dos direitos fundamentais, os quais compõem a chamada esfera do indecidível⁴⁰³. Em tal quadro, o controle judicial não autoriza a instauração de uma República de Juízes ou de um Estado comandado pelos novos “señores do derecho em el mismo en que lo era el legislador en el pasado siglo⁴⁰⁴”, vedando-se o solipsismo do Poder Judiciário e não legitimando que o Estado-Juiz imponha, sem correspondência constitucional, desejos unilaterais ao Estado-Legislator, ao Estado-Administrador ou mesmo à sociedade, tampouco que interfira em opções legítimas dos demais Poderes. Ainda assim, a participação do Poder Judiciário em temas políticos traduz medida essencial no Estado Democrático de Direito, evitando um pseudoconstitucionalismo em sede de direitos fundamentais e o esvaziamento da força normativa da Constituição.

⁴⁰⁰ Conferir, mais especificamente, os itens 3.2 a 3.5 desta dissertação.

⁴⁰¹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. p. 362.

⁴⁰² Cfe. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998**. p. 142.

⁴⁰³ Cfe. FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. p. 106.

⁴⁰⁴ ZAGREBESLKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. p. 153. Tradução livre: “Os senhores do direito, no mesmo sentido em que o era o legislador no século passado”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluída a pesquisa, foram assentadas, durante o relato, determinadas conclusões que devem ser sintetizadas nestas considerações finais.

Dentre tais conclusões, cabe destacar que o Estado Democrático de Direito, estudado no Capítulo 1, restou caracterizado como a forma de organização da sociedade política em que o exercício do poder, por quaisquer dos órgãos do Estado, deve manter estreita sintonia com a Constituição, presentes instrumentos para a garantia dessa conformação e identificando-se o compromisso com a reestruturação social, o resguardo aos direitos da minoria e o resgate de promessas da modernidade como a igualdade, a justiça social, a efetivação de direitos fundamentais, a inclusão e a participação.

A separação dos Poderes do Estado, por sua vez, constitui um dos elementos do Estado Democrático de Direito. Traduz-se na fragmentação dos organismos que exercem a força estatal, atribuindo-lhes funções legislativa, executiva e judiciária, com o objetivo de evitar o abuso de poder decorrente da concentração, bem como de promover os direitos fundamentais e, ainda, de gerar maiores presteza e eficiência públicas. Na origem, o postulado da separação das funções estatais foi teoricamente edificado, no Estado Liberal, como método de freio ao poder para a garantia da liberdade, mas atualmente deve ser relido, no Estado Democrático de Direito, como instrumento destinado a viabilizar a interação entre Poderes para cumprimento das normas constitucionais.

Por sua vez, viu-se ainda no Capítulo 1 que a Constituição pode ser definida, em uma acepção material, como o conjunto de normas superiores da organização do Estado, pertinentes à sistematização do poder, à distribuição de competências, à forma de governo e aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos. Por essas características, a Constituição possui um papel de centralidade no ordenamento jurídico, reunindo o atributo da supremacia em relação às demais normas e atos do poder público, atuando como fundamento de validade de todo o sistema jurídico e direcionando a atuação dos poderes constituídos no sentido de concretizar os valores constitucionais. As normas constitucionais, por isso, revestem-se de singular força normativa no Estado Democrático de Direito, não se resumindo a meramente reproduzir ou legitimar a

realidade fática, mas apresentando uma força motriz própria para dirigir e conformar a vida social e política da nação. Tal conscientização é necessária para permitir a transformação social objetivada no Estado Democrático de Direito.

No capítulo 2, a pesquisa sobre a temática dos Direitos Fundamentais revelou que se trata de direitos considerados inerentes à pessoa humana, os quais, a partir do momento em que são internalizados nas disposições constitucionais de determinado ordenamento, adquirem o atributo da exigibilidade típico das normas jurídicas. Esses direitos, classificados em dimensões e nascidos de acordo com as características de cada período histórico, destinam-se, em suma, a promover os ideais da liberdade, da igualdade e da solidariedade nas relações estabelecidas entre o Estado e a sociedade e os cidadãos entre si, integrando o aspecto material e não apenas formal das disposições constitucionais. Figuram como critério de limitação do poder, proteção dos cidadãos, aferição da legitimidade dos atos e omissões estatais, formulação de juízos de validade sobre atos e omissões do poder público e, ainda, diretriz conformadora da conduta do Estado nas esferas executiva, legislativa e judiciária.

Dentro da temática, também viu-se que a existência de uma sistematização específica sobre os direitos fundamentais, em local topográfico específico da Constituição, não exclui a existência de outros direitos esparsos no texto constitucional, nem impede o reconhecimento de direitos implícitos decorrentes da interpretação sistemática das normas constitucionais. Também viu-se que, independentemente das categorias eficaciais em que se enquadrem as normas que preveem os Direitos Fundamentais, esses direitos devem ser efetivados, como regra, de plano e na maior extensão possível dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas, tendo em vista sua nota de fundamentalidade e o efeito irradiante gerado no ordenamento, bem como a presença de dispositivo constitucional (art. 5º, §1º, da CF) que impõe a maximização do resultado prático, sobretudo no contexto do Estado Democrático de Direito estudado no Capítulo 1.

Ainda dentro do capítulo 2, anotou-se que existe uma íntima conexão entre a formulação e a implantação das políticas públicas, por um lado, e a efetivação dos direitos fundamentais, por outro. Assim ocorre porque referidas políticas são, dentre outros, um dos meios pelos quais tais Direitos devem ser implementados no Estado Democrático de Direito, comprometido com tal difusão.

As políticas públicas foram definidas como um conjunto de estratégias do Estado com o objetivo de atingir determinada finalidade pública, implicando eleição de prioridades, planejamento, instituição, execução e avaliação, destacando-se uma estrita ligação com os valores constitucionais. Também foram estudadas, especificamente, as atividades de fixação de políticas públicas pelo Poder Legislativo e de implementação de referidas políticas pelo Poder Executivo, explorando-se a discricionariedade apenas relativa existente em referidas tarefas.

No Capítulo 3, a pesquisa foi direcionada para a problemática específica da atuação do Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, em tema de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais, reunindo-se as premissas teóricas vistas nos Capítulos anteriores.

Após traçado um breve panorama sobre os argumentos contrários e favoráveis a tal intervenção, registrou-se que, mesmo dentro do sistema da separação das funções do Estado e do modelo de democracia representativa, o Poder Judiciário possui legitimidade funcional para determinar o cumprimento das políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, notadamente se adotada uma visão substancialista da democracia. Nesse cenário, considerou-se que o próprio conceito de legitimidade desprende-se dos postulados de um sistema fundado na representação popular para fundar-se em critério objetivo correspondente à conformação das práticas do Estado às normas constitucionais, extensivas ao exercício de todos os Poderes.

Os estudos também demonstraram, a seguir, que a eficácia das normas sobre direitos fundamentais, mesmo daquelas programáticas, deve ser levada em conta na tarefa da aplicação do Direito. Anotou-se que a força normativa da Constituição autoriza que, diante da inércia injustificada dos poderes constituídos, determinadas normas programáticas possam ser invocadas como fundamento de uma pretensão judicializada, não servindo sempre como escusa o simples déficit de concreção das normas. Estabeleceu-se, ainda, a conexão com a atual ideia de justiciabilidade dos direitos fundamentais, que agrega inclusive os direitos de natureza prestacional. Para tanto, ressaltou-se que as diferenças entre os direitos que exigem do Estado comportamentos negativos e positivos são antes de grau do que de substância, descabendo desprestigiar os direitos prestacionais apenas por demandarem, de forma clara, um agir visível do Estado.

Foi possível aferir, ainda, que a discricionariedade nas tarefas de criação e efetivação de direitos fundamentais realmente existe e não pode ser desconsiderada. Contudo, a discricionariedade, por si só, não exclui o controle judicial. Os atos discricionários são sindicáveis pelo Poder Judiciário, especialmente em relação aos motivos, à finalidade e à causa, inclusive para garantir a conformação entre as escolhas políticas e as normas constitucionais. Os conceitos jurídicos indeterminados e o conhecimento de questões técnicas não servem para afastar, em abstrato, o controle judicial. Veda-se apenas um controle indiscriminado, com a invasão do mérito do ato político sem base constitucional e com a substituição do legislador e/ou do administrador pelo juiz.

O prosseguimento da pesquisa permitiu, outrossim, identificar a cláusula da reserva do possível como a delimitação daquilo que o indivíduo pode ou não, racionalmente, reclamar da coletividade em que inserido, considerando o aspecto fático relacionado à escassez de recursos públicos e o aspecto jurídico ligado às exigências legais para a disposição de verbas. Em tal contexto, percebeu-se que é inexato interpretar tal cláusula como se a implementação de políticas públicas e a concretização de direitos fundamentais ficasse na dependência da existência de recursos à disposição no caixa do Poder Executivo, visto que é necessária, também, a avaliação da razoabilidade do pedido em face do sistema jurídico e da realidade social. Assim, descabe condicionar o sistema jurídico ao econômico ou adotar uma lógica consequencialista em detrimento da eficácia da Constituição. Também notou-se que, seja no aspecto relativo à inexistência material de recursos, seja na acepção referente à necessidade de prévia dotação orçamentária, a invocação da cláusula sofre limitações ao acolhimento, competindo ao Poder Público comprovar, objetivamente, a indisponibilidade fática ou orçamentária para cumprimento do comando judicial impositivo de gastos, sob pena de afastamento de tal alegação.

Por fim, registrou-se que, atualmente, pode ser percebido um intercâmbio crescente entre os sistemas jurídico e político, tidos como autônomos em momentos anteriores. Inúmeros fatores contribuem para o chamado fenômeno da judicialização, transferindo ao Poder Judiciário a tomada de decisões políticas fundamentais. Contudo, viu-se que os excessos da judicialização podem ser perniciosos. É necessário que o Poder Judiciário atue

com cautela. Compete-lhe observar eventual déficit nas normas constitucionais invocadas como fundamento para pretensões, aguardar o período necessário à maturação de um sentimento participativo, respeitar o campo de atuação reservado aos Poderes Legislativo e Executivo, abster-se de intervir em opções discricionárias e atuar com parcimônia na imposição de dispêndios públicos que possam comprometer o planejamento. O desafio de exercer uma jurisdição democrática e contida, em tal quadro, passa pela reflexão sobre a autocontenção do Poder Judiciário (*judicial self restraint*), discussão que não pode ser esgotada em abstrato, por incompatível com uma fórmula universal, mas nem por isso deve ser esquecida. Se descabe a exclusão pura e simples de determinadas matérias constitucionais do controle jurisdicional, mostra-se necessária, porém, a busca por um ponto de equilíbrio. Ainda assim, restou demonstrado que a participação do Poder Judiciário em temas políticos representa medida essencial no Estado Democrático de Direito, evitando um esvaziamento dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.

ABREU, Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu. **Governo Judiciário**. Florianópolis: TJSC ed., 2009.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Discrecionalidade política do poder judiciário. Curitiba: Juruá, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 5ª ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1969.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1a ed. 2a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo *et all*. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9a ed. Rio de

Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982. *Apud*: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBJOM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10a ed. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

BOLESINA, Iuri; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **O mínimo existencial e o controle jurisdicional de políticas públicas**. Análise de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Curitiba: Multideia, 2013.

BONAVIDES, Paulo. BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direito e Justiça**. Porto Alegre: V. 2, n. 3, p. 82-93, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Habitus, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL, Leis Federais. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 30 mar 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 633703/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 554088/SC. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo de Instrumento nº 598212/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 740800/RS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 581352/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 810410/GO. Relator: Ministro Celso Dias Toffoli. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 27/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410.715/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 30/03/2014.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. *In*: ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Madrid: Trota, 2005, p. 15.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS: Maria Tereza (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1977.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação dos poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. *In*: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba (org. Celso Antônio Bandeira de Mello), São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2.

CÓRDOVA, Luis Castilho. **Derechos fundamentales e procesos constitucionales**. Lima: Grijley, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. 260 p.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Discrecionariedade administrativa na Constituição de 1998**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y Garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 856.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; BITTAR, Eduardo C.B. (Orgs). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo: Edifício, 2006.

FERREIRA DE MELO, Osvaldo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

_____. **Fundamentos de Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial das políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. Max Limonad, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2007.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

GARCIA, Marcos Leite. “Novos” direitos fundamentais: características básicas. *In: Âmbito Jurídico*: Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigo_leitura&artigo_id=6654. Acesso em 20 de maio de 2014.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. V. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: Staatslehre.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOBSBAWN, Eric J.. **Era das Revoluções**: Europa 1789-1948. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991 Título original: Reine rechtslehre.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5a ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta**: Reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2007

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva: 1998.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, E.V, 2005.

MASSA-ARZABE, Patricia Helena. **Dimensão Jurídica das Políticas Públicas**. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. (org. Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais**. In: Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao professor João Lumbrals. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: 2000.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Trad. Gabriela Andrade Dias Barbosa. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1960.

MORAIS, José Luis Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. A crise e a recuperação da jurisdição constitucional. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. LEAL, Rogério Gesta (org.). REIS, Jorge Renato dos (org.) v. 4. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial das políticas públicas. **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NIEBHUR, Joel de Menezes. **O novo regime constitucional da medida provisória**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 30-31.

NOLLAN, Aoife; PORTER, Bruce; LANGFORD, Malcolm. **The justiciability of social and economic rights: an updated appraisal**. New York. Center of human rights and global justice working paper, n. 15, 2007.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; e HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A Teoria Geracional dos Direitos do Homem**. Disponível em: <http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2013, p. 21.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2000.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Estrita Legalidade e Atividade Jurisdicional** (recurso eletrônico). Dados eletrônicos: Itajaí, UNIVALI, 2012.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

PINTO, Élica Graziane. Contingenciamento de despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS: Maria Tereza (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Sevilla: Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades. n. 15, abr/2006.

PONTES FILHO, Valmir. O controle das políticas públicas. *In*: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS: Maria Tereza (Orgs.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAVARIS, José Antônio. Globalização, crise econômica, consequencialismo e a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESC). *In*: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (org). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível pressupõe escolhas trágicas**. Artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26>>. Acesso em 26 mar. 2014.

SCHAEFER, Jairo Gilberto. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ABREU, Pedro Manoel. **Reflexões sobre o modelo participativo de processo jurisdicional brasileiro**. In: SAVARIS, José Antonio; STRAPAZZON, Carlos Luiz (org). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Alteridade: Curitiba, 2012.

SELL, Carlos Eduardo. **Introdução à sociologia política**: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis: Vozes, 2006.

SILVA, Pedro Luís Barros; MELO, Marcus André Barreto de. **O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características determinantes da avaliação de programas e projetos**. Cadernos de pesquisa nº. 48, Núcleo de Políticas Públicas – NEPP/UNICAMP, 2000.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº. 16. jul/dez 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. v. 8. n. 2. Maio/ago. 2003.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 17a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VIANNA, Luiz Werneck. “Apresentação”. In: VIANNA, Luiz Werneck. (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista Persa, y otros estudios sobre la Constitución**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1999.

VEGA, Augusto Martín de la. **La sentencia constitucional em Itália**: tipología y efectos de las sentencias em la jurisdicción constitucional italiana: medio siglo de debate doctrinal. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid: 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Madri: Trotta, 2009.