

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 JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE A
(DIS)FUNÇÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

TATIANA BISSONI VHOSS

Itajaí-SC
2012

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 JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS FRENTE A
(DIS)FUNÇÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

TATIANA BISSONI VHOSS

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 Zenildo Bodnar

Itajaí-SC
2012.

“Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça.”

Gustav Radbruch

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 acerca do mesmo.

Itajaí – SC, 20 de novembro de 2012

Tatiana Bissoni Vhoss

Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicadas
LC	Lei Complementar
MP	Medida Provisória
N.	Número
REsp.	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal

ROL DE CATEGORIAS

Acesso à Justiça: “A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.”¹

Controle: “[...] a interferência externa, não hierárquica, na condução dos negócios estatais pela Administração Pública, do Ministério Público, - na via administrativa – ou do Judiciário – acionado pelo Ministério Público na via da ação civil pública – dirigida para a supressão da omissão administrativa ilícita, quando violadora de normas constitucionais e legais, e lesiva a interesses supra-individuais da coletividade.”²

Direitos Fundamentais: “[...] os Direitos Fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, *caput*, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional.”³

¹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 8. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

² GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 69.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 240.

Direitos Humanos: “[...] é possível verificar que Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não são sinônimos, mas duas realidades diferentes. Assim, quando se tratar de Direitos Humanos, está se trabalhando com a ideia dos Direitos que podem extrapolar a ordem constitucional e que possuem caráter universal. Sendo assim, observa-se que o rol dos Direitos Fundamentais está aquém do catálogo dos Direitos Humanos.”⁴

Eficiência: “O princípio da eficiência não pode, entretanto, ser assimilado como consagração da tecnocracia. Não basta uma Administração endógena, eficiente apenas em ações internas que não repercutam para o administrado, em detrimento do cuidado para com outras, estas sim voltadas para atender o interesse público. Também não basta uma Administração cujo êxito seja aferido apenas em resultados financeiros, avaliados exclusivamente sob o aspecto econômico. A verdadeira eficiência administrativa implica numa atuação que, em último nível, culmina por prestigiar valores constitucionalmente protegidos, tais quais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, o trabalho, a livre iniciativa. Sob esse enfoque, além de se dar com presteza, agilidade, perfeição e rendimento, a atuação do administrador deve atender os limites da lei, voltando-se para o alcance da finalidade pública, respeitando padrões morais válidos e socialmente aceitáveis. Não basta uma atuação contornada pela legalidade, fazendo-se necessária uma busca por resultados positivos para o serviço público, com atendimento satisfatório, tempestivo e eficaz dos anseios da coletividade de administrados.”⁵

Estado de Direito: “Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o

⁴ DEMARCHI, Covis. Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade. In: MONTE, Mário Ferreira. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 272.

⁵ VHOSS, Moser. **Dano Moral e Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 40.

Estado de direito reflete a velha doutrina - associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais - da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem* [...]”⁶

Políticas Públicas: “Políticas Públicas são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁷

Princípios Constitucionais: “Princípios Constitucionais são normas jurídicas caracterizadas por seu grau de abstração e de generalidade, inscritas nos textos constitucionais formais, que estabelecem os valores e indicam a ideologia fundamentais de determinada sociedade e de seu ordenamento jurídico. A partir deles todas as outras normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas.”⁸

Princípio da Efetividade: “Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza a efetividade, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não-auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador.”⁹

Princípio da Razoabilidade: “O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de

⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 2005. p. 18. Título original: *Liberalismo e democrazia*.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38.

⁸ CRUZ, Paulo Marcio. GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 19.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374.

ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. E razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”¹⁰

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 224.

SUMÁRIO

RESUMO	XI
RIASSUNTO	XII
INTRODUÇÃO.....	1
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EXIGIBILIDADE	6
1.1 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	13
1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	20
1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – EFETIVIDADE E RAZOABILIDADE	26
1.4 A REITERADA TRANSGRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO ESTADO	32
2. A (DIS)FUNÇÃO DO ESTADO.....	40
2.1 DEFINIÇÃO DE ESTADO COMO AGENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	40
2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES	46
2.3 A FUNÇÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS ESTRATÉGICAS	51
3. O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	58
3.1 CONTROLE JUDICIAL - LIMITES E AMPLITUDE	60
3.2 CONTROLE JUDICIAL DAS AÇÕES E OMISSÕES DO ESTADO	68
3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	71
4. ESTRATÉGIAS DE CONTROLE DE POLÍTICAS PELA JURISDIÇÃO	78
4.1 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS.....	79
4.2 AÇÕES COLETIVAS E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	92
4.3 OUTRAS ESTRATÉGIAS – AÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM FACE DA COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS	100
4.4 A PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE EXACERBADA CAUSADA PELA (DIS)FUNÇÃO DO ESTADO.....	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	120

RESUMO

O trabalho tem por escopo pesquisar, através do método indutivo, a importância do Poder Judiciário na busca de uma atuação mais efetiva do Estado Democrático de Direito no cumprimento dos preceitos constitucionais, especialmente dos Direitos Fundamentais, por intermédio da solução estratégica das demandas. Pretende examinar a possibilidade de se promover a redução do ajuizamento de ações com pedidos repetitivos, onde ocorrem idênticas argumentações e fundamentações, decorrentes da omissão do Estado no exercício das Políticas Públicas para implementar os Direitos Fundamentais. Insere-se na linha de Pesquisa: Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito. Finaliza com a fundamentação acerca da responsabilidade na prevenção da litigiosidade exacerbada, causada pela (dis)função do Estado, no tratamento das Políticas Públicas de maneira preventiva e pedagógica pelo Poder Judiciário - nem ativista, nem totalmente político, mas no intuito de legitimar a Constituição, tantas vezes esquecida. O Estado não pode ser réu de si mesmo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Funções do Estado. Transgressão e Omissão. Políticas Públicas e Controle Judicial.

RIASSUNTO

Lo scopo di questo lavoro è quello di cercare, attraverso il metodo induttivo, l'importanza della magistratura nella ricerca di una partecipazione più efficace dello Stato Democratico di Diritto nel rispetto delle disposizioni costituzionali, in particolare dei Diritti Fondamentali, attraverso una soluzione strategica delle domande. Si intende esaminare la possibilità di promuovere la riduzione del deposito di domande, con richieste ripetitive, dove si verificano argomenti e fondamenti identici, derivanti dalla omissione dello Stato nell'esercizio delle Politiche Pubbliche per l'attuazione dei Diritti Fondamentali. É inserita nella ricerca linea, la Principiologia, Costituzionalismo e diritto di produzione. Si conclude con il ragionamento sulla responsabilità nella prevenzione del contenzioso aggravato causato dalle (dis)funzione dello Stato, nel trattamento delle Politiche Pubbliche in maniera preventiva e pedagogica da parte della magistratura - né attivista, né totalmente politico, ma con l'intento di legittimare la Costituzione, così spesso dimenticata. Lo Stato non può essere accusatore di se stesso.

Parole-chiave: Diritti Fondamentali. Le Funzioni dello Stato. Transgressione e Omissione. Politica Pubblica e il Controllo Giudiziario.

INTRODUÇÃO

Mais de vinte anos se passaram desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, sem que os seus ideais fossem satisfatoriamente cumpridos pelo Estado Democrático de Direito por ela instituídos. As normas programáticas continuam sem complementação - apesar de toda a discussão jurídica em seu entorno -, as normas de eficácia imediata e contida continuam insuficientemente respeitadas, os tribunais estão abarrotados de demandas em busca dos direitos de cidadania prometidos e a vida está mais judicializada, em virtude da repetição do descumprimento dos preceitos fundamentais. A Constituição de um Estado Democrático constitui a ação do Estado, de modo que corresponde à ordem jurídica fundamental de uma sociedade, em qualquer tempo e lugar.

No Brasil, o número de ações propostas perante o Poder Judiciário tem crescido expressivamente a cada ano, o que reflete na litigiosidade exacerbada das relações sociais aqui estabelecidas. Nesse limiar, este trabalho pretende identificar possíveis causas e traçar alternativas, disponíveis no sistema jurídico brasileiro, para tratar e prevenir a litigiosidade repetitiva em defesa de direitos individuais homogêneos, pulverizada em inúmeras ações individuais.

É oportuno indagar acerca do porque uma lei que busca suprir uma norma constitucional programática, como aquela prevista no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, demorou oito anos para ser promulgada (Lei n. 11.111/2005) e mais seis anos para ser atualizada (Lei n. 12.527/2011).

A pesquisa realizada não tem o anseio de exaurir o tema proposto, mas tão-somente, utilizando o método indutivo, abordá-lo sob os aspectos relevantes, a fim de sopesar e participar da contenda.

O objeto da presente Dissertação é averiguar a viabilidade do Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário frente à (dis)função do Estado no cumprimento dos Direitos Fundamentais.

A Dissertação tem como objetivo institucional a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, Curso de Mestrado Acadêmico, Área de Concentração: Fundamentos do Direito Positivo, inserida na Linha de Pesquisa: Principiologia, Constitucionalismo e Produção do Direito, pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O objetivo científico é investigar as alternativas disponíveis ao Poder Judiciário para estimular a atuação mais efetiva do Estado no cumprimento dos preceitos constitucionais, especialmente dos Direitos Fundamentais. Examinar a possibilidade de se promover a redução do ajuizamento de ações com pedidos repetitivos, onde ocorrem idênticas argumentações e fundamentações, decorrentes da omissão do Estado no exercício das Políticas Públicas para cumprimento dos Direitos Fundamentais.

Para o equacionamento do problema são levantadas as seguintes hipóteses:

a) Os Direitos Fundamentais existem e estão postos. Possuem algum grau de eficácia, seja ela imediata, contida ou programática. Ao Estado cabe a responsabilidade e a obrigação de fazer cumprir a CRFB/88 na prestação de todos os Direitos Fundamentais.

b) Quando o Estado não age no cumprimento dos seus objetivos constitucionais frente aos direitos individuais homogêneos e coletivos colocados, os titulares destes direitos precisam buscar a satisfação através do acesso ao Poder Judiciário.

c) Quando o Poder Judiciário passa a receber inúmeras demandas relativas a temas semelhantes, a ação coletiva para o tratamento dos direitos individuais homogêneos seria a solução mais eficiente e pedagógica na prevenção do excesso de demandas.

d) A implantação dos Juizados Especiais Federais é um exemplo de impacto positivo na ampliação do acesso ao Poder Judiciário por parte dos cidadãos menos favorecidos contra as funções do Estado.

e) O papel do Poder Judiciário no Controle preventivo das Políticas Públicas deve ser pedagógico e estratégico, observados os limites de independência e separação das funções, para estimular o Estado a fazer cumprir a vontade da Constituição.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na Dissertação e seguem sintetizados.

Sob a ótica da eficácia e exigibilidade dos Direitos Fundamentais para os seus destinatários, é do Estado a função de cumprimento e do o encargo de satisfazer a vontade da Constituição na prestação desses Direitos, harmonizando todo o sistema normativo e mantendo a finalidade das decisões políticas idealizadas pelo Poder Constituinte nos limites da separação das funções.

O enfoque é para a gestão de Políticas Públicas estatais promovidas pelos Poderes Executivo e Legislativo que pode gerar maior satisfação da sociedade perante as garantias constitucionais, a fim de evitar o excesso de recursos ao Poder Judiciário para a realização dos direitos negados.

Neste tópico pretende traçar a definição do próprio Estado como agente de Políticas Públicas em si mesmo, delimitando o grau de intervenção e independência entre as suas funções, na execução de estratégias para o implemento dos Direitos Fundamentais num País em desenvolvimento.

O terceiro capítulo considera o papel essencial exercido pelo Poder Judiciário frente à missão de controlar as Políticas Públicas em defesa do Estado Constitucional e dos Direitos Fundamentais por intermédio de ações pedagógicas, consagrados os limites e amplitudes da sua atuação. O dever de agir do Poder Judiciário surge quando a maioria política representada pelo Executivo e Legislativo estiver vulnerabilizando Direitos Fundamentais. Não como um mero ato de vontade do Judiciário, mas como uma ação legítima, garantida em lei e na CRFB/88, mediante provocação, para a preservação do princípio democrático. E neste intuito o Judiciário deve intervir, impondo ou invalidando ações administrativas, legislativas e Políticas Públicas. Nem ativista nem totalmente político, mas no intuito de legitimar a CRFB/88, tantas vezes esquecida.

Ao quarto e último capítulo é reservado o estudo das possibilidades jurídicas à satisfação célere dos interesses sociais através de um provimento jurisdicional eficiente, do Acesso à Justiça e do exemplo de ampliação de acesso que se fez no Brasil na última década com a implantação dos Juizados Especiais Federais. Aborda a lógica do processo coletivo para a defesa dos direitos individuais homogêneos, previstos na CRFB/88 e no Código de Defesa do Consumidor. O objetivo de alcançar uma Justiça mais célere e assertiva, a fim de que o resultado seja contemporâneo às necessidades da sociedade, é um devaneio possível ou uma utopia?

Finaliza com a conclusão acerca da responsabilidade do Poder Judiciário na prevenção da litigiosidade exacerbada causada pela (dis)função do Estado no cumprimento dos Direitos Fundamentais e o tratamento das Políticas Públicas de maneira assertiva e eficiente.

O Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário frente à (dis)função do Estado no cumprimento dos Direitos Fundamentais.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação, o Método¹¹ utilizado foi o Indutivo, na fase de Tratamento dos Dados o Cartesiano e, no Relatório da Pesquisa, é empregada a base indutiva¹². Foram acionadas as técnicas do referente¹³, da categoria¹⁴, dos conceitos operacionais¹⁵, da pesquisa bibliográfica¹⁶ e do fichamento¹⁷.

¹¹ "Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. São José: Conceito, 2008. p. 206.

¹² Sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 2008. 81-105.

¹³ "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 2008. p. 54.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial.

¹⁴ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 2008. p. 25.

¹⁵ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 2008. p. 37.

¹⁶ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 2008. p. 207.

¹⁷ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, 2008. p. 201-202.

CAPÍTULO 1

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EXIGIBILIDADE

Tratar de Direitos Fundamentais no Brasil não seria possível sem antes ter-se ciência de que dizem respeito aos maiores valores positivados na Constituição de um Estado. Conhecer os Direitos Fundamentais não deveria ser privilégio apenas de juristas, estudantes e operadores do direito, mas da população em geral, pois no Estado Democrático de Direito a soberania popular é o seu fundamento basilar.

Elencados os Direitos Fundamentais em diversos momentos da CRFB/88, em um rol não exaustivo, dadas a sua amplitude e abrangência, são de fácil acesso e conhecimento por parte do povo, para o fim único de fazê-los valer. Não basta haver um direito gravado no texto máximo de um Estado, sem que o seu conteúdo possa emergir do plano teórico para o plano fático da realidade social. O direito existe - e assim foi delineado pelo Poder Constituinte - para que os cidadãos dele possam usufruir, seja na ação ou na contenção ou seria ele apenas uma falácia, sem necessidade de implementação e efetividade?

Responder a essa indagação requer considerar previamente que os Direitos Fundamentais estão intimamente ligados ao princípio do Estado Social, previsto pela CRFB/88, resguardado o exercício efetivo das liberdades e a igualdade de direitos que caracterizam o Estado Democrático de Direito.¹⁸

Os Direitos Fundamentais possuem hierarquia constitucional e estão diretamente relacionados com os princípios dos Direitos Fundamentais e da limitação do poder.¹⁹ São preceitos referentes às posições jurídicas relativas às pessoas que, de tamanha relevância, necessitam estar integrados ao texto constitucional e indisponíveis ao legislador infraconstitucional.²⁰ Além disso, os Direitos Fundamentais devem estar direcionados para a “concretização dos

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 71.

¹⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 89.

princípios da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça”²¹, como condição de existência do Estado tal como previsto na CRFB/88.

Os Direitos Fundamentais, segundo Robert Alexy, são "destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado".²²

A Dignidade Humana²³ nada mais é senão o respeito mútuo entre os cidadãos para consigo e perante o Estado, reciprocamente, na satisfação dos

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 72.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 431. Título original: *Teoria de los derechos fundamentales*.

²³ A dignidade humana – apesar de apresentar certo grau de hierarquia, não se confunde conceitualmente com os Direitos Fundamentais, pois estes se referem aos “direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007, p. 35) - deve ser respeitada e considerada pelo Estado e pela comunidade, pois constitui “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62).

Para Mário Monte os Direitos Humanos preexistem à norma escrita: “Uma tutela dos direitos humanos, nesta perspectiva, para ser universalmente válida e eficaz, deve ser sobretudo transconstitucional. Mas com um sentido muito mais claro: deve começar por ser metaconstitucional, tem como ponto de partida o próprio direito interno de cada Estado, no sentido de que o fundamento dos direitos humanos se encontra fora da Constituição, mas nela ganha valor normativo – isto quer dizer que a Constituição vem a ser indispensável na tutela dos direitos humanos, mas uma a visão igualmente *transconstitucional* [grifo do autor], quando o ângulo é o da transestadualidade, como deve ser o dos direitos humanos – isto significa que a Constituição nos dá a referência axiológico-normativa, inclusive através de normas não escritas ou simplesmente de princípios que estão para lá desse texto e que têm a pretensão de universalidade, obrigando a uma visão que supere a estadual e que, arrancando da Constituição, seja, não apenas supraconstitucional, mas transconstitucional.” [grifo no original] MONTE, Mário Ferreira. Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional. In: MONTE, Mário Ferreira. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 272.

Dignidade Humana, “são aqueles Direitos Fundamentais que asseguram o “respeito”, dos quais fala Kant, da sua identidade de pessoa: por um lado, direitos de liberdade, que são todos - da liberdade pessoal à liberdade de consciência, da liberdade de pensamento aos direitos de autonomia civil e política - direitos à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade que fazem de cada indivíduo uma pessoa igual a todas as outras; de outro lado, os direitos sociais à sobrevivência que são todos - dos direitos à saúde e à instrução aos direitos à

seus direitos e anseios, nos termos da Declaração Internacional dos Direitos Humanos²⁴.

A limitação do poder possui um caráter protecionista do cidadão contra a parte juridicamente mais forte, o Estado. Esta é a função principal dos Direitos Fundamentais para Gomes Canotilho²⁵:

[...] é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). Os Direitos Fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente Direitos Fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).[grifo no original]²⁶

Luigi Ferrajoli propõe a definição de Direitos Fundamentais sob três aspectos diferentes. Na primeira definição – teórica - quer dizer que os Direitos

subsistência e à previdência - direitos à redução das desigualdades nas condições de vida, as quais não tem relação com a identidade das pessoas, mas sim com as suas discriminações ou disparidades de caráter econômico ou social.” FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Junior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 105. Título original: *Taking rights seriously*.

²⁴ DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaração Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

²⁵ Ao tratar da titularidade dos Direitos Fundamentais Gomes Canotilho versa sobre a garantia dos Direitos Fundamentais às pessoas coletivas de direito público. Pondera que, se as pessoas coletivas que não pressupõem as prerrogativas da pessoa física, intrínsecas do homem natural como o seu corpo e seus bens espirituais (associações, igrejas, sindicatos, etc), gozam de Direitos Fundamentais, não todos eles, mas alguns, como, por exemplo: liberdade de imprensa, liberdade de reunião, liberdade de profissão, então as pessoas coletivas de direito público também usufruiriam desse benefício quando lesadas por outra entidade pública. Porém, entende o autor que “é incompatível considerar o Estado (as suas corporações, instituições ou fundações) como destinatário dos Direitos Fundamentais e, simultaneamente, como titular dos mesmos Direitos Fundamentais (argumento da identidade ou da confusão).” No máximo seria o caso de um conflito de competências entre entidades públicas. CANOTILHO, Gomes J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra/PT: Almedina, 2003, p. 422. Assim exsurgem os Direitos Fundamentais Coletivos – aqueles relativos às formações sociais; e os Direitos Fundamentais de Exercício Coletivo – de caráter individual, mas que somente podem se afirmar no âmbito coletivo, como por exemplo, o Direito de Greve. CANOTILHO, Gomes J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2003. p. 424.

²⁶ CANOTILHO, Gomes J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2003. p. 407-408.

Fundamentais são: “todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir.”²⁷ Na segunda, de aspecto dogmático, “são fundamentais os direitos atribuídos por ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãs, ou enquanto capazes de agir.”²⁸ Já sob o enfoque formal ou estrutural:

[...] baseia unicamente sobre o caráter universal da sua imputação: compreendido “universal” no sentido puramente lógico e valorativo da qualificação universal da classe de sujeitos que deles são titulares. De fato, são tutelados como universais e, portanto, fundamentais, a liberdade pessoal, a liberdade de pensamento, os direitos políticos, os direitos sociais e similares.²⁹

Reconhecer que os Direitos Fundamentais são normas constitucionais, significa para George Marmelstein:

[...] aceitar a supremacia formal e material, uma das características mais importantes desses direitos (princípio da supremacia dos Direitos Fundamentais) e realçar a sua força normativa, elemento essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos.³⁰

Carl Schmitt, rememorado por Paulo Bonavides, trata os Direitos Fundamentais com o mais alto grau de hierarquia, garantia e segurança constitucional, que os indivíduos possuem em face do Estado³¹.

Os Direitos Fundamentais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico, ultrapassando os limites das garantias individuais para contemplar a coletividade, formando assim, “a base de todo ordenamento jurídico de um Estado democrático”.³² Estão classificados em: direitos individuais (art. 5º), coletivos (art.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**, 2011. p. 9.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**, 2011. p. 10.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**, 2011. p. 10.

³⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 21.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 515.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 190.

5º), sociais (arts. 6º e 193 e seguintes), direitos à nacionalidade (art. 12) e políticos (arts. 14 a 17). José Afonso da Silva considera que:

[...] as categorias de direitos humanos fundamentais, nela previstos, integram-se num todo harmônico, mediante influências recíprocas, até porque os direitos 'individuais consubstanciados no seu art. 5º., estão contaminados de dimensão social, de tal sorte que a previsão dos direitos sociais, entre eles, e os direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato. Com isso, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, se não de tendência socializante.³³

Acerca dos direitos individuais e sociais, José Afonso da Silva pondera que “A antítese inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de autêntica garantia para a democracia, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.”³⁴

As normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata desde que sua eficácia seja plena, independentemente da complementação por outra norma jurídica de qualquer natureza. Pressupõem que contenham todos os requisitos necessários à capacidade de produzir efeitos jurídicos. Assim, “eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos”, sendo a primeira como potencialidade e a segunda como realizabilidade³⁵.

Segundo José Afonso da Silva, seguindo as lições de Kelsen, a diferença existente entre eficácia e vigência de uma norma constitucional reside essencialmente no ser e no dever-ser da norma:

Vigência significa a existência específica da norma; eficácia é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; a circunstância de que uma conduta humana conforme à norma se verifica na ordem dos fatos. "Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão. Kelsen dá nítida prevalência à vigência, desde que

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 168/169.

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 1994. p. 169.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 60.

entende que esta pertence à ordem do dever-ser, isto é, da norma como objeto do Direito, enquanto a eficácia pertence à ordem do ser, dos fatos; mas acha que um mínimo de eficácia é condição de vigência da norma. Uma norma jurídica, no entanto, entra em vigor antes de tornar-se eficaz, isto é, antes de ser seguida e aplicada.³⁶

Os Direitos Fundamentais possuem duplo caráter, sendo não apenas abrangidos por uma dimensão objetiva - onde se apresentam com as características de princípios constitucionais a delimitar a forma de organização e atuação do Estado -, mas também sob a ótica subjetiva, de onde florescem todos os demais vínculos de obrigação Estatal.³⁷ Sob o enfoque de Alexy:

O titular do direito fundamental tem um direito a uma ação estatal, que é "imprescindível para a proteção de sua esfera liberdade constitucionalmente protegida". Dificilmente seria possível expressar melhor o fato de que se trata de uma proteção positiva subjetiva de uma liberdade.³⁸

É evidente que a obrigação constitucional maior incide sobre Estado. Pelo dever de respeito, necessita atuar na garantia de que os Direitos Fundamentais sejam observados e não sejam violados; pelo dever de proteção, através do legislativo, na edição das normas de complementaridade dos direitos constitucionais, do executivo, agindo materialmente para prevenir e reparar lesões aos direitos e, judicialmente, na defesa dos Direitos Fundamentais; e pelo dever de promoção, que o legitima a viabilizar a execução e fruição desses direitos, por intermédio de Políticas Públicas eficazes.³⁹

Da força normativa da CRFB/88 e do poder vinculativo de aplicabilidade imediata os Direitos Fundamentais previstos em seu preâmbulo e artigo 5º, § 1º, exsurge o dever fundamental de respeito, proteção e promoção pelo poder estatal. Porém, como esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, quando

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 1999. p. 64-65.

³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 45.

³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008. p. 250.

³⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 321-322.

estiverem em apreciação normas impositivas de direitos, pode ocorrer a necessidade de mediação legislativa:

Nesse sentido, é possível afirmar que os deveres fundamentais podem - a depender do caráter da norma jurídico-constitucional que os fundamenta - ter eficácia e aplicabilidade imediatas, mas que tais características, no plano dos deveres, devem, depender da hipótese, ser compreendidas de modo distinto do que ocorre com os Direitos Fundamentais. Com efeito, especialmente quando se cuidar da imposição, diretamente deduzida de deveres fundamentais, (sem mediação legislativa) de sanções de natureza penal, administrativa e mesmo econômica, há que ter a máxima cautela e render sempre a devida homenagem ao princípio da legalidade e seus diversos desdobramentos, entre outros.⁴⁰

É o que, na divisão tricotômica das normas constitucionais de José Afonso da Silva, corresponde à eficácia contida, limitada ou reduzida. De qualquer forma, tais normas geram um mínimo de eficácia através dos princípios que vinculam o poder público à sua satisfação, seja no dever do legislador, seja na atividade discricionária da administração ou ainda na juridicidade garantida.⁴¹

Tanto as regras quanto os princípios se constituem em “normas” no entendimento de Alexy, “porque ambos dizem o que deve ser. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente.”⁴²

George Marmelstein apresenta toda a concretude que se requer da aplicação normativa e potencializada dos Direitos Fundamentais, no rigor da sua definição:

a) redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os Direitos Fundamentais (“não são os Direitos Fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos Direitos Fundamentais”), já que o conteúdo das normas constitucionais não podem ficar dependente da vontade parlamentar (poder constituído), e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição;

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 243-244.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 1999. p. 164.

⁴² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008. p. 87.

b) reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da "solução de compromisso" que todos agentes devem assumir na concretização dos Direitos Fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional;

c) aceitação da possibilidade de concretização judicial de Direitos Fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais.⁴³

Com efeito, quando o poder público se apresenta inerte frente às suas obrigações poderá ser compelido a atuar através da "justiciabilidade" dos Direitos Fundamentais, garantida pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e pela declaração dos Direitos Humanos de 1948.⁴⁴

Os deveres fundamentais amplamente traçados na CRFB/88 exigem do Estado uma atuação efetiva para a concretização dos Direitos Fundamentais. Aos destinatários desses direitos cabe a busca da efetividade através de todas as ferramentas que o ordenamento jurídico proporciona, conforme será empreendido na sequência.

1.1 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

As Constituições prolixas tendem a ser reformadas e emendadas com mais facilidade, pois necessitam de constante atualização e evolução, como é o caso da CRFB/88. *A contrario sensu*, aquelas sintéticas, como a dos Estados Unidos da América, tendem a ser imutáveis, por traçarem apenas as linhas mestras da ordem máxima do Estado.

Embora esteja expresso no texto constitucional que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"⁴⁵, há

⁴³ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 319.

⁴⁴ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 326.

⁴⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 5º, §1º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abr. 2012. Embora dispositivo esteja alocado no Capítulo I, refere-se extensivamente aos Capítulos II,

quem defenda que essa eficácia ainda é limitada pela ausência de norma específica, ainda que seja infraconstitucional, como é o caso de José Afonso da Silva ao expor que:

[...] as normas que consubstanciam os Direitos Fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais Direitos Fundamentais.⁴⁶

Não há controvérsia acerca da aplicabilidade direta e imediata de certos Direitos Fundamentais, como as normas definidoras de direitos e as garantias fundamentais. Porém, os Direitos Fundamentais de prestação – econômicos, sociais e culturais, nascem com eficácia limitada, princípios programáticos e aplicabilidade indireta, porquanto são desprovidos de legitimidade para demandar uma pretensão contra omissão dos poderes públicos, conforme a doutrina de José Afonso da Silva.

O que se pretende dizer é que não existe a criação de Direitos Fundamentais através de leis, mas sim através da Constituição. A função da lei, ao tratar das questões postas na Constituição, “quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente”⁴⁷. Admitir que os Direitos Fundamentais são normas constitucionais significa, para George Marmelstein, “aceitar a sua supremacia formal e material (...) elemento essencial para se permitir a máxima efetivação desses direitos”⁴⁸.

Para J.J. Gomes Canotilho a ambigüidade não existe:

dos Direitos Sociais, III, da nacionalidade, IV dos Direitos Políticos e V, dos Partidos Políticos. SLAIB FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 312.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 1994. p. 169

⁴⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 20.

⁴⁸ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 21.

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.⁴⁹

Amparado na doutrina de J.J. Gomes Canotilho, Lenio Luiz Streck reforça que até mesmo as normas programáticas possuem eficácia vinculativa, visto que considerada a hermenêutica constitucional contrária à classificação das normas constitucionais de acordo com a sua eficácia – limitada, contida ou plena – a aplicação do texto constitucional terá o resultado prático atribuído pelo seu intérprete.⁵⁰ Assim dispõe:

[...] *todos os dispositivos constitucionais são vinculativos e têm eficácia* [grifo do autor], podendo-se afirmar com Canotilho, que *hoje não há normas (textos jurídicos) programáticas* [grifo do autor]. As assim denominadas "normas programáticas" não são o que lhes assinalava a doutrina tradicional: "simples programas", "exortações morais", "declarações", "sentenças políticas", etc., juridicamente desprovidas de qualquer vinculariedade; *às normas programáticas é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição* [grifo do autor]. No plano jurídico-constitucional das assim denominadas normas programáticas significam, segundo o mestre português, fundamentalmente o seguinte: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) diretivas materiais permanentes, pois vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) limites negativos, eis que justificam a eventual censura, sob forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.⁵¹

⁴⁹ CANOTILHO, Gomes J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2003, p. 438.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 250.

⁵¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, 2005. p. 247.

Apoiado em Rui Barbosa, Paulo Bonavides⁵² admite que não se pode falar em disposições inativas do texto constitucional, pois nele tudo tem valor normativo:

O Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais. Atribuindo-se eficácia vinculante à norma programática, pouco importa que a Constituição esteja ou não repleta de proposições desse teor, ou seja, de regras relativas a futuros comportamentos estatais. O cumprimento dos cânones constitucionais pela ordem jurídica terá dado um largo passo à frente. Já não será fácil com respeito à Constituição tergiversar-lhe a aplicabilidade e eficácia das normas das como os juristas abraçados à tese antinormativa, os quais, alegando programaticidade de conteúdo, costumam evadir-se ao cumprimento ou observância de regras e princípios constitucionais.⁵³

A validade de todas as normas infraconstitucionais depende da sua compatibilidade com a CRFB/88 vigente, qualquer que seja a sua eficácia e não o inverso.

A norma infraconstitucional deve estar de acordo com a CRFB/88 em sua integralidade. Não é difícil verificar a existência, a partir dos princípios constitucionais, de normas inferiores inválidas, declarando-se oficialmente a sua invalidade. Com efeito, o operador jurídico somente pode valer-se de leis válidas. Fazer a filtragem constitucional de todas as leis que estão sendo aplicadas aos casos concretos, reconhecendo a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, é obrigação de todo magistrado. Porque não é o texto constitucional em primeiro lugar que demanda a complementaridade, mas a lei menor que necessita do enquadramento segundo a norma soberana.⁵⁴

O dirigismo de uma Constituição pode ser positivo ou negativo, conforme forem os interesses em discussão:

⁵² O autor remete à compreensão de que a função das normas programáticas é harmonizar a celeuma constitucional de dois séculos acerca dos conceitos de fundamentos políticos e de fundamentos jurídicos da Constituição. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 211-212.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 211.

⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Constitucional e(m) Crise**, 2005. p. 250-251.

Como bem lembram Bercovici e Massonetto, os mesmos setores que consideram a tese da Constituição dirigente retrógrada ou "jurássica" naquilo que esta tem de compromissória no plano dos Direitos Fundamentais-sociais, aplaudem o "dirigismo constitucional" no que tange às políticas de estabilização e a supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais (políticas ortodoxas de ajuste fiscal e de isolamento da Constituição financeira relativamente à Constituição econômica). Segundo os autores, há uma inversão ideológica do discurso acerca da Constituição dirigente. Com efeito, os críticos da Constituição dirigente dizem que esta conduz à ingovernabilidade e que o "dirigismo das Políticas Públicas e dos direitos sociais" é prejudicial aos interesses do país. No fundo, dizem os autores, trata-se da tese da "Constituição dirigente invertida", isto é, a Constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional: "esta, a Constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada".⁵⁵

O Brasil é um país de modernidade tardia e disso decorre o problema da inefetividade da CRFB/88, pela falta de implementação das promessas esquecidas.⁵⁶

Quando Ingo Wolfgang Sarlet se refere à eficácia das normas constitucionais de cunho programático⁵⁷ esclarece que todas as normas constitucionais são sempre dotadas de um mínimo de eficácia, variando conforme o seu grau de densidade normativa. Se forem de alta densidade normativa possuem normatividade suficiente para estar apta a gerar seus efeitos essenciais, sem necessidade de intervenção do legislador ordinário. Por outro lado, se forem de baixa densidade normativa, não possuirão normatividade suficiente para produzir efeitos de forma direta, sem a intervenção do legislador. É o caso das normas de eficácia contida, possuindo eficácia plena e aplicabilidade direta, estão sujeitas a uma reserva legal para restrição do legislador. Porém, ressalta que,

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Constituição Dirigente na batalha contra Decisionismos e Arbitrariedades Interpretativas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 193.

⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O Papel da Constituição Dirigente na batalha contra Decisionismos e Arbitrariedades**, 2007. p. 192.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 76.

mesmo com a normatividade mínima presente em todas as normas constitucionais, sempre apresentarão algum grau de eficácia jurídica: “Neste sentido, todas as normas constitucionais são sempre eficazes e, na medida de sua eficácia (variável de acordo com cada norma), imediatamente aplicáveis”.⁵⁸

Por toda a celeuma que gravita em torno da eficácia e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais, baseado na necessidade de se levar a sério os direitos em Dworkin, é que Ingo Wolfgang Sarlet defende a importância de uma teoria geral dos Direitos Fundamentais, pois o seu estudo impõe desafios ainda não superados e nem harmonizados.⁵⁹

Luigi Ferrajoli tem apresentado crítica e oposição às teorias de Alexy e Dworkin acerca da definição de regras e princípios, considerados como fundamentos essenciais da teoria dos Direitos Fundamentais, por considerarem que as normas constitucionais fundamentais possuem *animus* de princípios e não de regras.⁶⁰ Trata-se de constitucionalismo não positivista ou jusnaturalista, denominado constitucionalismo argumentativo ou principialista, que:

[...] caracteriza-se pela configuração dos Direitos Fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade mais fraca, confiada não mais a subsunção, mas à ponderação legislativa e judicial.⁶¹

Em concepção oposta, chamada constitucionalismo normativo ou garantista, a normatividade da Constituição se apresenta forte:

[...] de tipo regulativo, isto é, pela tese de que a maior parte dos (ainda que não de todos) princípios constitucionais, em especial os Direitos Fundamentais, comporta-se como regras, uma vez que implicam a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 268-271.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 464.

⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista. In: STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e (neo) Constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**, 2012. p. 18.

de lesão ou obrigação de prestações que são suas respectivas garantias.⁶²

Portanto, todo o conteúdo expresso na CRFB/88 tem caráter vinculante e inderrogável, devendo ser submetido à aplicação tanto por parte do legislador, quanto do Judiciário, “ao que se deve decidir e ao que não se deve decidir”⁶³. Sob o enfoque desta teoria, “o constitucionalismo equivale a um projeto normativo que exige ser realizado através da construção, mediante políticas e leis de atuação, de idôneas garantias e de instituições de garantia.”⁶⁴

O ponto de convergência entre a teoria do constitucionalismo garantista e a teoria do neoconstitucionalismo está em Lenio Luiz Streck, quando trata da filtragem constitucional: “A constituição é norma.”⁶⁵ Previsto que está na CRFB/88 deve ser observado, cumprido e exigido, quer seja por parte do Estado, da sociedade civil ou dos cidadãos. O ativismo judicial, pelo uso indiscriminado da ponderação, não se confunde com a discricionariedade judicial⁶⁶, que está vinculada ao enfrentamento através dos princípios:

[...] porque são a manifestação da densidade normativo-concreta de uma mandamento legal (regra-preceito), sendo que, mesmo aqueles preceitos nomeados como princípio, também necessitam dessa singularização, *que só ocorre no momento aplicativo* [grifo no original].⁶⁷

Para o constitucionalismo contemporâneo o que tem relevância é o caráter principiológico dos Direitos Fundamentais, mesmo nas situações em que

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**, 2012. p. 18.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**, 2012. p. 19.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo Principialista e Constitucionalismo Garantista**, 2012. p. 25.

⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo**, 2012. p. 79.

⁶⁶ No Brasil a discricionariedade corre o risco de imiscuir-se com a arbitrariedade e voluntarismo judicial. Tal situação não sucede em países dotados de maior pudor político dos órgãos judiciários, como é o caso da Itália, Espanha, Alemanha e Portugal. É a diferença entre haver ou não haver a necessidade de uma teoria “não-discionária”. STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo**, 2012. p. 80.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo**, 2012. p. 86.

demanda atuação legislativa de complementaridade. O efeito de irradiação normativa da CRFB/88 reflete na vinculação de cumprimento dos ditames nela previstos, seja com ânimo de princípio, seja com ânimo de regra.

É exatamente o ponto que refere Norberto Bobbio quando indaga:

Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o 'programa' é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de 'direito'?⁶⁸

A teoria dos Direitos Fundamentais faz-se cogente para compreender o caráter axiológico desses direitos, pois somente a compreensão pode conduzir a sua efetividade, projetando e buscando a realização de políticas idôneas direcionadas para a garantia e satisfação dos Direitos Fundamentais.⁶⁹

Contudo, Andreas Krell⁷⁰ ressalta que o problema maior não se deve à ausência de leis ordinárias, porque a maioria delas já existe para o exercício dos Direitos Fundamentais sociais. A dificuldade que se apresenta é a não execução dos deveres do Estado neste sentido, conforme será tratado no último subitem deste tópico e no segundo capítulo.

1.2 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreender os Direitos Fundamentais, sua eficácia e sua exigibilidade, pressupõe considerá-los de modo unitário. Implica em compreender que o modelo atual de classificação dos Direitos Fundamentais⁷¹ – pluralismo democrático com efetiva interligação responsável entre Estado e cidadão – está organizado em três gerações, atualmente expandidas para até seis gerações,

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 78. Título original: *L'età dei Diritti*.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**, 2011. p. 91.

⁷⁰ KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada. Construindo Pontes com o Público e o Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 32

⁷¹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 15.

segundo alguns autores como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e José Alcebíades de Oliveira Junior⁷².

A intenção ao abordar este elemento reside na peculiaridade de vinculação do Estado com a omissão, promoção ou proteção de direitos, que historicamente vem evoluindo e que se faz presente em todas as dimensões dos novos Direitos Fundamentais.

A diferenciação entre as teorias classificatórias dos Direitos Fundamentais em gerações ou dimensões⁷³ baseia-se substancialmente na ação do Estado, de ser negativa ou omissiva da realização de direitos (primeira dimensão), prestacional dos direitos basicamente sociais (segunda dimensão) ou ainda de caráter difuso, direcionado para o direito de grupos afins (terceira dimensão).

Da classificação dos Direitos Fundamentais delineada por Jairo Schäfer⁷⁴ compreende-se que os direitos de primeira dimensão tratam da liberdade do indivíduo, sendo oponíveis contra o Estado liberal através da sua omissão. São direitos de forte eficácia negativa, a fim de restringir o poder do

⁷² A maioria dos autores classificam a teoria dos Direitos Fundamentais além das três dimensões primordiais, como Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e José Alcebíades de Oliveira Junior.

⁷³ Embora a denominação dos direitos em gerações quer sugerir uma sequencialidade ou substituição de uma geração por outra, não é essa a intenção que o termo representa. A razão de ser da teoria das gerações de direito que indicar a acumulação de direitos em um dado momento histórico, porquanto os direitos de terceira geração agregam valores aos direitos de segunda geração e sucessivamente aos direitos de primeira geração.

Tanto para Willis Santiago Guerra Filho (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2005. p. 46), quanto para Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 52) a denominação “geração” está superada pelo conteúdo de progressividade dos novos Direitos Fundamentais, num processo de cumulatividade e complementaridade, sendo mais adequada a definição “dimensões dos Direitos Fundamentais”, perfilhada pelas doutrinas mais modernas.

Há quem até já questione o próprio termo dimensões, porquanto também este não traduz precisamente a ideia que a teoria oferece. “[...] é o caso de A.S. Romita, Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho, p. 89-90, ao sustentar que o termo dimensões se refere a um significado e função distinta do mesmo direito, e não de um grupo de direitos, razão pela qual prefere falar em “naipes” ou “famílias” de Direitos Fundamentais (referindo um total de seis)...” SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 2007. p. 53.

De fato, a questão do termo utilizado para definir a teoria parece não ter relevância neste momento, porquanto o importante é o consenso no seu substrato.

⁷⁴ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 21.

Estado, submetendo-o aos rigores da lei, com estrito Controle jurídico do poder.⁷⁵ É a verdadeira promoção dos deveres de súditos para os direitos de cidadão, “não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional”.⁷⁶

Os direitos de primeira dimensão dizem respeito à liberdade dos indivíduos em face da atuação do Estado Liberal. A subjetividade é a sua característica mais marcante, sendo os direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Possui característica de eficácia negativa, porque demanda a limitação do Estado de não interferir na situação jurídica do indivíduo. Os direitos a liberdade, a vida e a propriedade passam a estar protegidos. No ponto que mais interessa ao presente trabalho, o Estado de Direito tem o desígnio de submeter-se ao poder da lei, além de instituir o controle jurídico desse poder, sempre respeitando os direitos à liberdade das pessoas. Os direitos de primeira dimensão vinculam o Estado, sem negar a eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, que também obrigam os particulares igualmente entre si.⁷⁷

A passagem do Estado liberal ao Estado contemporâneo, marcada pelas lutas sociais do século XIX, caracterizada pela industrialização e democratização do poder público, fez o Estado evoluir de uma função inativa para uma conduta promocional de direitos. As relações existentes entre Estado e cidadão foram radicalmente remodeladas:

O advento do Estado Contemporâneo, este entendido como a formação política surgida na segunda década do século passado (em 1917, com a Constituição Mexicana, e , em 1919, com a Constituição de Weimar)⁷⁸.

⁷⁵ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 20.

⁷⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 85-86.

⁷⁷ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 20.

⁷⁸ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 26.

Neste cenário, os Direitos Fundamentais de segunda dimensão assumiram o objetivo e a responsabilidade de primar pela igualdade, vinculando o Estado Contemporâneo à função promocional individual com *status* de homogeneidade. Trata-se da dimensão específica dos direitos sociais, “o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta.”⁷⁹ Segundo Paulo Bonavides, os direitos de segunda dimensão prevaleceram no século XX, assim como os direitos de primeira dimensão dominaram o século anterior. Seu legado prestacional passou por um período de baixa normatividade, visto que transferiu ao Estado prestações materiais, nem sempre executáveis por força da ausência de recursos e meios. Porém, com o advento da CRFB/88, que estabeleceu o preceito de aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais, enfraqueceu a programaticidade anteriormente veiculada, para dar abertura à concretização das garantias fundamentais.⁸⁰

O Estado, agora contemporâneo, continua no cerne da obrigação: “assume uma indiscutível função promocional, satisfazendo ativamente as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material.”⁸¹ Em decorrência do elemento qualificador de igualdade, os destinatários dos Direitos Fundamentais desta dimensão devem partir para a superação de obstáculos de ordem econômica e social, através da integração de esforços e responsabilidade social para impedir a realização das desigualdades.⁸²

Os Direitos Fundamentais de terceira dimensão envolvem não apenas os direitos individuais, mas sim os direitos de toda a coletividade, destinando-se à proteção do meio ambiente, do consumidor, da paz, do patrimônio público e de todos os direitos difusos e coletivos. A primazia está na fraternidade, decorrente da função complexa de ser omissivo ou promocional, conforme a situação exigir. O direito individual, egoístico, deixa de ser o núcleo e passa a integrar a socialização e a coletivização. Segundo Jairo Schäfer o surgimento dos direitos

⁷⁹ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 86.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 518.

⁸¹ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 30-31.

⁸² SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 27.

de terceira dimensão acarretam a ineficácia dos tradicionais institutos processuais baseados na titularidade individual. Requerem a valorização dos mecanismos coletivos de defesa dos direitos:

Essa categoria de Direitos Fundamentais engloba alguns direitos prestacionais e, igualmente, um conjunto de novos direitos (em alguns casos não constitucionalizados), que podem exigir uma ação ou uma omissão do poder público ou dos particulares. Com efeito, se nas gerações antecedentes os direitos se demonstram claramente situados no que se refere à relação do Estado para um o cidadão, os Direitos Fundamentais de terceira geração personificam a massificação da sociedade contemporânea, exigindo uma dialética efetiva entre condutas (ação/omissão) e destinatários das obrigações constitucionais (Estado/cidadão): a efetivação dos chamados *novos direitos* pressupõe visões marcadamente solidárias, no sentido de que não há possibilidade de fruição egoística desses direitos. São direitos difusos, transindividuais, que não apresentam titularidade individual[grifo no original].⁸³

Willis Santiago Guerra Filho amplia a categoria, concebendo os direitos de terceira dimensão não apenas como aqueles destinados à proteção da coletividade, mas em amparo de toda a humanidade, desde a proteção ao meio ambiente até o direito da sociedade ao desenvolvimento.⁸⁴

Ponderando os efeitos da globalização na pós-modernidade, ao tratar dos novos direitos decorrentes do efeito multiplicador dos direitos no mundo, José Alcebíades de Oliveira Junior acrescenta duas dimensões contemporâneas de direitos: “os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia”⁸⁵, como sendo a quarta dimensão. Paulo Bonavides acrescenta a esta quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, para que na era globalizada, sejam isentos “das contaminações da

⁸³ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais**, 2005. p. 33.

⁸⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2005. p. 46.

⁸⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 86.

mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar dos monopólios do poder”.⁸⁶

Além disso, José Alcebíades de Oliveira Junior trata da quinta dimensão, referente aos direitos decorrentes da internet, que rompe fronteiras e que evolui diariamente.⁸⁷

A preocupação de Norberto Bobbio é legítima e atual, porquanto, para ele, os direitos sociais, titulados de direitos de segunda dimensão, exibidos internacionalmente, permaneceram na teoria. Assim como os direitos de terceira e quarta dimensão.⁸⁸ Para Bobbio, “o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não são mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.⁸⁹ Proteger e realizar os novos e cada vez mais extensos direitos humanos torna-se a cada dia mais difícil. O futuro das gerações pode ser previsto através do crescimento desmensurado das armas, da degradação do meio ambiente e do aumento descontrolado da população.⁹⁰

De qualquer forma, os direitos de todas as gerações ou dimensões permanecem eficazes e são direitos que não se interpretam, mas concretizam-se.⁹¹ Somente é preciso, como narrou Norberto Bobbio, buscar “não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo”. Não temos muito tempo a perder.”⁹²

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 525.

⁸⁷ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 86.

⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1992. p. 25.

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1992. p. 25.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1992. p. 49/63.

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 525.

⁹² BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 1992. p. 64.

1.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – EFETIVIDADE E RAZOABILIDADE

Os atos jurídicos emanados do Estado através de suas funções pressupõem a existência, a validade e a eficácia. Quando este ato se refere a uma norma constitucional, emitida pelo Poder Legislativo, a eficácia jurídica denota a capacidade de realizar os seus efeitos típicos⁹³.

Até mesmo para Hans Kelsen a aceção de que “A eficácia da norma jurídica reduz-se à sua observância”⁹⁴ a efetividade quer expressar aplicabilidade e executividade da norma constitucional diante dos fatos jurídicos.

Ao tratar da vigência e domínio da norma, Hans Kelsen esclarece que a vigência pertence à ordem do dever-ser, enquanto a eficácia é o ser da norma:

[...] do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos uma certa medida. Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é condição de sua vigência.⁹⁵

A efetividade subsume-se à materialidade ou capacidade de realização da norma prescrita frente aos fatos jurídicos e sociais. Logicamente, nenhuma lei, qualquer que seja a sua hierarquia, é editada no intuito de não ser cumprida. Porém, por vezes a concretização dos preceitos constitucionais se torna difícil quando a sua submissão à realidade social é desinteressante para interesses particularmente poderosos. Conforme destaca Luís Roberto Barroso, “o direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a esse desígnio.”⁹⁶

A CRFB/88 não está alienada dos fatos da vida real e cotidiana da sociedade. Pelo contrário, quanto mais inserida estiver sobre essa realidade,

⁹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 247.

⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 13.

⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 11.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 248.

maior será o seu poder normativo.⁹⁷ Para Konrad Hesse, a Constituição não pode realizar nada por si, mas pode impor tarefas, inserindo nos cidadãos a consciência de constitucionalidade nas relações jurídicas e sociais, de modo que o agir esteja voltado para a vontade da Constituição. A plena eficácia das normas constitucionais depende da realidade concreta do seu tempo.⁹⁸ A plena concretização da força normativa da Constituição não está na sua demonstração de poder e este não é o seu intento. Pelo contrário, é o exercício da Constituição que vai lhe atribuir eficácia e força normativa.⁹⁹

José Afonso da Silva salienta que todas as disposições constitucionais estabelecem regras, emanadas do Estado Democrático e as classifica conforme os efeitos que produzem como: normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, contudo não integral; e normas constitucionais de eficácia limitada (declaratórias de princípio institutivo ou organizativo e as declaratórias de princípio programático).¹⁰⁰

Dessa classificação percebe-se que as primeiras encontram-se completas, perfeitas para produzir a incidência imediata, tal como almeja o destinatário da norma. As segundas, embora insinuem a completude almejada, também prescrevem restrições de aplicabilidade, pois requerem regulamentação de limite. Quanto às normas constitucionais de eficácia limitada, que afetam diretamente o objetivo principal deste estudo, permanecem à mercê do legislador infraconstitucional para atuação, embora possam certamente produzir efeitos jurídicos *lato senso*, com implicação de princípios gerais.

As normas constitucionais que instituem o Estado de Direito são assim classificadas, quanto a sua eficácia, por Luís Roberto Barroso: 1) normas constitucionais de organização, que tratam de organizar o exercício político do

⁹⁷ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 18-19.

⁹⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, 1991. p. 24.

⁹⁹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, 1991. p. 26.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 1999. p. 84.

país; 2) normas constitucionais definidoras de direitos, responsáveis por instituir os Direitos Fundamentais, atribuindo aos cidadãos o poder de reclamar do Estado ou de particular, através de ação ou omissão, os benefícios ali prescritos; 3) normas constitucionais programáticas, que estabelecem princípios e criam os fins públicos a serem atingidos, mas não trazem a liquidez necessária à pronta exequibilidade do direito posto, excepcionalmente nas situações de cessação da prática de atos contrários às normas constitucionais.¹⁰¹

É inconcebível num primeiro momento se pensar numa Constituição, como ordenação suprema do Estado, porém impossibilitada de existir e produzir a sua eficácia, independentemente de uma lei inferior e posterior que a legitime.

Haveria o ímpeto de transformação em neoconstitucionalismo,¹⁰² contrário ao positivismo jurídico e tendencioso do enfraquecimento constitucional. A Constituição tem força normativa, conforme demonstra Rui Barbosa:

Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.¹⁰³

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 255.

¹⁰² No paralelismo traçado por Luigi Ferrajoli, ao tratar do constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo, contrapõe que “a configuração das normas constitucionais não como regras suscetíveis de observância e de aplicação, mas sim como princípios suscetíveis de ponderações e balanceamentos, porque se encontram virtualmente em conflito; e, consequentemente, a centralidade conferida à argumentação na própria concepção de direito”. E ainda: “Este constitucionalismo, de nítida matriz anglo-saxã, caracteriza-se então, como disse Prieto Sanchís, por três elementos: o ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; o ativismo judicial promovido pela imediata aplicabilidade jurisdicional das Constituições, sem a necessidade de *interpositio legislatoris*; a distinção entre regras e princípios e a configuração dos direitos constitucionalmente estabelecidos como princípios em virtual conflito, que, antes de aplicados, devem ser pesados e ponderados sobre a base de uma adequada teoria da argumentação.” FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. In: **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. N. 5. Porto Alegre: FMP, 2010. p.11-12. Segundo Ferrajoli, é uma teoria oposta àquela denominada por ele mesmo de garantista do constitucionalismo, onde o direito é considerado como fato e não como norma.

¹⁰³ BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira, II**. São Paulo: Saraiva, 1933. p. 489.

As restrições incidentes sobre os Direitos Fundamentais, mais especificamente sobre as liberdades, situações e posições, bens protegidos pelos Direitos Fundamentais, conforme Alexy,¹⁰⁴ possuem respaldo mais abrangente nos princípios constitucionais. Assim, restrições com hierarquia constitucional ou autorizada indiretamente pela Constituição devem respeitar a máxima da proporcionalidade, a fim de garantir o conteúdo essencial da norma, segundo a teoria relativa em Häberle, de modo que “A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”.¹⁰⁵

Da análise de Luís Roberto Barroso ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade constata-se que:

O princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Sendo mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.¹⁰⁶

A razoabilidade deve estar de acordo com a lei (interna) ou com o texto constitucional (externa) e pressupõe os requisitos da: 1) adequação, entre os meios e os fins; 2) necessidade ou exigibilidade, proibindo o excesso; 3) proporcionalidade em sentido estrito, verificando a relação custo-benefício da medida, quais os danos causados e os resultados a obtidos. Em palavras de J.J. Gomes Canotilho, trata-se “de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”¹⁰⁷. E Alexy complementa:

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008. p. 298

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2008. p. 298.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 224.

¹⁰⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra/PT: Almedina, 2003. p. 387.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas.¹⁰⁸

Na acepção do Tribunal Constitucional Alemão a proporcionalidade é da própria essência dos Direitos Fundamentais, sendo deduzível da sua adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, “exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas”.¹⁰⁹ Segundo Alexy, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou da ponderação incide diante de situações jurídicas, enquanto a adequação e a necessidade incidem sobre situações fáticas. De tal modo, quer demonstrar o autor que a proporcionalidade em sentido estrito é decorrente do caráter principiológico das normas de Direitos Fundamentais.¹¹⁰

A incidência maior do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade está voltada para o Poder Executivo, para o direito administrativo, onde “ele funcionava como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada”¹¹¹.

Ao Judiciário incumbe agir com cautela, considerando sempre que a definição das Políticas Públicas compete, primeiramente, aos órgãos legislativo e executivo, no limite das suas proporções. Luís Roberto Barroso observa que aos Juízes e Tribunais incumbe o Controle, especialmente da constitucionalidade, no intuito de preservar a vontade do povo. Mas, salienta que o legislativo pode ser soberano quando, numa convocação extraordinária do poder constituinte derivado, emitir uma emenda constitucional que substitua aquela declarada

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales. 2002. p. 113.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2002. p. 112.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2002. p. 112-113.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 229.

inconstitucional pelo Poder Judiciário, atribuindo-lhe o efeito que melhor lhe convier.¹¹²

De tal modo, compete ao Judiciário agir sobre os atos legislativos ou atos administrativos, verificando a sua validade e, utilizando o princípio da razoabilidade, aferir se a conduta omissiva do Estado é geradora inclusive de responsabilidade civil quando:

(a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.¹¹³

Paralelamente ao princípio da razoabilidade, o Judiciário deve pautar-se no princípio da isonomia para averiguar a validade do ato administrativo ou legislativo atacado, em estrita observância ao artigo 5º, *caput*, da CRFB/88. Também deve verificar, através do axioma aristotélico, se os iguais estão recebendo tratamento igualitário e se os desiguais igualmente na medida de sua desigualdade, mesmo que ainda pareça indecifrável a questão de saber quem são os iguais e quem são os desiguais e definir em que circunstâncias são constitucionalmente legítimos os tratamentos desiguais.¹¹⁴

O intuito é apurar se tratamentos diferenciados foram dispensados em conformidade com a razoabilidade interna e externa.

Será abordado na seqüência o desempenho do Estado diante da força normativa da CRFB/88 e da efetividade dos Direitos Fundamentais, plenamente exigíveis por parte dos cidadãos.

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 232.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 245.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 241.

1.4 A REITERADA TRANSGRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PELO ESTADO

Cada vez mais o Poder Judiciário Brasileiro tem recebido um número excessivo de demandas repetidas, que tratam de assuntos semelhantes, que dispensam a dilação probatória e que travam discussões no âmbito da materialidade jurídica e não fática. Medidas de agilização são adotadas, criadas e desenvolvidas. Reformas processuais são propostas e mutirões judiciais são realizados. Conforme o tempo passa, algumas questões são resolvidas, outras são substituídas, novas teses e teorias surgem, porém persiste o elevado número de processos que se acumulam para julgamento nos juízos de primeira e de segunda instância do país.

O aumento de processos ajuizados pode representar, por um lado, indicativo do crescimento da consciência de cidadania dos jurisdicionados, o que os leva a ter mais disposição para lutar pelos direitos que entendem legitimados. Todavia, se as pessoas se julgam detentoras de direitos que precisam ser defendidos e afirmados isso também indica que há um crescente desrespeito aos direitos dos cidadãos por parte do Estado.

A partir disso é que se forma a enorme litigiosidade verificada na sociedade brasileira. Diariamente ações idênticas são ajuizadas por pessoas diversas, cada uma destas defendendo interesses próprios, resultantes de situações semelhantes de violação de direitos. O Poder Judiciário julga milhares dessas ações, sinaliza com uma jurisprudência sedimentada sobre como serão resolvidas as demais ações que pendem ainda de julgamento, mas isso não elimina a conduta transgressora originária, a fim de que esse direito não seja novamente negado.

Observa-se que a alta litigiosidade que marca o sistema judiciário brasileiro é produzida pelo próprio Poder Público. Isso porque são as entidades da própria Administração as mais demandadas em ações repetidas ajuizadas pelos cidadãos.

Denota-se que o julgamento de um número muito elevado de processos, ao invés de apontar para um trabalho produtivo, demonstra, a *contrario sensu*, que esse trabalho tem sido pouco efetivo no sentido da pacificação social. Se muitas ações têm sido julgadas e se uma quantidade sempre maior de ações semelhantes às decididas continua sendo ajuizadas, o Poder Judiciário não vem conseguindo obter êxito, então, em afirmar o direito em nuance que faça com que seu pronunciamento seja considerado em situações futuras.

O Estado tem se tornado réu de si mesmo, quando por inobservância e descumprimento dos preceitos constitucionais, especialmente dos Direitos Fundamentais sociais, se torna o litigante passivo com o maior número de processos em tramitação perante o Poder Judiciário Federal.

Em nome do que se convencionou chamar, originalmente na Alemanha e posteriormente no Brasil, de “reserva do possível” é que as transgressões e omissões têm sido muitas vezes pautadas. Com efeito, sob o argumento de ausência de recursos financeiros suficientes para a satisfação de todos os Direitos Fundamentais sociais dos cidadãos, o Estado tem se eximido da sua obrigação. Assim, os direitos passam a estar condicionados à disponibilidade orçamentária prevista pelo legislador, nos moldes das propostas anuais apresentadas pelo Poder Executivo.

De fato, a realização de direitos demanda recursos financeiros capazes de proporcionar o mínimo¹¹⁵ previsto pela CRFB/88. Esse mínimo é:

¹¹⁵ O direito mínimo existencial desenvolvido por Ana Paula Barcellos diz respeito às “condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” e continua definindo que “[...] é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”[grifo do autor]. TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 70

[...] composto por direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana, ou porque decorrem do direito básico da liberdade – teria validade *erga omnes* e seria diretamente sindicável.¹¹⁶

Percebe-se que os argumentos de crise financeira impeditiva da realização de direitos existem historicamente desde a década de sessenta, oportunidade em que foram percebidos os primeiros descompassos. Na década seguinte, com o aumento da atuação estatal e a crise econômica mundial, os gastos públicos suplantaram ainda mais as receitas, gerando uma tensão econômica cada vez mais ilimitada. Para a superação do conflito que se passou a verificar entre a realização do bem-estar e o *déficit* econômico do Estado, a única perspectiva seria o aumento na carga tributária ou a diminuição de gastos, mediante a redução da ação estatal.¹¹⁷

Com fundamento em precedentes formulados pelos Tribunais de Santa Catarina, Paraná e Ceará, Ana Carolina Lopes Olsen concluiu que os argumentos de caráter orçamentário, como a escassez de recursos para a implementação dos Direitos Fundamentais sociais determinados pela CRFB/88, não tem prevalecido. O que tem preponderado nos tribunais, de fato, é a importância da realização dos Direitos Fundamentais ameaçados de violação, sendo desprezada a questão do custo.¹¹⁸

Quando ocorre a alegação de que a questão orçamentária não é suficiente para abranger todos os Direitos Fundamentais sociais deve haver a comprovação de que o orçamento público foi devidamente aplicado nas áreas respectivas, pois a CRFB/88 fixou os parâmetros dentre os quais não há

¹¹⁶ BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia dos Direitos Sociais. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 07 set. 2012.

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**, 2008. p. 151.

¹¹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível**. São Paulo: Juruá, 2008. p. 200-244.

discricionariedade ou vontade política que possibilite a conversão ou desvio de recursos de sua finalidade prevista em lei.¹¹⁹

Ademais, não se trata apenas da crise financeira. Luigi Ferrajoli apresenta a crise da legalidade, que se manifesta na ausência ou ineficácia dos Controles por parte dos detentores do poder, exemplificando através do enorme esquema de corrupção desvelado na Itália, Espanha e França, nos últimos tempos, envolvendo a administração pública e econômica. Menciona o desenvolvimento de um estado paralelo, gerido por *lobbies* e códigos próprios extra-institucionais e extra-legais.¹²⁰ Apresenta, ainda, a crise do Estado Social, interligada com a crise de legalidade em um segundo aspecto, decorrente da ausência de um sistema de garantias dos direitos sociais, equivalente ao sistema de garantias dos direitos à liberdade e à propriedade, agravada pelo caráter seletivo e desigual das funções do *Welfare-State*.¹²¹ Refere à crise da Democracia ocorrida pela:

[...] multiplicidade das funções deferidas ao Estado Social, a inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas, a subordinação aos imperativos sistêmicos de tipo econômico, tecnológico e político e, por outro lado, a ineficácia dos controles e a larga margem de irresponsabilidade do poder público gerariam – segundo autores como Luhman, Teubner e Zolo uma crescente incoerência, falta de plenitude (*incompletezza*), opacidade e ineficácia do sistema jurídico.¹²²

Norberto Bobbio, diante desse cenário, bem como em face da crescente, ilimitada e desenfreada transformação do mundo, chega a questionar se realmente a democracia deve resistir:

[...] frente a transformação cada vez mais rápida do mundo, causada por um progresso técnico vertiginoso e irrefreável, que demanda não tanto resolver os novos problemas – sutis e cada vez mais específicos – mas, antes de tudo, entendê-los. Não terá chegado o momento de perguntar-se se a democracia – o governo do povo, através do povo e

¹¹⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível**, 2008. p. 200-244.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. 1997. p. 89.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. 1997. p. 90.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. 1997. p. 91.

para o povo – esteja ainda apta a dominar a variedade, a complexidade e a dificuldade dos problemas que a humanidade deverá enfrentar num futuro próximo?¹²³

Exemplos de ineficácia e inefetividade ocorrem, como bem lembra José Alcebíades de Oliveira Junior, com a Defensoria Pública. Apesar de ser um Direito Fundamental com a complementaridade preenchida pela lei infraconstitucional, possui o exercício comprometido pela insuficiência humana, técnica e estrutural¹²⁴, que acaba afastando o seu ideal - promover o Acesso à Justiça pelos cidadãos mais distantes.

Destarte, ainda se questiona se os Direitos Fundamentais de promoção e proteção da saúde, da moradia, da educação, efetivos e eficazes, previstos na CRFB/88 como dever do Estado, estão sendo concretizados.

Da mesma forma, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem jurídico constitucionalmente protegido, está consagrado na CRFB/88, em seus artigos 5º, § 2º, e 225, mas não tem sido realizado. A sociedade civil vive sob o risco das consequências que a pós-modernidade tem trazido. Se por um lado traz avanço e evolução, por outro traz o declínio de uma vivência descomedida, de consumo exagerado, voltado apenas para o lucro das atividades industriais, que conduz ao esgotamento dos recursos naturais, acarretando a exclusão social e a explosão do risco.¹²⁵ É nesse momento que o Estado não deve ser omissor, sob pena de comprometer o futuro das gerações.

¹²³ BOBBIO, Norberto. Da Democracia. Para uma certa idéia da Itália. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **O Novo em Direito e Política**, 1997. p. 115.

¹²⁴ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 146.

¹²⁵ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Marcio. A Atuação do Poder Judiciário na Implementação das Políticas Públicas Ambientais. *In*: SAVARIS, Antonio José; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**. Um Diálogo Latino-Americano. Curitiba: Alteridade, 2012. p. 486-487.

Desde o regime militar (1964), passando pela promulgação da CRFB/88 até a significativa Emenda Constitucional n. 20/98¹²⁶, o Brasil vem sofrendo evoluções e mudanças em todo o sistema de Seguridade Social. Aquilo que deveria ser avanço de ordem social e com intuito de alcançar o bem-estar e justiça sociais passou a ser alvo de insatisfação e crise no setor econômico e financeiro do País. O sistema da Seguridade Social passou a ser tratado “como a ovelha negra” em todas as administrações públicas, onde a arrecadação e o custeio acarretam *déficit* que compromete as contas públicas e a estabilidade econômica.¹²⁷

Entretanto, tal paradigma econômico não tem considerado que as contas públicas se equilibram como qualquer balanço contábil financeiro. Se existem despesas, também existem receitas. De modo que a solução pode não ser apenas eliminar as despesas, com a supressão de direitos, mas principalmente incrementar as receitas, não com o aumento de tributação que já é tão elevado no Brasil e sim com o desenvolvimento de Políticas Públicas de inclusão social dos milhões de brasileiros que trabalham na informalidade, sem nenhuma proteção social nem contribuição.¹²⁸

As afirmações de Lenio Luiz Streck são célebres acerca da modernidade tardia e arcaica no Estado brasileiro, pois em razão dos problemas sociais que existem, as promessas ainda não se realizaram.¹²⁹ Expõe o autor que o agente de todas as políticas deve ser o Estado – um Estado forte, intervencionista e regulador:

¹²⁶ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 20**, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012.

¹²⁷ FAGNANI, Eduardo. Seguridade Social brasileira: trajetória recente e novos desafios. In: VAZ, Paulo Afonso; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social**: elementos para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 37-79.

¹²⁸ FAGNANI, Eduardo. **Seguridade Social brasileira: trajetória recente e novos desafios**, 2009. p. 37-79.

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 25.

Daí vir a propósito o dizer de Boaventura Santos, "para quem o Estado não pode pretender ser fraco: "Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal". E acrescenta: "Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco.(...) Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma". Por isto, conclui, não é possível, agora, organizar politicamente a miséria e a exclusão, produzidas de modo desorganizado e desigual tanto globalmente quanto nos contextos nacionais: "Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos, tão excluídos".¹³⁰

Lenio Luiz Streck apresenta, ao longo da obra em estudo, considerável crítica ao atraso na realização da modernidade no Brasil, que conduz a uma reflexão profunda acerca da percepção jurídica sobre as premissas da CRFB/88. O contraponto está em "uma sociedade carente da realização de direitos e, de outro, lado uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível."¹³¹ O agente principal de toda essa política social deve ser o Estado, oriundo de uma Constituição democrática.

Porém, na contramão, aparecem, no ano de 1998, propostas como as privatizações das empresas mais fortes do país: Petrobrás, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal. Quanto mais se carece de Políticas Públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado se encolhe.¹³² Os dados estatísticos demonstram que trezentas e oitenta mil crianças sucumbem à fome por ano; cinquenta e nove por cento da população brasileira vive excluída socialmente; oitenta por cento dessas pessoas não ultrapassaram o ensino fundamental; dezenove por cento exerce atividades em regime de economia informal ou são assalariados, porém sem registro legal. No contraponto, a má distribuição da economia concentra a riqueza do país em oito por cento da população brasileira, representada em sua maioria por pessoas de raça branca e que acumulam quarenta e seis por cento do produto interno bruto¹³³.

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2005. p. 26.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2005. p. 37.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2005. p. 27.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2005. p. 28-29.

A Constituição tem o condão de acastelar direitos já conquistados quando as leis infraconstitucionais retiram ou tentam retirar aquisições já efetivadas pela sociedade, mas tem também o condão de visar ao desenvolvimento. O resultado dessa crise é um direito alienado da sociedade, questão que está longe de cumprir as promessas da modernidade previstas na CRFB/88. Não há como realizar um Estado Democrático de Direito, sem romper com a estática de um direito e passar a interpretá-lo conforme as necessidades de uma sociedade mutante.¹³⁴

O Estado pode ser grande demais em necessidade e funções atuais. Porém, paradoxalmente, a globalização econômica também exige Estados cada vez maiores – os atuais talvez estejam pequenos – para fazer frente aos desafios de adequação ao desenvolvimento mundial.

Nesse contexto, como pode o Estado proceder para recuperar o prejuízo causado à sociedade pela sua inércia e omissão? No próximo capítulo será abordada a (dis)função do Estado no cumprimento dos Direitos Fundamentais, considerando o seu papel de agente realizador de direitos e sonhos, no limite e amplitude da separação das funções.

¹³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2005. p. 254.

CAPÍTULO 2

A (DIS)FUNÇÃO DO ESTADO

2.1 DEFINIÇÃO DE ESTADO COMO AGENTE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

É desde o preâmbulo da CRFB/88 que o Poder Constituinte investe o povo de soberania e compromete o Estado, a partir de então democrático, a assegurar os direitos sociais e individuais. Para Willis Santiago Guerra Filho:

Em sendo assim, tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a **esfera pública**, ocupada pelo Estado, a **esfera privada**, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a **esfera coletiva**, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros[grifo no original]¹³⁵.

O compromisso do Estado de garantir aos brasileiros e estrangeiros que residem no País: “a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade”¹³⁶ vem desde o *caput* do artigo 5º da CRFB/88.

Passados quase vinte e cinco anos desde a promulgação dessa norma, indaga-se: onde está o Estado quando milhões de brasileiros sofrem com a carência de escolas e educação, quando morrem na porta de hospitais por ausência de vagas para atendimento, quando o INSS demora seis meses pra realizar uma perícia médica ou quando o Judiciário demora dez anos para proferir uma sentença e outros cinco anos para executar a mesma sentença?

Em recente pesquisa sobre os dez anos de implantação dos Juizados Especiais Federais, o IPEA¹³⁷ constatou que setenta e três por cento das

¹³⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2005. p. 24.

¹³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abr 2012. Todas as citações realizadas da CRFB/88 foram extraídas desta fonte, razão pela qual deixa de apresentar sua fonte nas próximas referências.

demandas são ajuizadas contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e mais de quinze por cento são contra a Caixa Econômica Federal. Além disso, das demandas contra o INSS, quarenta e seis por cento dos pedidos são julgados procedentes.

O Estado apresenta-se como réu de si mesmo. É assim que Gustav Radbruch concebe um Estado que pode se confundir com a sua própria essência, sustentado na teoria de Hans Kelsen acerca da identidade entre o Estado e o Direito.¹³⁸ Na equação sobre o pensamento filosófico acerca do surgimento do Estado e do Direito, pela teoria da identidade¹³⁹, conclui o autor que “é ainda um direito supra-positivo e natural que obriga o Estado a manter-se sujeito às suas próprias leis.”¹⁴⁰

Sob esse enfoque, considerando-se que o Estado está para o Direito assim como o Direito está para o Estado, que um não sub-existe sem a prévia existência do outro e considerando-se ainda que são indissociáveis, a prática de qualquer ilicitude por parte de um aniquilaria a existência do outro. Deixa o Estado de Direito de cumprir seu *múnus* quando não age de acordo com o Direito que o criou.

A segurança da aplicação do direito e a garantia da existência do Estado estão no poder de comandar dos governantes, corroborados nos limites impostos pela lei a esse mesmo poder, emanados do Poder Legislativo que possui ainda o Estado.¹⁴¹

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa do IPEA marca um recomeço para os JEF's, afirma ministro Noronha**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106990>. Acesso em: 24 set. 2012.

¹³⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armêdio Amado, 1997. p. 348. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

¹³⁹ A teoria da identidade, segundo Radbruch, busca apenas a definição analítica, sem conteúdo filosófico, jurídico ou político. RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 1979, p. 349.

¹⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, 1979. p. 348.

¹⁴¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, 1979. p. 355.

Desde a idade moderna, Tomas Hobbes concebia o Estado como sendo a antítese do estado de natureza, onde o Estado civil era chamado para eliminar os defeitos daquele. Refere que:

Um Estado *é considerado Instituído* quando uma *Multidão* de homens Concorda e *Pactua*, que a qualquer Homem ou *Assembléia de homens* a quem seja atribuído pela maioria o *Direito de Representar* a pessoa de todos eles (ou seja, de ser seu *Representante*), todos sem exceção, tanto os que *Votaram a favor dele* como os que *Votaram contra ele*, *deverão Autorizar* todos os Atos e Decisões desse homem ou Assembléia de homens, como se fossem seus próprios Atos e Decisões, a fim de poderem conviver pacificamente e serem protegidos dos restantes homens. Todos os *Direitos e Faculdades* daquele ou daqueles a quem o Poder Soberano é conferido, mediante o consentimento do Povo reunido, derivam dessa Instituição do Estado. Posto que pactuam, deve entender-se que eles não estão obrigados por um Pacto anterior a respeitar nada que contradiga o presente¹⁴².

Apesar de ser divergente de Tomas Hobbes, Aristóteles, na definição da forma de Constituição do Estado - pois para ele a origem do Estado enquanto *polis* ou cidade partiu da união familiar - explica que o Estado se fez para que o viver juntos fosse prazeroso e pacífico e nesse ponto não há dissenso.

Aqueles, pelo contrário, que se propõem dar aos Estados uma boa constituição prestam atenção principalmente nas virtudes e nos vícios que interessam à sociedade civil, e não há nenhuma dúvida de que a verdadeira Cidade (a que não o é somente de nome) deve estimar acima de tudo a virtude. Sem isso, não será mais do que uma liga ou associação de armas, diferindo das outras ligas apenas pelo lugar, isto é, pela circunstância indiferente da proximidade ou do afastamento respectivo dos membros.¹⁴³

Além disso, Aristóteles enfatiza que a sociedade civil deve ser uma sociedade de honra e virtude:

O fim da sociedade civil é, portanto, viver bem; todas as suas instituições não são senão meios para isso, e a própria Cidade é apenas uma grande comunidade de famílias e de aldeias em que a

¹⁴² HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder do estado eclesiástico e civil**. Tradução de Rosina D'Angina. 2 ed. São Paulo: Ícone, 2003. p. 128. Título original: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

¹⁴³ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 54. Título original: *The Politique*.

vida encontra todos estes meios de perfeição e de suficiência. É isto o que chamamos uma vida feliz e honesta. A sociedade civil é pois menos uma sociedade de vida comum do que uma sociedade de honra e de virtude.¹⁴⁴

Uma vez constituído o Estado Democrático de Direito e promulgada a sua Constituição, delimitada está a sua atuação, os seus fundamentos¹⁴⁵ e os seus objetivos¹⁴⁶, estando apto para o cumprimento das suas funções.

O Poder Constituinte investiu os cidadãos, como destinatários da norma, no poder subjetivo de exigir do Estado as prestações decorrentes das obrigações consagradas não apenas no texto constitucional, mas também nos princípios que o circundam.

Os princípios constitucionais, como normas jurídicas orientadoras do sistema constitucional - aí inseridos os princípios da proporcionalidade e da efetividade - possuem a função de harmonizar todo o sistema normativo, mantendo a finalidade das decisões políticas adotadas pelo Poder Constituinte. A proporcionalidade confere ao Estado os limites e a amplitude da sua atuação, cuidando para que sejam racionalmente observados os ditames da CRFB/88. Luís Roberto Barroso afirma que na produção de normas jurídicas, o Poder Público ao projetar um determinado objetivo, busca atingir uma circunstância concreta. Assim, deve observar “os motivos (circunstância de fato), os fins e os meios”¹⁴⁷. Ali se efetiva a justiça, na razoabilidade encontrada entre esses elementos.

¹⁴⁴ ARISTÓTELES. **A política**, 2002. p. 56.

¹⁴⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abr. 2012.

¹⁴⁶ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abr. 2012.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004. p. 226.

Luís Roberto Barroso, com muita propriedade, salienta que “aos princípios calha a peculiaridade de se irradiarem pelo sistema normativo, repercutindo sobre outras normas constitucionais e daí se difundindo para os escalões normativos infraconstitucionais”¹⁴⁸. Atribui ao Princípio da Efetividade o ônus de impor ao Poder Judiciário a obrigação de assumir um papel mais dinâmico e inovador na concretização das normas constitucionais.¹⁴⁹

Os princípios fundamentais podem ser chamados de direito natural ou de direito racional, porém “são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade”¹⁵⁰. Podem acarretar a ausência de normas precisas e de hermenêutica segura, ocasionando aplicação falha aos fatos concretos do mundo e da vida. Um sistema jurídico ideal precisa ser composto por regras e por princípios, para encontrar o equilíbrio entre o direito posto e os valores que ele exprime, pois as regras pressupõem um sistema jurídico rígido, um legalismo estrito, composto por um rol exaustivo de leis.

Antonio Enrique Pérez Luño ao tratar dos Direitos Fundamentais no Estado democrático e social de direito, suscita a celeuma existente na dificuldade de se conciliar os interesses do Estado com os interesses particulares. Esclarece que não se trata de conciliar interesses antagônicos, mas sim de reverter na síntese de ambos ou se estaria aplicando a lei como um produto arbitrário do Estado. Os Direitos Fundamentais não são concessões que o Estado deve fazer aos indivíduos, mas sim um dever decorrente da soberania popular.¹⁵¹

Hans Kelsen apresenta o Estado como sujeito agente, de direitos e de deveres, com funções bem determinadas na ordem jurídica como lícitas ou ilícitas, além de estarem estas funções divididas em três categorias: legiferação, administração e jurisdição:

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004. p. 154/155.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004. p. 257.

¹⁵⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**, 1997. p. 417.

¹⁵¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005. p. 218.

Do ponto de vista de uma consideração centrada sobre o Direito, só pode ser concebida como função do Estado uma função definida na ordem jurídica, quer dizer, uma função jurídica no sentido estrito ou lato da palavra. Como, na atribuição à pessoa do Estado de uma função definida na ordem jurídica e realizada por um certo indivíduo, apenas se exprime a relação com a unidade da ordem jurídica que determina a função, toda função definida pela ordem jurídica pode ser atribuída ao Estado como personificação desta ordem jurídica. Isto é: servindo-nos de uma metáfora, podemos dizer a propósito de toda e qualquer função definida na ordem jurídica que é o Estado, como pessoa, quem a realiza.¹⁵²

A Constituição define para o Estado as diretrizes normativas para a sua atuação, seus fins, programas e competências e não apenas um “estatuto jurídico político” a ser observado ou não, conforme a conveniência política de seus governantes.¹⁵³

A vertente olsoniana sobre a formação de grupos de interesse está centrada na teoria de que a maioria dos indivíduos age voluntariamente em favor de objetivos comuns, apenas para realizar interesses e direitos próprios. As organizações que representam os interesses de grupos sociais por certo possuem o propósito de promover o interesse de seus membros.¹⁵⁴ Quanto aos indivíduos, na referência de Leon Festinger, citado por Mancur Olson: “a atração que exerce a afiliação a um grupo não é tanto pela sensação de pertencer, mas mais pela possibilidade de conseguir algo através desse pertencer”¹⁵⁵.

Prossegue Mancur Olson no sentido de que as organizações existem justamente para promover os interesses comuns dos grupos de pessoas. Exemplifica com os sindicatos, que lutam por aumento de salários; com as organizações rurais, que buscam legislação mais favorável; com as companhias, que espera-se que defendam os interesses e seus associados; e com o Estado, que espera-se que promova os direitos de seus cidadãos, embora reconheça que

¹⁵² Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 323.

¹⁵³ Streck, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**, 2008. p. 106.

¹⁵⁴ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**. Tradução Fabio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 1999. p. 13-22. Título original: *The Logic of the Collective Action*.

¹⁵⁵ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**, 1999. p. 18.

o Estado tenha andado distanciado dos interesses de seus cidadãos.¹⁵⁶ Segundo a teoria dos grupos sociais da ciência política moderna, cujo fundador foi Arthur Bentley, refere Mancur Olson, “não existe grupo sem seu interesse”.¹⁵⁷

O patriotismo é um forte elo de interesse. Porém o Estado, em contrapartida aos impostos pagos pelos cidadãos, deve oferecer a prestação dos serviços mais elementares igualmente a todos, contribuintes economicamente ou não, como ocorre em situações de defesa militar. Não se pode atribuir a defesa apenas aos contribuintes.¹⁵⁸ É o que os economistas chamam de benefícios públicos ou coletivos, dos quais não pode ser excluído nenhum cidadão, como se fosse relação de consumo de benefícios não coletivos.¹⁵⁹ Se é função fundamental de todas as organizações prover benefícios coletivos, também ocorre com o Estado, que é, antes de mais nada, uma organização instituída para prover benefícios públicos para os cidadãos.¹⁶⁰

Assim, pode-se entender que se uma organização como o Estado não atende os interesses do seu grupo - a sociedade, a própria organização estará ameaçada de falência.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES

O Estado está organizado de acordo com as suas funções. Essa é a definição de Montesquieu para fundamentar a tripartição das funções do Estado. O Estado e o ato de governar são fundamentados em leis científicas e não apenas no arbítrio dos homens¹⁶¹. A política, segundo ele, é mais que um ato de vontade – é uma arte, que para seu pleno êxito necessita de cientificidade.

¹⁵⁶ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**, 1999. p. 19.

¹⁵⁷ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**, 1999. p. 20.

¹⁵⁸ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**, 1999. p. 26

¹⁵⁹ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**, 1999. p. 27.

¹⁶⁰ OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**, 1999. p. 28.

¹⁶¹ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. As formas de Governo, a Federação, a Divisão de Poderes. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

A teoria tripartite de Montesquieu está fundamentada no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) para que cada Poder impeça o abuso por parte de outro, pois segundo ele “todo homem que tem poder é levado a abusar dele; vai até onde encontrar limites.”¹⁶² A harmonia traçada entre eles foi brevemente ventilada, ao se referir apenas que os Poderes “haverão de caminhar em concerto”.¹⁶³

Constata-se que a teoria de Montesquieu, mesmo tendo sido formulada antes da existência dos Direitos Fundamentais, já concebia o vínculo do Estado diante de sua função de poder constituído:

Para formar um Governo Moderado, precisa combinar os Poderes, regá-los, temperá-los, fazê-los agir; dar a um Poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir.”¹⁶⁴

Concebeu, desde então, o Poder Judiciário como “um Poder, por assim dizer, neutro,”¹⁶⁵ quis dizer, antevendo os resultados da divisão, que os Poderes Legislativo e Executivo poderiam estar mais vulneráveis ao abuso. O dever dos juristas é conciliar a ideia de Montesquieu à Constituição atual.¹⁶⁶

O Estado foi assim organizado numa época em que não havia a mesma tensão dos tempos pós-modernos nas relações entre o Estado, os cidadãos e os grupos de seres coletivos, referido por Clémerson Merlin Cléve.¹⁶⁷

¹⁶² MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. As formas de Governo, a Federação, a Divisão de Poderes. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

¹⁶³ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. As formas de Governo, a Federação, a Divisão de Poderes. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183.

¹⁶⁴ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. As formas de Governo, a Federação, a Divisão de Poderes, 2008. p. 140.

¹⁶⁵ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. As formas de Governo, a Federação, a Divisão de Poderes, 2008. p. 175.

¹⁶⁶ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 42.

¹⁶⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, 1993. p. 41-42.

O ponto mais crítico dessa relação foi justamente a divisão de funções¹⁶⁸, competências e limites. Com o surgimento do novo Direito Constitucional e a instituição dos Direitos Fundamentais é que os ânimos se acirraram pela busca da realização desses direitos por parte da sociedade.¹⁶⁹

Luís Roberto Barroso pondera:

No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade. Exemplo da visão clássica do tema foi dado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 13 devembro de 1970, na qual assentou: "Harmonia dos Poderes. Art. 62 da Emenda Constitucional n. 1. A decisão recorrida invadiu área de estrita competência da Administração Pública ao mandar reabrir e equipar uma enfermaria de hospital fechada por conveniência do serviço público. Inadmissibilidade da apreciação do mérito de tal providência pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido."¹⁷⁰

Segundo Hans Kelsen: "Os deveres cuja observância é atribuída ao Estado, que são considerados como função do Estado, são deveres de órgãos especialmente qualificados na sua posição jurídica – qualificados, a saber, como "funcionários" – e que atuam segundo o princípio da divisão de trabalhos".¹⁷¹ Kelsen salienta que esses funcionários são subordinados ao governo, para o cumprimento do seu dever funcional, decorrente da divisão de funções, e o

¹⁶⁸ Tomando de Eros Grau a distinção entre poder e função colhe-se que se tratam da capacitação do Estado para a realização dos seus fins. Porém, a distinção propriamente dita está no aspecto material ou no aspecto subjetivo da atuação do Estado. "Fixadas tais noções, verificamos que na menção aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estamos a referir centros ativos de funções - da função legislativa, da função executiva e da função jurisdicional. Essa classificação de funções estatais, todavia, decorre da aplicação de um critério subjetivo; estão elas assim alinhadas não em razão da consideração de seus aspectos materiais. (...) Entenda-se por função estatal a expressão do poder estatal, enquanto preordenado às finalidades de interesse coletivo e objeto de um dever jurídico - tomada a expressão 'poder estatal', então, no seu aspecto material." GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2011, 233-234. E complementa: "Aristóteles, creio que seja assim, está imediatamente atento às *funções* e não aos *poderes* do Estado". GRAU, Eros. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**, 2011. p. 223.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 539.

¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004. p. 233.

¹⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 327-328.

cumprimento obrigatório é garantido por preceitos disciplinares.¹⁷² Para que fique bem configurado o vínculo estatal, acrescenta: “Eles são pagos pelo Estado, quer dizer: a contraprestação pelos seus serviços – que, nos Estados modernos, é constituída por dinheiro – provém do patrimônio do Estado, do chamado fisco, ou seja, de um fundo central de cuja constituição, aplicação, entradas e saídas são juridicamente reguladas”.¹⁷³

Com isso, o autor almejou demonstrar que, inclusive a função legislativa ou a legiferação, como refere, do parlamento é realizada por órgãos funcionarizados do Estado, na contramão do axioma de alguns autores, que não consideram tratar-se do princípio da divisão de funções, determinada pela ordem jurídica.¹⁷⁴

Mais do que Montesquieu, Hans Kelsen percebeu a necessidade de harmonia entre as funções do Estado. Refere que a funcionarização estadual caminha junto, “de mãos dadas”, desde o Estado judicial, abrangido pelo judiciário e legislativo, até o estado administrativo, como tipo plenamente evoluído de funcionário público. Hans Kelsen trata do Estado em sentido estrito e sem sentido amplo:

Da mesma forma que a ordem jurídica parcial que constitui o Estado em sentido estrito, também o Estado como aparelho funcional, com o governo no topo, é uma parte integrante da ordem jurídica total que constitui o Estado em sentido amplo - o Estado cujos súditos formam o domínio pessoal de validade da ordem jurídica, cujo país forma o domínio territorial de validade da mesma ordem jurídica e cujo poder é a eficácia desta ordem jurídica - e, por isso, a atribuição ao Estado em sentido estrito, como referência à unidade daquela ordem jurídica parcial, implica a atribuição ao Estado em sentido amplo, como referência à unidade da ordem jurídica global.¹⁷⁵

Não se pode olvidar, contudo, que a independência existe e é necessária. Como alude Hans Kelsen:

¹⁷² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 328.

¹⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 328-329.

¹⁷⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 324, 330-331.

¹⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000. p. 330.

Tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três Poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.¹⁷⁶

Para Ferrajoli, a garantia da imparcialidade nos julgamentos, que restringe o temido “governo de juízes”, advém especialmente da independência havida entre os atores políticos:

A separação e a independência da função jurisdicional, das funções legislativas e de governo garante de fato o seu caráter tendencialmente cognitivo, por força do qual uma sentença é válida e justa não por ser querida ou compartilhada por uma maioria política, mas por ser fundada em uma correta verificação dos seus pressupostos de fato e de direito.¹⁷⁷

Segundo Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes a teoria clássica da divisão das funções estatais está superada desde os primeiros sinais de intervencionismo do Estado Contemporâneo. Apesar de garantir a democracia, a organização funcional da atividade estatal também garante a Eficiência e a especialização dos órgãos.¹⁷⁸ Mencionam que:

Da mesma forma, não há, de tempos para cá, que falar em separação sem ter-se presente o processo de interpenetração de funções, quando atos de um poder são praticados por órgãos vinculados a outro. Ou seja, o devir histórico e as transformações sentidas pelo Estado conduziram a um processo de compartilhamento de atribuições.¹⁷⁹

No Brasil a separação dos poderes é cláusula pétrea, por força do artigo 60, § 4º, da CRFB/88. Ao tempo em que a CRFB/88 atribui independência às Funções do Estado, também impõe a harmonia, proporcionando ao sistema de freios e contrapesos o equilíbrio no Controle recíproco das funções estatais.

¹⁷⁶ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. As formas de Governo, a Federação, a Divisão de Poderes, 2008. p. 170.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Una Discusión sobre Derecho y Democracia. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006. p. 97-98.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**, 2008. p. 179.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**, 2008. p. 181.

O Estado é único, dividido e organizado apenas em relação às suas atividades fins, de modo que a inércia ou ação inconstitucional de uma de suas Funções suscita à responsabilidade o próprio Estado como um todo. Com efeito, é necessário que ação do Estado em todas as suas funções seja a mais harmoniosa, apenas para otimizar as suas próprias atividades, evitando o circuito de demandas do Estado contra o Estado¹⁸⁰ ou da sociedade e dos cidadãos contra o Estado. Ademais, deve ser aberta a passagem ao Judiciário, para que o Controle por ele exercido seja austero na sua função cogente que é a de ser o guardião dos ditames constitucionais, nos termos em que será tratado no próximo capítulo.

2.3 A FUNÇÃO DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS ESTRATÉGICAS

Embora sendo o órgão supremo pela soberania que lhe foi conferida pelo povo, o Estado não possui legitimidade nem poder para agir fora dos contornos legais. A Constituição é a fonte primária a reger a ação Estatal. Seu destino é prover e ordenar a vida coletiva da sociedade com condições de coexistência pacífica entre os direitos e deveres individuais, proporcionando aos indivíduos o bem-estar material e moral.¹⁸¹ O Estado torna-se então o ente responsável pelos atos de seus agentes, na prestação do serviço público, para atender as necessidades essenciais da coletividade, no desempenho das suas funções.

A sociedade pós-moderna já não tolera mais omissões do Estado acerca da sua inefetividade frente aos problemas sociais¹⁸². O Estado nasce da sociedade e por ela deve existir, para atender as demandas que requer. Para

¹⁸⁰ Um exemplo de demandas do Estado contra o Estado ocorre quando o Ministério Público, como órgão independente, contudo criado e mantido pelo Estado, interpõe uma ação civil pública contra o Estado para a implementação de um direito fundamental não observado administrativamente.

¹⁸¹ FAGUNDES, Seabra M. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Forense, 1979. p. 203.

¹⁸² PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p.44.

tanto deve o Estado focar na realização do bem comum e do interesse coletivo¹⁸³, e faz isso por meio do Poder Executivo, ao liderar a máquina estatal, sendo o legitimado para administrar os direitos da sociedade.¹⁸⁴

A função social do Estado Contemporâneo alvitada por César Luiz Pasold é realizar a justiça:

O Estado Contemporâneo tenha e exerça uma Função Social - a qual implica ações que - por dever para com a Sociedade - o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os Valores fundamentais do Ser Humano.¹⁸⁵

E ressalta a importância de serem destacadas quatro características incidentes sobre a função do Estado:

- a) a Função Social - em abstrato - para o Estado Contemporâneo, conforme exposto, diz respeito a uma fórmula doutrinária que conecta a condição instrumental do Estado com o compromisso com o Bem Comum ou Interesse Coletivo, e, principalmente, com a dignidade do Ser Humano;
- c) em concreto, a Função Social haverá de consolidar-se conforme cada Sociedade e seu Estado, de acordo com a realidade, e através de ações que cumpram a sua destinação;
- d) a Função Social do Estado Contemporâneo não é concebida com uma dívida dele mesmo; antes, constitui-se numa dinâmica que supõe e requer a cooperação social, a mobilização solidária dos componentes da Sociedade considerada, sustentando, verificando e participando do dever de agir e do agir do próprio Estado;
- e) a Função Social pressupõe uma conveniente administração da oposição entre a "atividade livre" e a "atividade regulada" na Sociedade e, entre a "atividade Autoritária e a "atividade social" no Estado.¹⁸⁶

Em síntese o Estado tem uma única obrigação: o dever de agir como elemento estratégico no cumprimento dos seus objetivos perante a sociedade e a

¹⁸³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003. p.47.

¹⁸⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003. p.82.

¹⁸⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003. p. 93.

¹⁸⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003. p. 93.

sua Constituição. O agir do Estado deve sair do plano teórico e partir para a prática de ações com a fixação de Políticas Públicas realizadoras dos direitos previstos na Constituição, para que o ideal não seja uma “falácia, mas sim como uma efetiva possibilidade discursiva eficaz como pré-práxis”¹⁸⁷. E ressalta:

Ao Leitor que me esteja cobrando praticidade, neste momento, remetê-lo à confessada principal tese de POPPER, no seu "Logik der Forschung": "Podemos aprender a partir de nossos erros".

Muitas Sociedades, ao longo da história, têm pago imenso preço por não fixar políticas claras e conducentes ao Dever de Agir de seus Estados e, conseqüentemente, às tendências e concretizações de normas de sua conformação jurídica geral.¹⁸⁸

O Estado é detentor de um poder único, que se espraia sobre os indivíduos, segundo Ronaldo Bretas de Carvalho Dias¹⁸⁹, através do exercício das suas três funções – executiva, legislativa e judiciária.¹⁹⁰ Possui o dever de proteção e segurança de todos os cidadãos da coletividade.

Segundo Antonio Carlos Wolkmer, embasado nas teorias culturalistas e ecléticas de pensadores como Weber, Marx e Dilthey:

[...] o alemão Herman Heller concebe o Estado como uma estrutura social composta de partes em conexão, interligadas numa totalidade que objetiva a ação humana. O Estado é uma unidade humana de ordenação e organização social destinada à decisão e ação”¹⁹¹.

¹⁸⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003. p. 103.

¹⁸⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**, 2003. p. 104.

¹⁸⁹ DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 70.

¹⁹⁰ Ronaldo Bretas de Carvalho Dias sustenta, corroborado em Montesquieu, Kelsen, Baracho, Loewenstein e Jellinek, que “O Estado deve ser concebido como ordenação de várias atribuições a órgãos diferenciados, segundo a previsão das normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve considerada repartida ou separada é a *atividade* e não o *poder* [grifo no original] do Estado, do que resulta uma diferenciação de *funções* exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários *poderes* do mesmo Estado.” DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**, 2004. p. 70.

¹⁹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 29.

Prossegue Wolkmer no sentido de que a ação estatal, quando está funcionando sob os critérios “de eficiência, racionalidade e planejamento, o ato de governar deixa de ser ‘um problema político, para constituir-se num problema técnico’¹⁹². Como herdeiros do colonialismo a sociedade brasileira não desenvolveu ainda a maturidade e a Eficiência de reivindicar do Poder Estatal o seu compromisso de bem servir a sociedade, sua instituidora, para combater o uso do poder em seu próprio interesse de ser Estado. É preciso modificar a mentalidade e o comportamento das pessoas a fim de eliminar o domínio de um Estado autoritário e arcaico, como refere:

[...] em suas relações com a Sociedade, que pela imaturidade e ineficiência desta, quer porque o próprio Estado, por meio de suas elites dirigentes e de suas classes dominantes, nunca possibilitou espaço de mobilização e sempre operou para manter um tipo de Sociedade marcadamente dividida, dependente e tutelada.¹⁹³

Antonio Carlos Wolkmer sustenta que os vícios do Poder do Estado têm afetado os interesses da sociedade como um todo:

Projeta-se, assim, a imagem enganosa de uma instituição que procura esconder sua verdadeira natureza, ou seja, emerge como produto histórico da vontade das maiorias, mas acaba desvirtuando-se e servindo somente às finalidades dos grupos sociais momentaneamente no poder. A decorrente composição social arcaica, elitista e viciada de dominação, a que o Estado tem prestado conivência e indiscutível apoio, favorece a perpetuação de relações sociais assentada no clientelismo, no apadrinhamento, no nepotismo, no coronelismo, na ética da malandragem e da esperteza, e, na gama incontável de irregularidades e desvios no padrão cultural de comportamento do homem brasileiro¹⁹⁴.

A evolução do pensamento crítico e da forma de atuação da sociedade, através de entidades representativas como sindicatos, partidos, cooperativas, comunidades de bairros, conselhos de fábricas, buscando medidas estratégicas e modificadoras do relacionamento e da organização da sociedade e do Estado, é a maneira de atingir o “efetivo controle descentralizado e popular dos aparelhos

¹⁹² WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**, 1990. p. 31.

¹⁹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**, 1990. p. 46.

¹⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**, 1990. p. 46.

burocráticos do Estado.”¹⁹⁵ Salienta que “O Estado não é ‘bom’ ou ‘ruim’ em si mesmo, mas projeção e reflexo da estrutura social que serve”.¹⁹⁶

George Marmelstein¹⁹⁷, como entusiasta que se mostra da “Vontade da Constituição” de Konrad Hesse,¹⁹⁸ manifesta que a Constituição precisa ser cumprida e para que isso aconteça precisa haver empenho da sociedade. “É necessário que a Constituição faça parte da vida dos indivíduos. Deve existir um dever de lealdade diante das normas constitucionais e da ordem de valores nela contida. É o chamado ‘patriotismo constitucional’”.¹⁹⁹

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de (*Wille zur Madi*t), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.²⁰⁰

No processo pedagógico dos assentos escolares e universidades é que está a ação para a desmistificação do Estado como entidade soberana e prepotente aos poderes da sociedade. Não deve haver separação entre Estado e sociedade. Se o Estado não tem interesse político de que a população participe ativamente das decisões políticas ou exerça o Controle dos atos administrativos, então não está ele cumprindo os seus objetivos e funções previstos pela CRFB/88, em seus dispositivos primeiros.

¹⁹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**, 1990. p. 50.

¹⁹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**, 1990. p. 51

¹⁹⁷ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 72-73.

¹⁹⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

¹⁹⁹ MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**, 2011. p. 72.

²⁰⁰ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, 1991. p. 19.

O advento do *Welfare-State*, como modelo constitucional construído a partir da Constituição Mexicana de 1917²⁰¹ e de Weimar de 1919, trouxe o modelo de Estado intervencionista, capaz de proporcionar aos seus cidadãos a proteção mínima para garantir renda, alimentação, saúde, habitação, educação, não como assistência social ou caridade, mas como direito político.²⁰² Trata-se de um direito fundamental ao bem-estar, garantido pelo Estado aos cidadãos.

Não se trata de uma revolução no tratamento das estruturas sociais, mas da novidade trazida pelo Estado Democrático de Direito de incorporação da igualdade de direitos assegurados aos cidadãos, buscando a melhoria da qualidade de vida individual e coletiva dos brasileiros.²⁰³

A abertura constitucional aos novos Direitos Fundamentais permite ao Estado acompanhar a evolução da sociedade em determinados momentos históricos, decorrentes da evolução da consciência política e jurídica dos cidadãos, sem, contudo, incidir em alargamento desfavorável à incidência dos direitos constitucionalmente normativados.²⁰⁴

Para José Alcebiades de Oliveira Junior o efeito do descrédito e da inefetividade estatal pode acarretar a busca por regras alternativas, citando como exemplos a mediação e a arbitragem.²⁰⁵ Ou pode ainda, conduzir à busca pela indenização decorrente da responsabilidade civil do Estado, subjetiva ou objetiva, por ação ou pela *faute du service*²⁰⁶ – como mencionam os franceses.

Rui Stoco não permite transpor:

²⁰¹ MÉXICO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**, 2008. p. 149-150.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**, 2008. p. 104.

²⁰⁴ SCHAFFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais. Do sistema Geracional ao Sistema Unitário** – uma proposta de compreensão, 2005. p. 36.

²⁰⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 145.

²⁰⁶ Tradução livre: Falta do serviço.

Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é *quantum satis* [grifo no original] para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em desfavor dos administrados. Em verdade, cumpre reiterar, a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente.²⁰⁷

Corroborado em muitos estudiosos como Leon Duguit, Yussef Said Cahali e Weida Zancaner Brunini, apud Stoco defende:

A atividade do Estado se exerce no interesse de toda a coletividade; as cargas que dela resultam não devem pesar mais fortemente sobre uns e menos sobre outros. Se da intervenção do Estado, assim da atividade estatal, resulta prejuízo para alguns, a coletividade deve repará-lo, exista ou não exista culpa por parte dos agentes públicos. É que o Estado é, de um certo modo, assegurado daquilo que se denomina, frequentemente, de risco social, ou risco resultante da atividade social traduzida pela intervenção do Estado.²⁰⁸

Ao Estado compete a manutenção da segurança, da ordem pública e do bem-estar social, a liderança pela força coercitiva, pelo respaldo e obrigação decorrente da força normativa da CRFB/88. Quando isso não ocorre é ao Poder Judiciário que compete a intervenção, conforme será tratado no capítulo que segue.

²⁰⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 960.

²⁰⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**, 2004. p. 966.

CAPÍTULO 3

O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Impende indagar-se acerca do que consiste a função do Estado Democrático, exercida através do Poder Judiciário se, *stricto sensu*, efetivo e eficiente fosse, perante o mesmo Poder Estatal, ineficiente em suas funções executiva e legislativa.

Desde a instituição do Estado Democrático no Brasil, com promulgação da CRFB/88, tem se verificado uma explosão de demandas, um excesso de legislação, governos de medidas provisórias²⁰⁹, órgãos estatais incompetentes e sobrecarregados, numa democracia que não evolui e não se realiza.

²⁰⁹ Através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213, pode-se observar a análise que o Supremo Tribunal Federal faz às constantes reedições de medidas provisórias pelo Presidente da República. Percebe-se claramente a atuação do órgão judiciário no exercício do controle dos demais Poderes do Estado, tratando inclusive dos limites e amplitudes da independência das Funções. O caso citado demonstra a situação de judicialização da política, através da qual o Poder Judiciário é impulsionado a decidir questões políticas que abrangem os parâmetros da atuação governamental. *Ipsis litteris*:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA (CF, ART. 62, CAPUT) [...] POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS (URGÊNCIA E RELEVÂNCIA) QUE CONDICIONAM A EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. - A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, "caput"). - Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. - A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - INADMISSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. - Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e

Nesse cenário, o Poder Judiciário deve reassumir a responsabilidade decorrente da inércia que manifestou, ao deixar de se fazer presente no momento constitucional após 1988. Com o advento do Estado Democrático de Direito, as ações do Estado passaram a ser visadas a não apenas sob a égide da norma legal, mas essencialmente a um grau de juridicidade mais elevado: a própria CRFB/88.²¹⁰

Tamanho impacto marcado pela instituição da democracia, que a CRFB/88 passou a ser “o centro de uma estrutura de poder onde irradia a sua força normativa”.²¹¹ No anterior Estado de Direito a função principal da Constituição era separar poderes e declarar direito de oposição diante do Estado:

[...] passou a reconhecer as pretensões da população em relação a este mesmo Estado, superando inclusive a idéia de poder da maioria, na medida em que subtrai da decisão dela (maioria) determinados direitos reconhecidos em seu texto. Além de novo, diz-se que o momento é igualmente importante pelo fato de que de tais alterações nasceram inúmeras possibilidades para uma forte atuação no sentido de concretizar o Estado democrático e social ali plasmado, concluindo-se que a fase

relevância material -, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “*checks and balances*”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. - Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. - Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Conseqüente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213**. Direito administrativo e direito público. Intervenção do Estado na propriedade. Desapropriação por interesse social para reforma agrária. Partido dos Trabalhadores – PT, Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2213%2ENUM%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2213%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

²¹⁰ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito: Em Busca do Ponto de Equilíbrio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 102.

²¹¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **A Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito**: em Busca do Ponto de Equilíbrio, 2007. p. 103.

atual não é mais de apenas declarar direitos, mas sim de torná-los efetivos concretizá-los.²¹²

O Poder Judiciário é o órgão que mais tem necessitado desenvolver competências e desempenho a partir do novo modelo, especialmente para a proteção e declaração dos direitos ali previstos. Para Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, corroborado em Ferrajoli:

Este quadro justifica a necessidade de se cunhar um novo modelo de juiz e, conseqüentemente de um novo Poder Judiciário que necessita se posicionar e modo diferente daquele até então adotado, já que todo o seu fundamento de atuação passa a ser justificado não mais pela conjunção política, mas sim pela proteção dos Direitos Fundamentais previstos no texto maior.²¹³

De tal modo, o Controle que o Poder Judiciário passa a exercer sobre as demais funções do Estado também caracteriza o avanço trazido pela pós-modernidade em todos os seus aspectos.

3.1 CONTROLE JUDICIAL - LIMITES E AMPLITUDE

A amplitude que se almeja na atuação de todas as funções do Estado, para a efetiva satisfação dos Direitos Fundamentais Constitucionais, colide com os limites particulares de cada uma das funções, quaisquer que sejam os seus argumentos.

O problema posto neste trabalho combina com a mesma questão examinada por Sergio Cademartori:

[...] ante a omissão da administração pública na implementação de suas obrigações fundamentais quanto aos direitos sociais, ou seja, na posta em operação das Políticas Públicas para a plena e correta satisfação

²¹² OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **A Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito**: em Busca do Ponto de Equilíbrio, 2007. p. 103.

²¹³ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **A Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito**: em Busca do Ponto de Equilíbrio, 2007. p. 106.

desses direitos, pode o Judiciário intervir de maneira positiva, obrigando os administradores a agir?²¹⁴

Sergio Cademartori assume a premissa de que o Judiciário deve agir diante da omissão administrativa e parte para a análise da atuação da magistratura, como órgão não eleito, atuando frente aos critérios e escolhas que deverá pautar a função substitutiva de realizar as Políticas Públicas protetoras dos Direitos Fundamentais.²¹⁵

Apoiado em Ferrajoli - após considerar as teorias da legitimidade argumentativa de Alexy e leitura moral da Constituição, de Dworkin - entende o autor Sergio Cademartori que o Poder Judiciário tem não apenas o direito, mas o dever de agir para satisfazer as obrigações omitidas pelo órgão administrativo.²¹⁶

As garantias são o limite entre poderes judiciais próprios e impróprios, consideradas como técnicas que, além de limitar os poderes dos juízes, fazem fixar os magistrados à sua função cognitiva; os juízes estão mais dotados de poderes discricionários tendentes à invasão da esfera de competência da política quanto mais indeterminadas sejam as classes de delitos.²¹⁷

O descompasso existente entre a obrigação do Estado perante a sociedade civil e a carência de recursos financeiros capazes de proporcionar a realização dos direitos mínimos, fundamentais e efetivos frente à pretensão dos cidadãos que necessitam da prestação do Estado, especialmente por serem detentores desses direitos, faz com que a atuação do Poder Judiciário seja

²¹⁴ CADEMARTORI, Sergio. Controle da Administração e Legitimação Judicial Garantista. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. **Constituição e Estado Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 338.

²¹⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Controle da Administração e Legitimação Judicial Garantista**, 2008. p. 338.

²¹⁶ CADEMARTORI, Sergio. **Controle da Administração e Legitimação Judicial Garantista**, 2008. p. 354-355.

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función jurisdiccional en el Estado de Derecho. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: UNAM, 2005. p. 87-108.

imprescindível à garantia das promessas da Constituição²¹⁸. É assim que Paulo de Tarso Brandão acende:

A falta de recursos para a concretização de todos os direitos gera a necessidade de escolhas de qual, no momento de sua aplicabilidade, deve ser efetivado. Quem pode fazer essas escolhas? Em que momento se darão essas escolhas? Pode alguém, posteriormente, alterar escolhas, quando democraticamente tomadas?²¹⁹

Não resta dúvida de que, através das funções harmônicas sim, porém independentes dos órgãos do Estado, compete ao Poder Judiciário intervir, suprimindo as escolhas que correspondam à satisfação dos postulados da democracia, omitidos pelo Estado nas suas demais funções.

O equilíbrio no exercício das funções do Estado é, para Antoine Garapon, a chave da garantia da liberdade.²²⁰ É difícil, senão impossível, a cumulação da prática de duas funções simultâneas, aplicar as decisões e leis emanadas de outros Poderes e, ao mesmo tempo, controlar uns aos outros. Como trata:

A independência absoluta dos poderes não existe, ou então chegar-se-ia à paralisação total. Se o juiz se restringe a aplicação da lei, ele não pode, evidentemente, desempenhar um papel de contrapoder e,

²¹⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de Recurso do Estado, Direitos Fundamentais e Escolhas Democráticas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 318-321.

²¹⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides. **Constituição e Estado Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

²²⁰ Apesar disso, há autores que sustentam que cada um dos poderes deve permanecer dentro da sua esfera de especialidade e limites de atuação. Sem controle, sem evolução e sem eficiência: “Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos - o que se poderia denominar de micro-justiça -, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o Controle jurisdicional das Políticas Públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de Políticas Públicas globalmente considerado”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: O Controle político-social e o Controle jurídico no espaço democrático*. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, 2009. p. 246.

reciprocamente, para reter os outros poderes ele deve gozar de uma certa autonomia política.²²¹

De certa maneira conflitante com a ideologia de Montesquieu, Antoine Garapon defende que cada um dos Poderes exerce todas as funções, porém de um modo particular. Assim também o Judiciário. E isso é necessário para a manutenção do equilíbrio – partilhar das mesmas funções, porém com especificidade. Segundo o autor: “Em todos os Estados que adotam a separação de poderes, cada poder legisla, administra e julga”.²²²

O Poder Judiciário possui o dever amplo de agir quando a maioria política representada pelo Executivo e Legislativo estiver vulnerabilizando Direitos Fundamentais. Não como um mero ato de vontade do Judiciário, mas como uma ação legítima, garantida na lei e na CRFB/88, mediante provocação, para a preservação do princípio democrático. E neste intuito o Judiciário vai intervir, impondo ou invalidando ações administrativas, legislativas ou políticas.²²³

Todavia, não se pode incidir na idílica ilusão de que a intervenção do Poder Judiciário, enquanto substituto do Poder Público nos desígnios de implementação dos Direitos Fundamentais, vem a ser a salvação de todos os problemas de inércia frente às carências sociais. Pelo contrário, pode ele até mesmo representar, nas palavras de Luís Roberto Barroso²²⁴, “efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados” de distribuição de benefícios ou ainda, um resultado catastrófico no planejamento orçamentário do Poder Público coibido.

A teoria da reserva do possível manifesta-se como argumento para a negação de direitos mínimos existenciais previstos na CRFB/88, conforme destaca Paulo de Tarso Brandão :

²²¹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 178. Título original: *Le Gardien des Promesses*.

²²² GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 178.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. In: **Temas de Direito Constitucional. Tomo IV**. Rio de Janeiro: 2009. p. 226.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 29 set. 2012.

[...] afastar o Poder Judiciário da implementação das Políticas Públicas simplesmente com o argumento de que o Orçamento é peça insuperável e suficiente para a realização de Direitos Fundamentais, especialmente coletivos, é negar o princípio democrático da tripartição das funções do Estado. De outro lado, pensar-se em participação do Poder Judiciário na implementação de Políticas Públicas, sem que este tenha um mínimo de mecanismos capazes de identificar democraticamente os interesses da Sociedade Civil, é garantir o voluntarismo que, da mesma forma, fere de morte o Estado Democrático de Direito.²²⁵

Deve ser evitado o excesso de atuação por parte do Judiciário, como ocorre nos casos de decisão com o fim de constranger o Poder Público - independentemente da previsão orçamentária, e muitas vezes sem qualquer capacidade financeira, como acontece com maior proeminência em pequenos municípios onde a arrecadação e o repasse governamental anual são ínfimos se comparados aos grandes centros, além de previamente comprometidos - a fornecer um medicamento de alto custo, por exemplo.²²⁶

Para Dierle Nunes, a judicialização da saúde no Brasil é emblemática porque confronta uma situação de total carência de acesso a medicamentos por parte dos cidadãos, em absoluta desatenção por parte das Políticas Públicas, com decisões judiciais que desequilibram as contas públicas da saúde²²⁷. A prevenção

²²⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento**, 2008. p. 314.

²²⁶ As ações de concessão de medicamento são exemplos atuais de intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Administrativo. E assuntos atuais e polêmicos devem ser discutidos e discordados em favor da democracia. Assim como mencionou o Ministro Carlos Velloso em palestra proferida no dia 28 set. 2012, no auditório Luiz Galotti, da Justiça Federal de Santa Catarina: "O homem tem que ser do seu tempo. E este é um assunto do seu tempo. Que bom que haja discordância." VELLOSO, Carlos. *Direito Fundamental à Igualdade na Jurisprudência do STF. In: Direito Constitucional – Curriculum Permanente – Módulo V*. Florianópolis: Justiça Federal, EMAGIS, 28 set. 2012.

Mas existem muitos outros exemplos na CRFB/88: Meio ambiente, art. 170; Segurança pública, art. 144; Propriedade fundiária e reforma agrária, art. 170, III; Fomento ao desporto, art. 217; Pleno emprego, art. 7º, I, art. 170, VIII, c/c o art. 120, VIII; Política Fiscal, art. 150, IV e V; Eliminação das desigualdades, art. 3º, III e art. 170, VII; Política urbana municipal, sobretudo o plano diretor, art. 182; Assistência social, art. 203; Proteção do deficiente físico; art. 24, XIV; Seguridade social, art. 104; Previdência social, art. 20; Educação pública, arts. 196 a 200; Família, criança, adolescente e idoso, art. 203 e 226; Probidade e Eficiência na administração pública, art. 37; Relações de consumo, art. 170; Habitação (moradia), arts. 23, IX, e 182. (VICTOR, Rodrigo de Albuquerque. **Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.27-28).

²²⁷ Nos Estados Unidos da América, exemplifica Dierle Nunes, os casos envolvendo a concessão de medicamentos são tratados "com abordagem não mais centrada no juiz e sim na interlocução ativa de todos os envolvidos (cooparticipação), inclusive se reduzindo os riscos. Investe-se em um modelo

do ajuizamento dessas demandas na área da saúde somente seria atingida mediante um verdadeiro financiamento da saúde por parte do poder competente.²²⁸

O ponto de equilíbrio está na harmonia, no cumprimento dos ditames constitucionais por cada legitimado, tal como referido por Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto:

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 as decisões do poder legislativo. Por outro lado, o poder judiciário diz o direito, mas não o elabora.²²⁹

Para Flavio Dino de Castro Costa, a concretização de Políticas Públicas através do Controle Judicial torna-se viável excepcionalmente, desde que não seja uma decisão imotivada e autoritária, mas proporcional e razoável, assim como deveria ter sido com relação ao ato corrigido.²³⁰ Acima de tudo, imperioso se mostra o uso do bom senso, porquanto a reserva do possível constitui um limitador, mas não um fundamento impeditivo de uma decisão judicial. O autor Flávio Dino de Castro Costa sugere o uso de vicissitudes criativas, como por exemplo, a concessão de prazos elásticos e flexíveis para o cumprimento da decisão pelo Poder Executivo, de modo a viabilizar a compatibilização do julgamento com a dotação.²³¹

deliberativo, com contraditório concentrado e participação de todos os interessados, de *experts* e membros da administração pública para a negociação da melhor solução possível sob condições de provisoriedade e transparência. Trabalha-se com uma processualização.” NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 199, set. 2011, DRT 2011/2442, p. 4.

²²⁸ NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 199, set. 2011, DRT 2011/2442. p. 2.

²²⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **A Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito: Em Busca do Ponto de Equilíbrio**, 2007. p. 106.

²³⁰ COSTA, Flavio Dino de Castro. Superar Limites no Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Sugestões para uma reforma cultural no Judiciário. Amazonas: Circulus. **Revista da Justiça Federal do Amazonas**, v.2, n. 4. p. 58, 2004.

²³¹ COSTA, Flavio Dino de Castro. **Superar Limites no Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Sugestões para uma reforma cultural no Judiciário**, 2004. p. 62.

Se por um lado não deve o Poder Judiciário suplantar a disponibilidade financeira com uma decisão que ultrapasse a possibilidade econômica da administração pública no seu cumprimento, por outro lado, o Poder Público também não pode eximir-se do cumprimento do seu dever legal sob a simples alegação de indisponibilidade financeira.²³²

É evidente que o Poder Judiciário não pode indiscriminadamente passar a intervir no âmbito de outros poderes do Estado, buscando substituí-los nos atos discricionários de execução de Políticas Públicas. A intervenção do Poder Judiciário deve surgir, controlando tais decisões administrativas e legislativas, certamente quando forem arbitrárias ou ilegais, ainda assim devidamente provocado e legitimado.

Entretanto, diante de reiteradas demonstrações de incapacidade de cumprimento dos direitos mínimos previstos na CRFB/88 por parte dos Poderes Legislativo e Executivo é que Andreas J. Krell propõe uma necessidade de revisão do sistema de separação dos poderes.²³³ Segundo ele é preciso ultrapassar o engessamento causado pelo princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu e Locke, para assumir uma nova postura diante da omissão estatal, pois “o Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos Poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”.²³⁴

Fábio Konder Comparato chega a pensar numa necessária reforma constitucional com o intuito de remeter as Políticas Públicas ao nível mais elevado da instância governamental, para “reduzir o âmbito do exame judicial dos atos do

²³² GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 296.

²³³ KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2000. p. 29.

²³⁴ KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2000. p. 53.

governo ou, o que é pior, em institucionalizar a associação do Judiciário à atividade política do governo”.²³⁵

Para Luís Roberto Barroso, “o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui”.²³⁶ E arremata:

Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.²³⁷

A atuação do Poder Judiciário está restrita a aplicação da lei e dos princípios constitucionais e gerais do direito ao caso concreto. Mas o Poder Legislativo possui a prerrogativa de, além de interpretar, também estruturar e criar direitos, estabelecendo as políticas.²³⁸

O critério é estar no resguardo da CRFB/88, dos Direitos Fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

²³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas**. In: Revista dos Tribunais. Mar. 1997, v. 737. p. 21-22.

²³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 29 set. 2012.

²³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2009. p. 239.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 183. Título original: *Faktizität und Geltung*.

3.2 CONTROLE JUDICIAL DAS AÇÕES E OMISSÕES DO ESTADO

O Poder Judiciário está diante de uma das situações mais desafiadoras da atualidade Constitucional Brasileira. Um país de economia mundial considerável, porém carente como provedor dos Direitos Fundamentais mínimos previstos em seu texto maior. Um texto constitucional muito distante dos trinta milhões de brasileiros desprovidos de saúde, de educação, de assistência social, de habitação e de alimentos.²³⁹

A grande maioria das leis que versam sobre as Políticas Públicas está vigente no ordenamento jurídico brasileiro, porém não tem sido implementada pelos Poderes legitimados constitucionalmente para tal fim.²⁴⁰ Com isso, acabam transferindo para o Poder Judiciário o ônus da atuação acerca de uma política que não é a sua finalidade institucionalmente imposta pela norma constitucional. Estaria o motivo focado na formulação, implementação e manutenção dos gastos relativos à dotação, como pondera Andreas J. Krell?²⁴¹

Segundo Krell, o Poder Executivo não tem aplicado os recursos financeiros de acordo com a previsão orçamentária, havendo gastos desvinculados de sua destinação legal – situação que deve ser conferida pela incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal²⁴² - além da possível destinação de recursos orçamentários desviada dos destinos previstos constitucionalmente pelo legislador na oportunidade do planejamento plurianual - situação que mais uma vez remete ao Controle do Judiciário.

²³⁹ KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2000. p. 26-27.

²⁴⁰ Enquanto a Constituição de 1934 vedava expressamente atuação do Poder Judiciário em questões políticas (art. 68), a CRFB/88 prevê, por força do princípio da inafastabilidade art. 5º, XXXV, da CRFB/88, o seu dever de agir e responder mediante qualquer provocação. VICTOR, Rodrigo Albuquerque. **Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil**, 2011. p. 20-30.

²⁴¹ KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2000. p. 32.

²⁴² KRELL, Andreas J. **Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais**, 2000. p. 34.

Quando os cidadãos reclamam acerca da inefetividade dos funcionamentos políticos é o Judiciário que deve oferecer a possibilidade de julgamento, resguardo e resgate dos valores do Estado Democrático de Direito, na persecução da “liberdade, o erro e a sanção”²⁴³. Não poderá a Justiça promover a libertação das atividades políticas, mas pode conceber e recomendar o exercício de uma nova política, buscando eliminar a hipocrisia que prejudica as instituições Estatais.

Por conta de toda essa celeuma é que o Judiciário deve estar de portas abertas ao Controle. Acesso à Justiça é efetividade no cumprimento do preceito constitucional insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, como direito social fundamental a ser garantido pelo Estado a todos os cidadãos brasileiros, sendo eles carentes financeiramente ou não. Mas não é apenas isso.

É princípio constitucional geral, decorrente de importante desdobramento do princípio fundamental, limitativo do poder do Estado para o resguardo de situações individuais. Como princípio constitucional, é verdadeira norma jurídica que reflete a ideologia da CRFB/88, seus postulados básicos e seus fins, distinta das demais categorias de normas²⁴⁴ – as regras jurídicas²⁴⁵.

²⁴³ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 281. Título original: *Le Gardien des Promesses*.

²⁴⁴ Princípios e regras são normas jurídicas porque se apresentam como mandamento, permissão e proibição. Porém divergem entre si pelo critério da generalidade - “os princípios são normas dotadas de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras, sendo também normas, têm, contudo, grau relativamente baixo de generalidade”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 249.

Alexy trata particularmente da distinção que prevalece entre as normas princípio e as normas regras, porque “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser” , utilizando-se do critério da generalidade, e, principalmente, da colisão entre princípios e no conflito entre regras, para caracterizar as diferenças. Assim, o conflito verificado entre regras somente pode ser solucionado se houver uma regra de exceção ou uma decisão declaratória de invalidade de uma delas. Diversamente, no conflito de princípios, deve prevalecer aquele que tiver precedência sobre o outro. “Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso”. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**, 2002. p. 83

No mesmo sentido aponta Ronald Dworkin quando menciona que “Si se da um conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida” . Porém define: “Llamo principio a un estándar que há de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigência de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión

Para Antoine Garapon, “A justiça deverá fixar a fronteira incerta entre o que está à disposição dos sujeitos de direito e o que está, de alguma forma, indisponível.”²⁴⁶ O autor transfere para a Justiça o ônus de resgatar nos sujeitos de direitos a sua soberania vilipendiada pelo Estado, através da adoção de novos atos de julgar²⁴⁷, orientando as partes a respeitarem a sua regra moral.

Jürgen Habermas defende que a intervenção judicial é legítima na medida em que atua para suprir os lugares abandonados pela burocracia Estatal, protegendo o processo democrático, aplicando o tratamento igualitário aos casos iguais e o tratamento diferenciado aos casos diferentes²⁴⁸. E prossegue:

Na medida em que os programas legais dependem de uma concretização que contribui para desenvolver o direito - a tal ponto que a justiça, apesar de todas as cautelas, é obrigada a tomar decisões nas zonas cinzentas que surgem entre a legislação e a aplicação do direito -, os discursos acerca da aplicação do direito têm que ser complementados, de modo claro, por elementos dos discursos de fundamentação. Esses elementos de uma formação quase-legisladora da opinião e da vontade necessitam certamente de um outro tipo de legitimação. O fardo desta legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.²⁴⁹

Dentre os escopos básicos da jurisdição – jurídico, social e político - está o dever de controlar o poder do Estado, quando houver a caracterização do descumprimento de Direitos. Com isso verifica-se que o Estado é intervencionista,

de la moralidad.” DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio**. Ariel: Espanha, Barcelona, 2002. p. 79.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004. p. 158

²⁴⁶ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p. 215.

²⁴⁷ Garapon apresenta como novos atos de julgar a descentralização, a mediação, a ação coletiva. GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia**, 1996. p. 246-253.

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, 1997. p. 183

²⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, 1997, p. 183.

voltado para o cumprimento dos direitos da sociedade.²⁵⁰ O princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu deve ser interpretado sob a ótica da pós-modernidade e da necessidade de intervenção dos poderes Estatais pelo órgão judiciários:

É preciso que o sistema processual seja visto não somente como um instrumento de solução de conflitos intersubjetivos (aspecto inegavelmente importante) ou mesmo difusos, coletivos ou individuais homogêneos, mas também e fundamentalmente como instrumento político de realização da justiça social, escopo maior do estado contemporâneo.²⁵¹

Também como ampara Luís Roberto Gomes:

[...] a ordem constitucional, de fisionomia dirigente e principiológica, legitima o Judiciário ao controle da omissão estatal quando ilícita e lesiva a interesses difusos e coletivos, reclamando-lhe o papel de “um juiz protagonista, não um convidado de pedra”, na feliz expressão de José Renato Nalini.²⁵²

Quando o Poder Judiciário interfere para suprir as omissões do Legislativo e do Executivo, não está ferindo o princípio da separação das Funções, porque está agindo para a garantia do equilíbrio do Estado e no sistema de *check and balances* de Controle de constitucionalidade. Não significa que o Judiciário está substituindo o Executivo e o Legislativo nas suas Funções típicas.²⁵³ Mas, está ele cumprindo a sua própria função típica, que é a de velar pelo cumprimento da CRFB/88.

3.3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Não basta haver Constituição e haver leis. É necessário haver políticas e haver justiça. Mais do que isso, é necessário haver vontade política de aplicar a lei e fazer a Justiça.

²⁵⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.24.

²⁵¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p.128-129.

²⁵² GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 290.

²⁵³ GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa**, 2003. p. 290

José Alcebíades de Oliveira Junior trata dos novos direitos decorrentes das transformações do Estado, como o direito do consumidor e do direito ao meio ambiente, como exemplos de que não basta o seu reconhecimento teórico para que se tornem efetivos.²⁵⁴ Prossegue o autor: “a lei é um instrumento válido porém insuficiente para a determinação dos direitos e da cidadania. É preciso vontade política para fazê-la valer”.²⁵⁵ E, lembrando os ensinamentos de Norberto Bobbio,

[...] a política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e que precisam andar juntas para que o poder não se corrompa. Por isso politização do direito; mas juridicização da política também, porque senão o absolutismo se impõe.²⁵⁶

O Estado é o responsável pela atividade jurisdicional, porquanto se trata de uma das suas três funções. Antoine Garapon apresenta, para o sistema francês da *civil law*, uma imbricação entre harmonia e necessidade de Controle entre as funções do Estado:

A politização da razão judiciária não tem outro e equivalente senão a judicialização do discurso político. As reivindicações políticas se exprimem mais facilmente em termos jurídicos que ideológicos, os direitos individuais e formais suplantando os direitos coletivos e substanciais.²⁵⁷

A capacidade de proporcionar à democracia a referência da ação política e do espírito público desinteressado é atribuída por Antoine Garapon à figura do magistrado:

A judicialização da vida pública comprova esse deslocamento: é a partir dos métodos da justiça que nossa época reconhece uma ação coletiva justa. A justiça, aliás, tem fornecido à democracia seu novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação, etc.²⁵⁸

O ativismo judicial, segundo Antoine Garapon, deve ser colocado não como transferência da soberania do povo para o Juiz, mas “como uma transferência

²⁵⁴ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 75.

²⁵⁵ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 78.

²⁵⁶ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**, 2000. p. 79.

²⁵⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 44.

²⁵⁸ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 45.

do sentimento de justiça.”²⁵⁹ Protestar às instâncias do Poder Judiciário, não com um recurso suplementar, mas com um recurso eficiente contra um Executivo e um Legislativo enfraquecido. E completa:

A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de torná-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante.²⁶⁰

A evolução trazida pela pós-modernidade, com suas complexidades e volume de conflitos que surgem a cada dia, exige do Judiciário uma nova postura. A sociedade requer um Judiciário engajado e atualizado à realidade social, como menciona Fábio Konder Comparato:

A era do Juiz politicamente neutro, no sentido liberal da expressão, já foi superada. Os juízes deixam de ser, como têm sido até agora, exclusivamente árbitros distantes e indiferentes de conflitos privados ou de litígios entre indivíduos e o Estado. Doravante, incumbe também à Justiça realizar, no seu campo de atividade, os grandes objetivos sócio-econômicos da organização constitucional.²⁶¹

Surge assim a característica do Juiz proativo, superando a posição passiva, para assumir a condição de gerente do processo, comprometido com a causa e seus reflexos sobre o quadro sócio-político-econômico do País.²⁶² Tal como prescreve o CPC em seu artigo 543, A, por ocasião do exame de admissibilidade do recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, que dentre os requisitos objetivos e subjetivos, também o quesito da repercussão geral, pressupõe a

²⁵⁹ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 46.

²⁶⁰ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 49.

²⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. Novas Funções do Estado Moderno. *In*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 384.

²⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 384.

“existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.²⁶³

Judicializa a política o poder público quando se faz inativo e transfere ao Poder Judiciário o ônus de ocupar os espaços abertos pela inércia. No modelo de Estado intervencionista assume o risco do ativismo judicial, excessivo ou na medida certa, para concretizar o programa constitucional.²⁶⁴ Trata-se do aproveitamento máximo da relação processual, que além de apreciar a matéria relativa ao caso *sub judice*, estende os efeitos da decisão à amplitude da cobertura social, política e econômica que a situação abrange.²⁶⁵

É o que alude Antoine Garapon quando trata da ampliação do poder do juiz, não para sufocar, mas para dinamizar:

A particularidade dos juízes não é estar fora do sistema, mas a ele estar ligado de uma maneira diferente dos outros. Cessemos, portanto, de opor justiça à democracia, para compreender que governo e jurisdição são dois modos de intervenção no espaço público; o primeiro como poder, e o segundo como autoridade.²⁶⁶

A sociedade carece de atenção da autoridade estatal, é o que afirma Garapon. Quando o Estado não se faz presente, os homens se desorientam, se desagregam, sentem falta de um sistema axiológico. A partir daí busca-se o combate judicial em substituição ao combate político:

A Justiça passa a ser o instrumento de emancipação e o último recurso contra a implosão da democracia. A Jurisdição converte-se no último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração, a política

²⁶³ BRASIL. **Lei n. 11.418**, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3.º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acesso em: 09 out. 2012.

²⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial**, 2010. p. 386-387.

²⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial**, 2010. p. 387.

²⁶⁶ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 172.

eleitoral de sociedades decepcionadas com suas instituições tradicionais[...]²⁶⁷

José Renato Nalini refere que:

Diante da clareza do texto constitucional, o juiz não pode recusar a constatação de que está protagonizando política. Evidente que não é a política partidária, a cuja atividade não pode dedicar-se o juiz brasileiro. Mas é a política resultante de incursão nunca antes admitida em temas sensíveis à condução da política nacional. Em outros termos, ocorre no Brasil o fenômeno já detectado em outros Estados-Nação e conhecidos por judicialização da política e politização da justiça.²⁶⁸

Alf Ross define que a política jurídica exerce um domínio maior sobre as demais políticas, que chama de políticas do bem estar, cultura e do poder, definidas por objetivos econômicos, culturais e políticos. Para ele a política jurídica atua com a solução sobre a política, quando surgem os problemas sociais.²⁶⁹ Atribui à política jurídica a responsabilidade de ser “guia para o legislador, como também o guia para as autoridades que administram o direito, em particular, os juízes.”²⁷⁰

A judicialização, na inteligência de Luís Roberto Barroso, é justamente essa transferência para o Poder Judiciário de questões políticas e sociais que não estão sendo decididas pelas instâncias tradicionais da política, o que acaba transfigurando o modo de atuação na sociedade.²⁷¹ Conforme deduz:

[...] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.²⁷²

²⁶⁷ GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas, 2001. p. 173.

²⁶⁸ NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 36.

²⁶⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 375. Título original: *On Law and Justice*.

²⁷⁰ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, 2003. p. 376.

²⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 29 set. 2012.

²⁷² BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto

Os riscos da judicialização se fazem presentes e podem refletir em inaptidão do judiciário para apreciar certas situações, em ativismo e em politização. Por certo, a politização da Justiça também impõe o perigo ao princípio da igualdade, da racionalidade e da efetividade. O Direito, em regra é política. Porém, deixa de ser quando atua mediante escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas.²⁷³ E pondera Luís Roberto Barroso em sua análise crítica da judicialização da política frente o ativismo judicial:

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.²⁷⁴

Porém, arremata:

[...] este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará em favor, e não contra a democracia.²⁷⁵

A questão, para Ronald Dworkin, reflete no problema da criação de um novo direito pelos Juízes, ao invés de simplesmente aplicar o direito instituído pelos legitimados, sem, todavia, confundi-los com legisladores delegados. Os juízes, ao atuarem como legisladores secundários, deverão aderir aos programas e

Brasileiro de Direito Público, n. 23, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 25 out. 2012.

²⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008:** Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 29 set. 2012.

²⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Retrospectiva 2008:** Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 29 set. 2012.

²⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 25 out. 2012.

argumentos políticos, assim como o faria o legislativo. Por tal razão, defende Dworkin que, para os casos difíceis, como as situações novas em que não há legislação direta que incida, devem as decisões judiciais reger-se por princípios e não por políticas.²⁷⁶ A interpretação deve ser harmônica com o conjunto de decisões legislativas e judiciais, a fim de justificar e estruturar julgamentos inovadores perante casos difíceis.²⁷⁷

É necessário que o governo demonstre o seu interesse pelos direitos dos cidadãos, porque atualmente, se há um direito importante a ser tutelado, certamente haverá impugnação, crítica e controvérsia acerca da sua satisfação ou do seu cumprimento.²⁷⁸

A adoção de medidas estratégicas pode refletir na prevenção das conseqüências decorrentes da sonegação de Direitos Fundamentais tratadas até aqui, se o Poder Judiciário puder mostrar ao Estado a passagem para a coesão e a uniformidade no cumprimento e aplicação das decisões judiciais. É o que se pretende abordar no próximo capítulo.

²⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 128-132.

²⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 355.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**, 2011. p. 313-314.

CAPÍTULO 4

ESTRATÉGIAS DE CONTROLE DE POLÍTICAS PELA JURISDIÇÃO

O sistema processual brasileiro tem passado por várias e significativas reformas, como aquelas ocorridas nos anos de 1994, 1995, 2001 e 2002. Apesar disso, o tema abordado está inserido no sistema desde 1985 com a introdução da Ação Civil Pública e do CDC em 1990 no ordenamento jurídico. As alternativas muitas vezes não precisam ser criadas ou modificadas. Basta que os mecanismos existentes sejam empregados. É assim que defende Paulo de Tarso Brandão :

[...] não há necessidade de novos ritos para garantir a cidadania e um efetivo Acesso à Justiça; é preciso que os operadores do Direito percebam a nova realidade na qual devem operar, apliquem todo o instrumental que está à disposição, deles e dos cidadãos, e dêem a ele a efetividade para a qual se destina. A grande revolução no Direito ainda está para ser operada, mas depende muito mais da postura de seus operadores do que de novos instrumentos.²⁷⁹

Tal como expõe José Carlos Barbosa Moreira, “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais”, se ainda assim não é suficiente, “não é a carência de meios processuais que responde” por tal situação.²⁸⁰

Desvincular-se dos velhos e ultrapassados manuais jurídicos que são utilizados nas disciplinas universitárias de graduação para a formação dos operadores do direito²⁸¹ e assumir uma postura substancialista, atribuindo ao Poder Judiciário a responsabilidade de avocar uma ação intervencionista na atual dogmática jurídica predominante no Brasil é o desafio. Lenio Luiz Streck garante:

É evidente que esse tipo de “percepção” acerca do direito não é dominante, mas são facilmente detectáveis os prejuízos causados no

²⁷⁹ BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais** – “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 304.

²⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. *In*: MILARÉ, Edis (coord.). **Ação civil pública**: Lei n. 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002. p. 345.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**, 2005. p. 24-25.

ensino do direito, de norte a sul de *terrae brasiliis*. O perigo é que, por vezes, tudo se torna "cinzento", sendo praticamente impossível separar o joio do trigo, isto é, fica difícil saber quando se está diante de uma dogmática jurídica séria (indispensável à operacionalização do direito) e quando se está diante de *um saber dogmático corroído pela standardização*. Nesse sentido, basta examinar a literatura utilizada nas faculdades e nos cursos de preparação para concursos.²⁸²

Diante desse cenário, como pode atuar o Poder Judiciário, dentro da sua independência e harmonia com as demais funções do Estado, para contribuir com a realização dos Direitos Fundamentais omitidos pelo Estado no âmbito de sua legitimidade primeira?

Seria por intermédio de reformas processuais ou por meio de julgamentos pedagógicos e vinculantes capazes de confirmar a força do Poder do Estado, independentemente da atuação Judicial? O efeito coercitivo do litígio é mesmo necessário para fazer os Poderes Executivo e Legislativo agirem no cumprimento das suas obrigações?

Responder a estas indagações é o que se pretende a seguir.

4.1 JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A criação dos Juizados Especiais no Brasil representou um “divisor de águas”²⁸³ na atuação da Justiça perante as inações do Estado e na facilitação do Acesso à Justiça especialmente para os menos favorecidos. A sua implantação encontrou bastante resistência, principalmente na Ordem dos Advogados do Brasil, que passou a afirmar que o Poder Judiciário estaria em crise e que não seria a mudança dos ritos que aperfeiçoaria a solução dos conflitos.

Todavia, grandes inovações foram introduzidas pelos Juizados Especiais Federais. Destacam-se: o tratamento igualitário das partes quanto à contagem dos prazos processuais; a requisição de pagamento de pequeno valor, no prazo de até

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. **O que é Isto?** – Decido Conforme Minha Consciência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 77-78.

²⁸³ VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Resende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**, 1999. p. 27.

sessenta dias, independentemente da expedição de precatórios; a possibilidade de deferimento de medidas cautelares no curso do processo; a autorização para funcionamento de Juizados itinerantes; e a admissão de pedido de uniformização de lei federal.

Apesar disso, muitos projetos de reforma dos Juizados ainda estão em tramitação, inclusive uma tentativa de propor o aumento no valor teto da causa para duzentos salários-mínimos, firmemente refutada pelos idealizadores dos Juizados, como Watanabe²⁸⁴.

Ocorre que nem sempre são necessárias reformas processuais quando um sistema não esteja funcionando com a destreza almejada. Muito pelo contrário, o sistema processual brasileiro é amplo e completo, cabendo ao operador jurídico a sua aplicação adequada. Exatamente como defende Horácio Wanderlei Rodrigues: “Muitos dos problemas trazidos pela doutrina, e aqui enumerados, podem ser resolvidos ou minimizados através da adoção de instrumentos processuais adequados, ou da interpretação finalística e sistemática dos já existentes”²⁸⁵.

Tal pensamento está em sintonia com os ensinamentos de Norberto Bobbio, quando afirma que o direito não é um sistema isolado, mas “um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo”²⁸⁶.

Com o mesmo entendimento, Cândido Rangel Dinamarco defende que os Juizados Especiais imiscuíram-se no contexto de processo civil já existente, como um novo procedimento e não como uma nova principiologia, onde estão garantidos o efetivo contraditório e a ampla defesa:

²⁸⁴ WATANABE, Kazuo (coord). **Juizados Especial de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984, 1985. p.3.

²⁸⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**, 1994, p.51.

²⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, 1999. p. 21.

[...] os princípios processuais consagrados ao longo dos séculos aparecem aqui com roupagens novas mas são eles próprios que ali estão. Afastando-se os formalismos, barateia-se a justiça, aperfeiçoa-se a assistência judiciária, alarga-se a via de acesso ao Poder Judiciário, acelera-se a prestação do serviço jurisdicional, incentiva-se a conciliação – mas não se perde de vista a necessidade de garantia de igualdade e participação no processo²⁸⁷.

Em 1988 Mauro Cappelletti²⁸⁸ já dizia que as barreiras de acesso, como as custas processuais, a capacidade das partes e as pequenas causas, precisavam ser superadas. A alternativa, em sua visão, seria a utilização de procedimentos mais simplificados, com julgadores mais informais, juízos arbitrais, incentivos para a solução das lides fora dos tribunais e a conciliação. Assim se deu com a criação dos Juizados. Era preciso mobilizar os indivíduos a procurar a satisfação de seus direitos; transformar os novos direitos substantivos, peculiares ao Estado moderno, de forma a possibilitar aos cidadãos frágeis juridicamente demandar contra os economicamente fortes.

O escopo inicial da instituição dos Juizados Especiais de pequenas causas, segundo um dos seus idealizadores, não seria o de resolver a crise do Judiciário, mas de resgatar nele a credibilidade popular, fazendo renascer a confiança na Justiça²⁸⁹ e no Estado - fazer cumprir o dispositivo constitucional de direito fundamental que é a proteção judiciária dos direitos individuais. Não basta que o direito exista no positivismo jurídico. Deve haver condições para que os titulares desses direitos possam exercitá-los. Assim, o Judiciário precisa dispensar tratamento processual adequado para as causas de menor valor econômico, por intermédio de uma solução célere, informal e de fácil acesso.

²⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. *In*. WATANABE, Kazuo. **Juizados Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984**, 1985, p. 117/118.

²⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**, 1988. p. 21.

²⁸⁹ WATANABE, Kazuo (coord). **Juizados Especiais de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984**, 1985. p.3.

Abrir as portas da justiça ao povo não foi o único objetivo da instituição dos Juizados, pois o critério da “eficiência” enunciado pelo Ministério da Desburocratização se superporia àquele que era objetivo inicial²⁹⁰.

O novo procedimento passou a exigir do operador jurídico uma nova postura no sentido de se adaptar a um sistema totalmente informal e simples. O contato direto com as partes possibilita ao juiz verificar o resultado da sua atuação. Mais que um simples Acesso à Justiça, o Juizado se tornou um lugar onde o magistrado tem mais autonomia na condução do processo e na produção das provas, maior conscientização dos problemas sociais dos jurisdicionados, maior contato com a realidade social e com o interesse coletivo²⁹¹.

Com inspiração na *Small Claims Courts*, da cidade de Nova Iorque²⁹², onde o procedimento já funcionava com um bom grau de Eficiência, observou-se que, mais do que adotar um procedimento inovador, era preciso vencer o entrave do conservadorismo jurídico, buscando a ampliação do acesso e não apenas a solução para o congestionamento do Judiciário²⁹³.

O fenômeno da litigiosidade contida principalmente nas camadas mais carentes da sociedade, em que muitas pessoas renunciavam ao direito

²⁹⁰ VIANNA, Luiz Werneck. CARVALHO, Maria Alice Resende de. MELO, Manuel Palacios Cunha. BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**, 1999. p. 27.

²⁹¹ Osvaldo Ferreira de Melo defendia que, na pós-modernidade, o filósofo deve sair à rua para observar os fatos que estão em circulação no mundo, sem pautas pré-definidas, para se dar o encontro da Filosofia com a cidadania (p. 19). A mesma teoria pode ser associada ao operador jurídico no exercício do seu *múnus*. O juiz, ciente dos anseios sociais e dos costumes locais será muito mais eficiente na sua decisão, a despeito da fria e radical aplicação do positivismo jurídico ao caso concreto, tão simples, informal e célere quanto está prescrito para o que lhe é apresentado. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 19.

²⁹² A propósito da abordagem da *small claims courts*, curioso observar pela atenção que desperta, diferentemente do procedimento adotado no Brasil, é a quantidade de advogados e juristas que, voluntariamente, se disponibilizam para atuar na função de árbitros perante os Juizados. Esses árbitros, que recebem treinamento orientado para a conciliação, atuam supervisionados por juízes togados e, em sessões realizadas no período da noite, solucionam cerca de cinquenta por cento dos litígios.

²⁹³ CARNEIRO, João Geraldo Piquet, Análise da Estruturação e do funcionamento dos Juizados de pequenas causas da cidade de Nova Iorque. In: WATANABE, Kazuo. **Juizados Especiais de Pequenas Causas**: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984, 1985. p. 23-36.

supostamente lesado, contribuía para a desestabilidade social. O custo elevado do ajuizamento de uma ação, aliado à falta de informação e de discernimento para chegar ao escritório de um advogado, fazia a maior parte da população brasileira renunciar ao exercício de seus direitos supostamente violados.

Especificamente para os Juizados Especiais Federais, por tratarem de questões que envolvem a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, o objetivo foi a agilização do julgamento de questões de menor valor, independentemente da sua complexidade. Além disso, intentou-se proporcionar o Acesso à Justiça, desafogando a Justiça Federal das causas menores, para que esta pudesse continuar focando maior empenho nas causas de maior repercussão²⁹⁴.

A finalidade também foi a de simplificação do procedimento e do Acesso à Justiça para aqueles cidadãos menos favorecidos. Estendendo os Juizados Especiais à Justiça Federal, a facilitação do trâmite das causas previdenciárias reduziria, por conseqüência, o número de demandas encaminhadas ao rito ordinário desse órgão.

A missão dos Juizados Especiais é a conciliação²⁹⁵ e, de maneira nenhuma, representam uma justiça de “segunda classe”. Pelo contrário, os limites do valor da causa impostos pelas Leis n. 9.099/95 e 10.259/2001 atingem todas as classes sociais. Flávio Dino de Castro Costa esclarece que:

Os Juizados Especiais Federais, no limitado espaço da atuação judiciária e das nossas fronteiras territoriais, podem representar um eficiente canal para que os mais fracos econômica e politicamente manifestem suas aspirações e tenham seus direitos protegidos. Se isso ocorrer, teremos retirado destas pessoas o sentimento de opressão absoluta e irreversível – que pode se transformar em atos incompatíveis com os direitos e com o regime democrático²⁹⁶.

²⁹⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**. A nova mediação paraprocessual, 2004. p. 32.

²⁹⁵ NETO, Fernando da Costa Tourinho. JUNIOR, Joel dias Figueira. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**, 2002. p. 452.

²⁹⁶ COSTA, Flávio Dino de Castro. *In*: TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**, 2002. p. 51.

O objetivo da criação dos Juizados foi também implantar na Justiça Federal a cultura da conciliação, não servindo apenas como alternativa de solução para as crises do Estado e do Judiciário. Deve ser alcançada a conciliação para a ideal solução dos conflitos entre as partes, restabelecendo entendimentos e compondo as controvérsias, sem a necessidade de declaração de vencedores e vencidos²⁹⁷.

Atualmente o acervo de processos dos Juizados Especiais Federais supera o montante de um milhão e quinhentos mil processos em todo o Brasil, sendo oitenta por cento de ações ajuizadas no âmbito da previdência social.²⁹⁸

O amplo Acesso à Justiça se fez. A liberdade e a facilidade de acesso trouxeram uma profusão de demandas, dentre elas aquelas de matéria jurídica idêntica e reincidente.

O problema é que os cidadãos passaram a comparecer, ajuizando as suas demandas contra o Estado, inclusive sem a assistência de um advogado, a fim de evitar o ônus dessa contratação, pois a lei assim lhes faculta.

Com isso, o máximo que podem pleitear, no limite da sua cultura, é dizer que seu vizinho obteve um benefício; que sua aposentadoria não corresponde mais àquela quantidade de salários mínimos que correspondia na oportunidade da concessão inicial; ou, ainda, que sua perícia foi agendada para o prazo de seis meses e que somente a partir daquela data futura terá acesso aos seus proventos alimentares novamente.

Por outro lado, a contratação de um advogado para ajuizar aquela demanda que poderia ser aforada sem essa assistência acaba representando um ônus que pode comprometer grande parte do benefício que os reclamantes vierem a obter.

²⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**, 1988. p. 81.

²⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa do IPEA marca um recomeço para os JEF's, afirma ministro Noronha**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106990>. Acesso em: 24 set. 2012.

A partir desse ponto, começa-se a verificar um problema que para Miguel Reale está claro desde quando definiu que a norma jurídica deve imiscuir-se na realidade social. A norma jurídica “é a forma que o jurista usa para expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor”²⁹⁹. Refere ainda que “O Direito não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas”³⁰⁰. Reafirma o mesmo autor que, se a norma jurídica está imersa no cotidiano social e tendo em vista as transformações da compreensão social e humanística do Direito, então “quando uma norma deixa de corresponder às necessidades da vida, ela deve ser revogada, para nova solução normativa adequada”³⁰¹.

Esse não é o acesso a uma justiça “justa” - quando as partes estão a litigar em desigualdade de condições econômicas, culturais e sociais. Exatamente como leciona Boaventura de Sousa Santos: “O tema do Acesso à Justiça é aquele que mais directamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica”³⁰². Da sua pesquisa, o sociólogo concluiu que os principais obstáculos ao efetivo Acesso à Justiça por parte das classes mais humildes são os econômicos, sociais e culturais. Portanto, no obstáculo econômico, o ônus do litígio pode ser tanto maior quanto mais carentes forem os litigantes, quanto menor for o valor da causa e quanto mais lento for o tempo de tramitação do processo.

Além disso, Boaventura de Sousa Santos observou que os cidadãos de baixo nível cultural e social se distanciam mais da justiça porque desconhecem os seus direitos, porque não possuem sequer a disposição de procurar o Judiciário, porque não conhecem advogados ou consultores jurídicos de bom nível e porque hesitam e temem por represálias perante os tribunais. Atribuiu essa desconfiança e

²⁹⁹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 2003. p. 125.

³⁰⁰ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 2003. p. 123.

³⁰¹ REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**, 2003. p. 127

³⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o Político na pós-modernidade**, 2010. p. 167.

resignação dos cidadãos, ao resultado de experiências anteriores, decorrentes do desequilíbrio cultural entre as partes e, especialmente, da diferença na qualidade dos serviços de assistência jurídica prestados proporcionalmente ao maior ou menor recurso econômico.³⁰³

A assistência jurídica presente no balcão dos Juizados não oferece orientações suficientes, pois os servidores não recebem o treinamento adequado para tal finalidade e o magistrado possui o dever legal da imparcialidade e equidistância das partes litigantes³⁰⁴. Segundo pesquisa realizada pelo CNJ, o atendimento, na maioria dos Juizados Especiais Federais, é feito por estagiários estudantes de direito ou até mesmo por Sindicato de Aposentados.³⁰⁵ Assim, a facultatividade de se poder ajuizar uma ação nessas condições acarreta possivelmente uma péssima qualidade na prestação jurisdicional obtida.

Ao Estado incumbe o dever legal de proporcionar a assistência jurídica adequada e de qualidade, através da disponibilização de defensoria pública em todas as unidades da federação, tal como previsto na CRFB/88, artigo 5º, inciso LXXIV.³⁰⁶

³⁰³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o Político na pós-modernidade**, 2010. p. 167.

³⁰⁴ Todavia, ao magistrado cabe a iniciativa da boa condução do processo na produção da prova, acaso a parte se apresente desassistida de causídico. E, para José Roberto dos Santos Bedaque, ao determinar a produção de qualquer prova o juiz ainda não pode prever o resultado que está por vir. De modo que, ao usufruir do seu poder de instrução, não está favorecendo qualquer das partes BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 79-80.

³⁰⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Diagnóstico da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais. **Série Pesquisas do CEJ**, 12. p. 55.

³⁰⁶ O Supremo Tribunal Federal posicionou-se neste ano ao julgar procedentes as ações diretas de inconstitucionalidades (ADIs) 3892 e 4270, declarando a inconstitucionalidade de normas do Estado de Santa Catarina que dispõem sobre a defensoria dativa e a assistência judiciária gratuita. Atualmente, o estado não possui em todos os seus municípios a defensoria pública, sendo que a população hipossuficiente recebe prestação jurídica gratuita por meio de advogados dativos indicados pela seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SC). A Corte decidiu que essa situação no Estado deve durar por mais um ano, quando os dispositivos contestados (artigo 104 da Constituição de Santa Catarina e Lei Complementar Estadual n. 155/97) perderão eficácia no ordenamento jurídico. A votação ocorreu por maioria de votos, com exceção do ministro Marco Aurélio que entendeu que a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos deveria valer desde quando foram editados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF Julga Inconstitucional Atuação da OAB no Lugar da Defensoria Pública em SC**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/>

A implantação da defensoria pública da União, da assistência judiciária e das curadorias é imprescindível e urgente.³⁰⁷ Não apenas para garantir a efetivação desses serviços proporcionando aos jurisdicionados a “paridade de armas”, mas também como medida preventiva de assistência jurídica³⁰⁸.

Os Juizados Especiais, pelo papel fundamental que possuem na aproximação da população à justiça, devem ter o seu desempenho qualificado através de melhorias na sua administração, com melhor eficácia na gestão de recursos humanos e materiais, aumento na realização de conciliações, otimização na articulação processual, especialmente nos tribunais, melhor equacionando o potencial dos Juizados Especiais na democratização da justiça.³⁰⁹

É necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, gerido pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, que garanta a igualdade do Acesso à Justiça das partes de diferentes classes e estratos sociais. Este serviço não se deve limitar a eliminar obstáculos econômicos ao consumo da justiça por parte dos grupos sociais de pequenos recursos. Deve também eliminar os

verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202643> Acesso em: 14 mar. 2012. No dia 18/07/2012 foi aprovado na Assembléia Legislativa de Santa Catarina o Projeto de Lei Complementar 16/2012 e a Proposta de Emenda à Constituição Estadual 3/2012 que criam a Defensoria Pública estadual e dispõem sobre sua organização e funcionamento. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-19/legislativo-santa-catarina-aprova-lei-cria-defensoria-publica>>. Acesso em 31 jul. 2012. E sancionada pelo Governador do Estado a LC n. 575, de 02 de agosto de 2012. SANTA CATARINA. Lei complementar n. 575, de 02 de agosto de 2012. Cria a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, dispõe sobre sua organização e funcionamento e estabelece outras providências. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2012/575_2012_lei_complementar.doc>. Acesso em: 19 nov. 2012.

³⁰⁷ Observe-se o exemplo de atuação eficiente da defensoria pública da União ao ajuizar uma ação civil pública para combater a demora na realização de perícias previdenciárias perante o INSS no estado do Rio Grande do Sul. O deslinde da ação culminou na conciliação que implantou um novo sistema de requerimento de benefícios por incapacidade, a ser realizado eletronicamente, pela internet, telefone ou ainda diretamente nos postos de atendimento do INSS. A implantação do benefício deve ocorrer no prazo de 30 dias independentemente de perícia médica, para os casos de afastamento por até 60 dias.

Revista Via Legal. **Novo modelo de perícia na JFRS**. Brasília: Centro de Produção de Justiça Federal, 2012, ano V, n. XIII, p. 47, 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/comunicacao-social/informativos/revista-via-legal/ViaLegal_Ed13_web.pdf/view>. Acesso em: 19 nov. 2012.

³⁰⁸ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**, 2002. p. 452.

³⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o Político na pós-modernidade**, 2010. p. 167.

obstáculos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre os seus direitos, sobretudo os de recente aquisição, através de consultas individuais e coletivas e através de ações educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho, nas escolas, etc.³¹⁰

Nas disputas jurídicas entre cidadãos de diferentes classes culturais, econômicas e sociais, a informalidade do procedimento dos Juizados pode acarretar grande prejuízo para a parte mais fraca, mesmo que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, especialmente se a outra parte for o próprio Estado, suas autarquias ou fundações.

Contudo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth concentram-se em quatro aspectos: “(a) a promoção de acessibilidade geral, (b) a tentativa de equalizar as partes, (c) a alteração no estilo de tomada de decisão, e (d) a simplificação do direito aplicado”³¹¹. Ao juiz compete se manter sempre imparcial e isento na condução do processo.

O Estado, através da sua autarquia federal – INSS, é o maior litigante passivo perante os Juizados Especiais Federais³¹². Nessa qualidade, não tem observado o cumprimento de decisões judiciais, uma vez que prossegue com a repetição de descumprimento quando nega muitos pedidos que poderiam ser atendidos na esfera administrativa. Trata-se de instituto mantido pelo Poder Executivo, porém desestruturado para absorver toda a sua demanda. Por conta da desvinculação das receitas da União, os recursos arrecadados pelo sistema de custeio da previdência social são realocados em outros segmentos da economia brasileira.

³¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o Político na pós-modernidade**, 2010. p. 177.

³¹¹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**, 1988. p. 99.

³¹² BASTOS, Roberta. Utopia que deu certo. In: **Revista Via legal**. Brasília: Centro de Produção da Justiça Federal. Ano IV, n. XI, p. 22, 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/comunicacao-social/informativos/revista-via-legal/ViaLegal_Ed11_final_web_comcapa.pdf/view>. Acesso em: 19 nov. 2012.

No período em que o Juizado Especial Federal completa seus primeiros dez anos, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça manifestam-se em decisões favoráveis à legitimidade ativa do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas na defesa de direitos individuais homogêneos no âmbito previdenciário.³¹³ Tais decisões representam a superação almejada na esfera dos Juizados previdenciários, para a solução daquelas demandas que se multiplicam em torno do mesmo conteúdo jurídico e que ofuscam o fluxo da tramitação de outras ações específicas.

Quiçá a intervenção do Ministério Público fosse obrigatória nos Juizados Especiais Federais, a fim de ter ciência de todo o anseio social que ainda é latente, identificar - através desse contato - os problemas sociais trazidos pelas partes ao judiciário, promover a solução coletiva para essas demandas até então reprimidas ou representadas de maneira deficitária.

A tramitação dos recursos no âmbito das turmas recursais corresponde a outro ponto de entrave ao pleno funcionamento dos Juizados Especiais Federais. A estrutura organizacional e a gestão de processos na instância recursal dos Juizados Especiais Federais, local onde se instala grande parte da ineficiência, ineficácia e desperdício de todo um sistema previsto para ser ágil e efetivo, finalmente tem sido revista.³¹⁴ As Turmas Recursais funcionaram até então sem estrutura própria. Mantinham a sua vitalidade com servidores cedidos por Varas não especializadas e por juízes de carreira, que exerciam seus mandatos e, a cada biênio, alternavam-se nas composições, alternando-se com eles todos os julgamentos e entendimentos firmados.

³¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1142630**. INSS, Ministério Público Federal e Associação dos Aposentados e Pensionistas do Brasil. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 07 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1142630&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

³¹⁴ BRASIL. **Lei n. 12.665**, de 13 de junho de 2012. Dispõe sobre a criação de estrutura permanente para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais e cria os respectivos cargos de Juízes Federais; e revoga dispositivos da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12665.htm>. Acesso em: 24 out. 2012.

“Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³¹⁵, já dizia Rui Barbosa. O julgamento de um recurso nos Juizados costuma demorar mais que toda a sua instrução e julgamento na primeira instância, porque existe uma grande diversidade de opções. Mantovanni Colares Cavalcanti faz a apuração e, ao se deparar com quinze³¹⁶ possibilidades de revisão das decisões de primeira instância, conclui que o sistema não está de acordo com os princípios formadores dos Juizados. A informalidade e a celeridade foram preteridas em prol do resguardo da segurança jurídica, “com rígida fiscalização da uniformidade das decisões dos Juizados Especiais Federais, em detrimento da rapidez no desate das lides ali veiculadas”³¹⁷.

Restam então apenas duas decisões irrecuráveis e prontamente executáveis: a homologatória de conciliação, com renúncia expressa a qualquer intenção de recorrer e o cumprimento das demais decisões, excetuadas a medida cautelar e a sentença.

O trâmite ordinário dos procedimentos nos recursos – chamado de “ordinarização” -, pela ausência de um sistema recursal eficiente e a reapreciação da prova produzida em primeira instância são exemplos de situações que aumentam o custo do processo pelo tempo que representam na sua tramitação.

Boaventura de Sousa Santos sugere para a melhoria do fluxo do sistema recursal dos Juizados, uma alteração dos métodos de trabalho, assim como uma

³¹⁵ BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Disponível em: <<http://www.espacodoaluno.com/arquivos/4546ff68de78db36d0a1e91dac5314c7.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2012.

³¹⁶ São eles: dois recursos inominados, um contra decisão interlocutória específica e outro contra a sentença. Em segunda instância são quatro mecanismos de uniformização, equiparados a recursos e cinco recursos previstos em resolução (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Resolução n. 390**, de 17 set 2004. Dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/3425>>. Acesso em: 19 nov. 2012), além de embargos de declaração, recurso extraordinário, *habeas corpus* e o mandado de segurança. CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recursos dos Juizados Especiais**. São Paulo: Dialética 2007. p. 108-125.

³¹⁷ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recursos dos Juizados Especiais**, 2007. p. 108.

reorganização interna dos tribunais buscando uma melhor articulação com outros serviços complementares da justiça.³¹⁸

Poderia ser até mesmo a experiência da conciliação em sede recursal, assim como já se realizou em sede de procedimentos ordinários, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região³¹⁹. Considerando o sucesso alcançado pelo projeto, melhor resultado poderia ser almejado através de iniciativa semelhante perante as Turmas Recursais.

Os Juizados Especiais Federais efetivamente surgiram para eliminar a morosidade de um processo comum. São procedimentos simples, céleres e de fácil acesso para que os anseios de todos os cidadãos sejam apreciados por uma tutela jurisdicional rápida, econômica e segura.

Foi por intermédio desses juízos consensuais que a possibilidade de Acesso à Justiça foi ampliada, diminuindo a chamada litigiosidade contida. Houve a conscientização popular de não mais renunciar ou reprimir direitos supostamente lesados pelo Estado.

O efeito dessa judicialização na vida social, que tornou a justiça mais acessível à população carente, fez parte da transição política do País para a democracia, de reestruturação das relações do Estado e da sociedade³²⁰. Solidificou-se a instituição democrática com a inclusão social e a defesa de pequenos interesses até então sem representação. Tais interesses, embora definidos por sua natureza econômica como de pequenas causas, podem demonstrar-se muito relevantes se considerado seu conteúdo moral ou social.

Os Juizados trouxeram, como princípios norteadores desse novo procedimento ou sistema, a informalidade, a celeridade, a economia, a oralidade e a

³¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**, 2011. p. 77.

³¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n. 10**, de 01 mar. 2004. Deu continuidade ao projeto Conciliação no Tribunal Federal, instituído pela Resolução n. 37, de 26 set. 2003. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?id=sistcon_historico>. Acesso em: 10 mar. 2012.

³²⁰ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**. O desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, 2008. p. 176.

ampliação dos poderes do juiz no diálogo com as partes. Foi neste contexto que o Judiciário, no papel de guardião da CRFB/88, precisou se libertar das amarras de um sistema processual burocrático³²¹, para conferir aos cidadãos os direitos negligenciados pelo Estado Democrático de Direito.

4.2 AÇÕES COLETIVAS E OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Os direitos individuais homogêneos, como direitos subjetivos individuais de sujeitos juridicamente certos e determinados, titulares de direitos materiais divisíveis, se necessário, não deixam de conter interesses coletivos, por tratarem de um grupo ou uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas por uma mesma relação jurídica básica. São metaindividuais, já que ultrapassam o atributo de individual e correspondem aos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social.

A particularidade, contudo, é a identificação das pessoas com parcela de interesse variável e passível de diferenciação em relação às demais. São titulares de direitos originados do mesmo fundamento de fato ou afinidade de questões comuns de fato ou de direito. Trata-se exatamente do fundamento para o litisconsórcio ativo facultativo. Não podem ser confundidos com os direitos transindividuais, porquanto estes não têm identificação de titulares e são materialmente indivisíveis, já que

³²¹ O segundo momento mais importante na história dos Juizados Especiais Federais foi a revolução ocasionada pela implantação do processo eletrônico pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e, posteriormente, com a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro 2006. BRASIL. **Lei n. 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 19 mar. 2012.

Sua implantação foi escalonada e cautelosa na quarta região, iniciando em fase de testes e projetos pilotos em algumas varas, para, mais tarde, ser estendido a todos os Juizados de Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Paraná. A agilidade na tramitação processual causou impacto, pois alguns processos chegam a ser julgados em poucos dias, não sendo raro alguns Juizados apresentarem como tempo médio de tramitação o prazo de sessenta dias.

O Conselho Nacional de Justiça ainda enfrenta o desafio de instaurar o sistema eletrônico em todo o País. A evolução prossegue com a Lei n. 12.153, de 22 dezembro de 2009, criando os Juizados Especiais da Fazenda Pública. BRASIL. **Lei n. 12.153**, de 22 dez. 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2009/L12153.htm. Acesso em: 12 jan. 2012.

pertencem a grupos, categorias ou classes de pessoas, subdividindo-se em direitos difusos e coletivos.

Importante ressaltar que os direitos difusos e coletivos em nenhum momento se apresentam como superiores aos direitos individuais. Ao contrário. Ocorre que a representação de uma coletividade para a execução de um direito sonogado, atribui maior força coativa, como será tratado mais adiante.

O Código de Defesa do Consumidor³²², atual e ainda em vigor, diz que os direitos ou interesses difusos, coletivos, transindividuais e individuais homogêneos dos consumidores podem ser defendidos coletivamente em juízo. Tal preceito surgiu logo após a CRFB/88, que outorgou a legitimidade às entidades associativas e sindicais (artigos 5º, XXI e 8º, III) para defender em juízo os direitos de seus associados e filiados.³²³

Às ações civis coletivas e aos mandados de segurança coletivos se reservam a tutela os interesses individuais homogêneos. Já às ações civis públicas e às ações populares se designam aos direitos coletivos transindividuais. Os legítimos titulares de direitos individuais homogêneos podem se valer das ações individualizadas para ingressar judicialmente em busca da tutela do direito materialmente lesado ou, então, em conjunto com o demais titulares dos mesmos

³²² BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

³²³ Através do exemplo de Hugo Nigro Mazzili se delimitam as diferenças: “Se, dentre uma série de bens de consumo, vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual na indenização cabível. Já os interesses podem ser individuais homogêneos, ligando inúmeros consumidores, quando toda a série de um produto saia de fábrica com o mesmo defeito. Os interesses serão coletivos (no sentido estrito que à expressão confere o CDC), quando de um aumento indevido das prestações de um mesmo consórcio. Enquanto se cuidar de interesses coletivos *stricto sensu*, interessará a legalidade ou a ilegalidade do aumento (a relação jurídica é comum e indivisível: não será mais ou menos ilegal para este ou aquele consorciado); já a pretensão à restituição de eventuais prestações condominiais pagas indevidamente será matéria atinente à defesa de interesses individuais homogêneos (divisíveis). Os interesses só serão verdadeiramente difusos se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada em painéis publicitários, pelos jornais e revistas, ou pela televisão)”. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor e outros Interesses Difusos e Coletivos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 11-12.

direitos lesados pelo mesmo fato antijurídico, através do instituto da substituição processual verificado na ação civil coletiva de caráter cognitivo.

A ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos de que trata o artigo 91 do CDC, se dedica à tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros desses grupos. Diz respeito a mesma figura processual prevista pelo CPC, nos artigos 46 e seguintes, relativos ao litisconsórcio ativo facultativo, por questões de conexão, afinidade, comunhão de direitos ou obrigações ou por derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito.

A identificação do núcleo da homogeneidade dos correspondentes direitos subjetivos individuais pressupõe a existência da obrigação, a identidade do devedor e a natureza da prestação.³²⁴ A delimitação dos demais elementos que compõe as relações jurídicas para fins de exaurimento da satisfação, quais sejam, o crédito e o valor devido ficam postergados para uma segunda fase do procedimento - o ajuizamento de um novo processo, a ação de cumprimento.³²⁵

A natureza instrumental do processo não pode ser desprezada na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, pois estão presentes os pressupostos legais que caracterizam a ação coletiva. A legitimação do substituto processual, da sentença genérica, da opção de intervenção dos interessados como litisconsortes e ainda da superveniente liquidação para formação do título executivo e execução propriamente dita, são o que a doutrina de Teori Albino Zavascki chama de “repartição da atividade cognitiva”.³²⁶

No entanto, a caracterização do interesse coletivo apto a legitimar o ajuizamento da ação coletiva vai muito além da simples adição de interesses individuais, como assevera Rodolfo de Camargo Mancuso:

³²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161.

³²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161.

³²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 2007. p. 184.

[...] esse posicionamento que vê no coletivo uma simples "soma" de interesses individuais, releva de uma postura de tipo tradicional ou individualista [...]. Não se trata da defesa do interesse pessoal do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que depassam esses dois limites, ficando afetados a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos valores individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. **É síntese, antes que mera soma** [sem grifo no original].³²⁷

A manifestação do interesse coletivo e da conveniência da utilização da ação coletiva para substituir múltiplas demandas individuais pode ser verificada naquela situação decorrente dos danos ocasionados aos consumidores relativos à ausência de aplicação de índices corretos de remuneração às cadernetas de poupança em determinados períodos, que acarretou uma avalanche de ações judiciais contra as mais variadas redes bancárias do Brasil. Situação semelhante pode ser verificada nas ações ajuizadas contra o INSS em matéria previdenciária, antes referidas.

Não é apenas nesse âmbito que as demandas se multiplicam. Isso também ocorre nos planos econômicos da administração estatal, no vazio do cumprimento dos Direitos Fundamentais à saúde e à educação. Boaventura de Souza Santos sugere a criação de um Serviço Nacional de Justiça, através do qual, seriam as pessoas educadas para a cidadania, conhecedoras de seus direitos e eliminados os obstáculos econômicos, culturais e sociais de "consumo da justiça"³²⁸. Eliminar a cultura do "consumo da justiça" significa aqui eliminar o entendimento de que todos os problemas devem ser resolvidos judicialmente.

Para as situações de multiplicação de processos idênticos, a tutela coletiva de direitos e a tutela de direitos coletivos³²⁹, a ampliação do instituto da

³²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos. Conceito e legitimação para Agir**. 6. Ed. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 54-55.

³²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o Político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2010. p. 177.

³²⁹ A tutela coletiva de direitos difere da tutela de direitos coletivos por tratar dos direitos individuais homogêneos que dizem respeito aos direitos subjetivos individuais, de sujeitos juridicamente certos e determinados, titulares de direitos materiais divisíveis; enquanto na tutela de direitos coletivos são tratados os direitos transindividuais, sem titulares certos e materialmente indivisíveis, por pertencerem a grupos, categorias ou classes de pessoas, subdividindo-se em direitos difusos e coletivos.

súmula vinculante e da repercussão geral, o microssistema a ser trazido com o projeto do novo CPC³³⁰, seriam alternativas para que os Juizados Especiais Federais encontrassem a sua plenitude. Boaventura de Souza Santos já dizia, há muito tempo, que a solução não está na informalidade, mas na informatização³³¹.

Muito já se discutiu acerca da legitimidade do Ministério Público, conferida pelo artigo 82, inciso I, da Lei n° 8.078/90³³², para a defesa dos interesses difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Não se pode olvidar, que, embora os dispositivos legais mencionados estejam inseridos no Código de Defesa do Consumidor, que dispõe mais diretamente sobre a proteção do consumidor, o certo é que integram eles o referido diploma legal, sendo passíveis de aplicação não somente em relação às relações de consumo, mas também para a proteção de todos aqueles outros interesses que comportam defesa pelo Ministério Público através da Lei que regula a ação civil pública, tendo em conta, justamente, a expressa previsão do art. 21 da referida Lei n° 7.347/85³³³.

Antoine Garapon imputa ao Ministério Público o atributo de “*interface* entre o Estado e a justiça, entre o colectivo, a política pública de um lado e a situação individual por outro lado, redescobrimo o sentido forte do termo ‘ação pública’”.³³⁴ A atuação pontual e rápida do Ministério Público pode representar uma solução real e concreta para situações até então desmerecidas.

³³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046**, de 22 de dezembro de 2010. Revoga a Lei n. 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 24 out. 2012..

³³¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o Político na pós-modernidade**, 2010. p. 167.

³³² BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 03 nov. 2012.

³³³ BRASIL. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

³³⁴ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia, 1996. p. 250-251.

Assim sendo, mesmo nas ações civis públicas impulsionadas, estimuladas, coordenadas e propostas pelo Ministério Público para a defesa de alguma violação de interesses individuais homogêneos, a sua legitimidade é outorgada pela CRFB/88 e pela legislação infraconstitucional. É indispensável que a defesa desses interesses tenha suficiente expressão ou abrangência social. Porém, os interesses individuais homogêneos, como uma espécie de interesse coletivo *lato sensu*, podem ter sua defesa judicial realizada por meio dos substitutos processuais como o Ministério Público, associações civis dentre outros.

Não há maneira democrática de se impedir o Acesso a Justiça de demandas individuais para o fornecimento de medicamentos não incluídos em lista, por exemplo. Todavia, Luís Roberto Barroso recomenda que o magistrado avalie, a cada recebimento, a possibilidade de suscitar ao Ministério Público uma análise acerca da viabilidade de ser ajuizada uma ação coletiva para cada situação apresentada, sem prejuízo da tramitação a ação individual interposta.³³⁵

Excluem-se, contudo, da abrangência de atuação do instrumento processual da ação coletiva as questões tributárias dos contribuintes, pois a Medida Provisória n.º 2.180-35/2001, que alterou a redação do art. 1.º da Lei 7.347/85³³⁶, instituindo seu parágrafo único, passou a dispor que:

Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.³³⁷

³³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 247.

³³⁶ BRASIL. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

³³⁷ BRASIL. **Medida Provisória n. 2.180-35**, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis nos 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, das Leis nos 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

Entretanto, tal limitação não se aplica ao mandado de segurança coletivo, uma vez que opera para tutelar direito dos contribuintes lesado por ato arbitrário ou ilegal de autoridade pública. É nesse sentido que se colhe da decisão do Supremo Tribunal Federal, no *leading case* em que foi relatora a Ministra Ellen Gracie, ao se posicionar apenas pela ilegitimidade dos partidos políticos para tal ação:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE n. 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.³³⁸

Do processo coletivo emana a prolação de uma sentença condenatória genérica, assim como prevista pelo artigo 95 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que fixa a responsabilidade do réu pelos danos causados aos titulares dos direitos individuais homogêneos tratados, sendo formalmente única, porém individualizada para cada um dos litigantes representados. Nela não há fixação de valor da prestação devida, pois é ilíquida, nem identificação dos titulares dos direitos individualizados decorrentes da relação material. Por tal razão, diz-se que ela não tem eficácia executiva judicial, necessitando de uma fase processual autônoma de liquidação de sentença. Tudo subsumido ao pedido inicial também genericamente formulado. Assim, tratando-se de pedido genérico, formulado nos termos do artigo 286 do CPC, não poderia a sentença cumprir a disposição do artigo 459 do mesmo diploma legal, proferindo uma decisão prontamente executável.

Ocorre que o cumprimento da referida decisão vai implicar no aforamento de um novo processo de liquidação e execução da sentença, que poderá continuar sendo coletivo, ou passar a ser individualizado, a critério do titular do direito em

³³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 196184**. Direito tributário, impostos, IPTU, imposto predial e territorial urbano. Município de Manaus e Partido Socialista Brasileiro - PSB. Relatora: Ministra Ellen Gracie Northfleet. Amazonas. 27 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1627370>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

questão, situação que pode acarretar um novo tempo de tramitação processual que muito pouco interessa aos litigantes e ao Poder Judiciário.

Pode ocorrer que a tutela jurisdicional que imponha uma prestação específica de não fazer, fazer ou entregar alguma coisa ou uma prestação pecuniária seja, ainda, declaratória ou constitutiva, como no caso em que o legitimado promove uma demanda para corrigir os índices de correção monetária dos contratos do sistema financeiro da habitação em favor de mutuários. Nesses casos, a execução se torna mais simples, podendo ser desnecessária a segunda fase mencionada.

Quando se tratar de direitos e interesses individuais homogêneos o efeito da coisa julgada é *erga omnes*, desde que o pedido seja procedente para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores e que tenha havido a oportunidade dos interessados de intervirem no processo como litisconsortes, aderindo ou não ao substituto processual autor da ação coletiva. Essa possibilidade de intervenção no processo coletivo pelos interessados, prevista no CDC, nos artigos 94 e 103, inciso III e §2º, indica que será sempre mais vantajoso ao titular do direito subjetivo individual não intervir no processo coletivo e aguardar o julgamento da lide, de modo que não será abrangido pela eventual improcedência do pedido genérico, mas apenas pela hipótese de procedência dele, desde que requerida tempestivamente a suspensão da eventual ação individual ajuizada. Ainda terá a seu favor a possibilidade de um provimento judicial favorável no ajuizamento de uma ação individual posterior, pois ao dar continuidade a uma demanda individual paralela ficará vinculado à coisa julgada verificada na ação coletiva.

Entretanto, o atributo de generalidade previsto para o processo coletivo, vai acarretar dificuldade e impossibilidade de delimitação completa da condenação do réu com relação à obrigação jurídica de reparar o dano, especialmente com relação ao *quantum debeatur* relativo a cada litigante representado ou individualizado, que necessitará ser postergado para um segundo momento - o ajuizamento de um novo processo, formador de uma nova decisão que, juntamente com a primeira fase de cognição, dará origem ao título executivo.

A própria regra de contenção do litisconsórcio ativo prevista pelo CPC (parágrafo único do artigo 46) é um indicativo da limitação do processo coletivo, tornando-se vantajosa apenas para aquelas ações com reduzido número de litigantes, a fim de não comprometer os “propósitos de celeridade e eficiência”, conforme defende Teori Albino Zavascki:

Ora, são comuns e cada vez mais frequentes, no mundo atual, as situações em que se configura o nascimento de direitos subjetivos que, pertencentes a um grande número de pessoas diferentes, derivam de um mesmo fundamento de fato ou de direito ou guardam, entre si, relação de afinidade em alto grau, em razão das referências jurídicas e fáticas que lhes servem de base. **A sua defesa coletiva em regime de litisconsórcio ativo é, conforme reconhece o próprio Código de Processo, inviável do ponto de vista prático. E a alternativa de sujeitar cada um dos interessados a demandar individualmente é ainda mais acabrunhadora** [sem grifo no original]: do ponto de vista do titular do direito, pelo custo que representa ir a juízo, entendido esse custo em seu sentido mais amplo - financeiro, emocional, profissional, social -, incompatível, não raro, com o escasso resultado que pode advir de uma sentença de procedência; do ponto de vista do Estado, pela enxurrada de demandas que cada uma dessas lesões coletivas pode produzir, tratamento produzido por sentenças contraditórias, pela impunidade dos infratores e o conseqüente estímulo à infração, pelo descrédito da função jurisdicional, pela desesperança dos cidadãos.³³⁹

Apesar disso, Teori Albino Zavascki reconhece o benefício que uma alteração legislativa do procedimento acarretaria no processo coletivo em termos de economia processual e agilidade de procedimentos, além de facilitar o Acesso à Justiça e assegurar a uniformidade de decisões.³⁴⁰

4.3 OUTRAS ESTRATÉGIAS – AÇÕES CONSTITUCIONAIS E O PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM FACE DA COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS

A preocupação do poder constituinte de que a nova CRFB/88 sofresse da mesma inoperância crônica das Constituições anteriores a 1988 fez com que

³³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 2007. p. 165.

³⁴⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 2007. p. 166.

instrumentos processuais fossem introduzidos na própria ordem Constitucional, a fim de garantir-lhe a obrigatoriedade normativa. Foi aí que surgiu o mandado de injunção, oriundo do *writ of injunction*, da Inglaterra; e a ação de inconstitucionalidade por omissão, recepcionada da Constituição Portuguesa de 1976.³⁴¹

O mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foram trazidos como instrumentos de busca da efetividade das normas constitucionais programáticas para serem aplicados quando o Estado, através da sua função legislativa, se fizer omisso e silente. O mandado de injunção é um poderoso instrumento de realização do propósito de eficácia constitucional. Porém, que uso se tem feito dele?

Em torno do mandado de injunção há abundante divergência relacionada com o seu objetivo. Deve ele ensejar apenas a notificação do órgão responsável pela omissão da verificada na norma, ou formular a própria regra faltante, com caráter genérico, *erga omnes*, ou, ainda a formular a regra faltante, mas somente para a solução do caso concreto submetido ao Tribunal? O entendimento majoritário da doutrina, embora dissonante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal³⁴², é o de que uma vez aforado e procedente o mandado de injunção, é o próprio Judiciário que deve preencher a norma faltante, formulando a regra constitucional para o caso concreto *sub judice*. Tecnicamente, basta valer-se o Poder Judiciário da regra que já vem expressa no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a

³⁴¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 50-56.

³⁴² Ao julgar, por exemplo, o Mandado de Injunção n.º 191-0-RJ.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 191-0**. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Servidor público civil. Aposentadoria especial. Fernando Henrique Almeida Valadares, Presidente da República, Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Governador do Estado de Goiás, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, Prefeito do Município de Goiânia, Presidente da Câmara de Vereadores de Goiânia. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Distrito Federal. 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", elaborando ele próprio a regra faltante, para os fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar.³⁴³

Para tanto deve ser observada certamente, a legitimidade passiva a recair sobre o sujeito passivo do direito constitucional, isto é, a pessoa pública ou privada à qual compete prestar o dever correspondente ao direito subjetivo do autor.³⁴⁴

Todavia, o mandado de injunção cumpriu uma função - a de demonstrar que a norma constitucional possui eficácia sim, mesmo que seja simplesmente para difundir a ideologia da efetividade da CRFB/88, reconhecendo a aptidão do juiz natural da causa para integrar a ordem jurídica, formulando a regra omitida na esfera do caso concreto que lhe é apresentada.³⁴⁵

As normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas, sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa e a sua previsão deve ser abrigada por instrumentos capazes de realização prática, viabilizando meios processuais adequados de amparo aos direitos, quais sejam as diversas ações dedutíveis perante o Poder Judiciário.³⁴⁶

O direito processual constitucional, defendido por Hans Kelsen, no intuito de atribuir a uma instância especializada a tutela e a proteção das garantias previstas na Constituição, é o meio processual adequado para a defesa dos Direitos Fundamentais lesados, ameaçados ou omitidos pelo Estado. Processos dessa natureza são as ações constitucionais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança, individual e coletivo e o mandado de injunção.³⁴⁷ Inobstante a existência no ordenamento constitucional brasileiro desse processo diferenciado, não há a composição de uma Justiça Constitucional adequada para o julgamento

³⁴³ NEGRÃO, Theotônio. GOUVÊA, José Roberto F. **Código Civil e Legislação em vigor**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21.

³⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 261.

³⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 274.

³⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 2004. p. 274.

³⁴⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 12.

político das ações constitucionais, nos moldes daqueles existentes na Europa, por exemplo, onde:

[...] é um poder com atribuições não só jurídicas, mas também assumidamente políticas, órgão constitucional independente dos demais poderes, inclusive do Poder Judiciário “ordinário”, ocupando-se exclusivamente da tarefa de fazer cumprir a Constituição [...] ³⁴⁸.

No Brasil, essa tarefa compete ao Supremo Tribunal Federal, como órgão hierárquico do Poder Judiciário comum, cujos membros são nomeados pelo Presidente da República, para o exercício de mandato vitalício.

Já no Controle abstrato da constitucionalidade da norma, o Poder Judiciário, através da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, intentada para o fim exclusivo de notificar o Poder competente acerca da omissão normativa, determinará àquele órgão do poder Estatal a adoção das providências necessárias ou em se tratando de órgão administrativo, para que tome tais providências no prazo legal de trinta dias.

É certo que, assim como uma lei inconstitucional não pode permanecer no ordenamento jurídico, omissões e vazios constitucionais também não. Porém, as omissões podem acarretar maior prejuízo, por incidirem na ausência de realização dos Direitos Fundamentais.

Para Mauro Cappelletti a criação do direito pelos juízes é consequência inevitável, não apenas pelo Controle de constitucionalidade das omissões, mas no próprio ato interpretativo diário da práxis jurídica, devendo observar-se apenas os limites da separação das funções ³⁴⁹ - e o mandado de injunção é aprova dessa possibilidade jurídica.

Enquanto o mandado de injunção tem o escopo de conceder o imediato exercício do direito no caso concreto, *inter partes*, a ação de inconstitucionalidade

³⁴⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 2005. p. 13.

³⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 98.

por omissão vincula o poder competente à emissão do ato omitido, porém com efeitos *erga omnes*.³⁵⁰ As diferenças entre estes dois instrumentos processuais constitucionais são consideráveis, pois em ambos se unem no objetivo comum de “constatar a inexistência de providências por parte do poder público; de outra parte, tanto um como outro, efetivam a idéia comunitária de comunidade de intérpretes”(sic).³⁵¹

O processo constitucional, para Dierle Nunes, assume maior importância no processualismo científico, para ultrapassar a mera interpretação legislativa e avançar por um caminho mais panorâmico, voltado para a compreensão dos fundamentos estatais, especialmente da leitura dos Direitos Fundamentais.³⁵² Segundo Nunes: “O processo deve garantir a implementação dos direitos, especialmente, fundamentais”.³⁵³

A reforma do Judiciário, como ficou conhecida popularmente a emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004³⁵⁴, que importou do *Common Law*, o instituto da súmula vinculante. Surgiu no ordenamento Constitucional como uma tentativa de desafogar os órgão do Poder Judiciário e combater a morosidade Judiciária, decorrentes das questões de massa, muito comuns em matéria tributária, previdenciária e administrativa.

A mobilização política ativa da sociedade e do Estado busca criar instrumentos que façam o Poder Judiciário ser mais eficiente na solução das

³⁵⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 2004. p. 56-58.

³⁵¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 2004. p. 59.

³⁵² NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 199, DRT 2011/2442, 2011.

³⁵³ NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, vol. 199, DRT 2011/2442, 2011.

³⁵⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5., 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 16 nov. 2012.

demandas, como é o caso do projeto de modificação do CPC³⁵⁵, especialmente no capítulo que trata da coletivização das demandas. Todas as alternativas deságuam no Judiciário.

Além do Projeto de Lei n. 8.046, de 22 de dezembro de 2010³⁵⁶, destinado a elaborar o novo CPC, há ainda os estudos que visam a alterar Código do Consumidor.³⁵⁷ Dentre a maioria das modificações que ambos os projetos propõem está a prioridade de julgamento para as ações coletivas e repetitivas com eficácia da decisão em todo território nacional, quando o dano ao consumidor for nacional, além de criar medidas processuais que irão agilizar a tramitação dessas ações.

Introduzindo no ordenamento jurídico processual o incidente de resolução de demandas repetitivas, o novo projeto do CPC pretende agir sobre o imenso número de demandas que afligem o Poder Judiciário em todas as suas instâncias, além de parametrizar e diminuir a quantidade de julgamentos discrepantes frente às mesmas situações fáticas e jurídicas, sem, contudo, ter a pretensão de estandarizar novas teses jurídicas que surgem diariamente.

O uso desses instrumentos permite ao Poder Judiciário o exercício da função constitucional de protetor não apenas da CRFB/88, mas também do Estado Democrático de Direito.

³⁵⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8046**, de 22 dez. 2010. Revoga a Lei n. 5869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 24 out. 2012.

³⁵⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8046**, de 22 dez. 2010. Revoga a Lei n. 5869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 24 out. 2012.

³⁵⁷ BRASIL. Senado Federal. **Ato do Presidente n. 308**, de 02 dez. 2010. Institui Comissão de Juristas destinada a oferecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/atos.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

4.4 A PREVENÇÃO DA LITIGIOSIDADE EXACERBADA CAUSADA PELA (DIS)FUNÇÃO DO ESTADO

O tratamento das Políticas Públicas de maneira preventiva é, para Antoine Garapon, imposição terapêutica das obrigações do Estado.³⁵⁸

O Estado não pode, eternamente, confessar a sua impotência em matéria econômica, ou política, reconhecendo que as decisões essenciais são tomadas a nível supranacional. Ele compensa esta perda de domínio com uma maior atenção à sua principal obrigação, a segurança.³⁵⁹

Não obstante as ressalvas ou benefícios previstos para a utilização das ações coletivas e mandado de segurança coletivo no ordenamento processual vigente, há também que serem ponderadas outras possibilidades de redução do ajuizamento de ações pulverizadas, que sobrecarregam a máquina judiciária e oneram ou limitam o Acesso à Justiça através das inúmeras ações individuais. Tais possibilidades se encontram igualmente previstas e refletem numa atuação mais pedagógica quanto ao cumprimento da decisão judicial para atenuação da litigiosidade.

Muitas vezes o Poder Judiciário acaba exercendo Políticas Públicas até mesmo de maneira indireta, como ocorre nos Estados Unidos da América, quando em suas decisões e sentenças passam a:

(1) expressar opiniões judiciais em processos que poderão ser ulteriormente vistos pelos legisladores; (2) interpretar dada legislação de modo tão restritivo, que venha a esvaziar sua eficácia, forçando o parlamentar a revisá-la; (3) expondo preferências políticas *in obiter dicta*; (4) usando do relacionamento informal com agentes políticos para convencê-los; (5) atuando de forma organizada (*lobbying*), com vistas ao êxito em votações no Congresso.³⁶⁰

No caso das repetidas ações propostas contra as entidades da Administração Pública visando à condenação destas ao cumprimento de obrigações

³⁵⁸ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia, 1996. p. 228.

³⁵⁹ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia, 1996. p. 286.

³⁶⁰ VICTOR, Rodrigo de Albuquerque. **Judicialização de Políticas Públicas para a Educação Infantil**, 2011. p. 29.

de fazer, por que não pode o Judiciário determinar que a própria entidade administrativa empreenda a ação necessária para que o direito afirmado venha a ser concretizado? Por que não pode o Poder Judiciário apenas determinar à entidade administrativa Estatal o cumprimento do julgado no âmbito da sua competência originária? A condenação genérica, proferida em ação coletiva tem o condão de eliminar a fase de liquidação e execução de título judicial ao determinar que a própria Administração venha a realizar, com brevidade e de forma integral, todos os atos necessários ao cumprimento da sentença, em um procedimento inclusive pedagógico acerca do descumprimento do seu dever legal.

Assim como sugere Vladimir Passos Freitas ao apresentar a obra *Direito e Administração da Justiça*:

Agora, premido o Judiciário por uma sociedade cada vez mais exigente, congestionados os órgãos julgadores de todas as instâncias por uma quantidade descomunal de processos, passa a Administração da Justiça a ter o espaço que merece. Percebem os magistrados a sua relevância. Afinal, reduzindo a questão a um exemplo banal, de que servirá uma sentença bem fundamentada se demorar seis meses para ser publicada?³⁶¹

O que tem se verificado, todavia, é algo diverso. Na maioria das situações, é o próprio Poder Judiciário quem percorre as rotinas da execução. Com a elaboração dos cálculos do valor devido insta a Administração ao pagamento, intima o cidadão para o recebimento, conclama as partes a se manifestarem sobre eventual incorreção do valor pago, requisita do órgão executivo ao qual está vinculada a gestão dos recursos à disponibilização destes, etc. Como se, após já estar a lide decidida, o Poder Judiciário ainda precisasse tutelar as partes, amparando-as em cada passo a ser dado para que a decisão judicial seja efetivada. O processo, sob este enfoque, exige maior empenho do Órgão Judiciário do que da parte causadora do dano no cumprimento da ordem.

Tal situação novamente traz lembrança das considerações de Teori Albino Zavascki:

³⁶¹ FREITAS, Vladimir Passos. **Direito e Administração da Justiça**. São Paulo: Juruá, 2006, p. 6.

Nesses momentos, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o juiz assuma efetivamente o seu papel de condutor e dirigente, o que inclui a tarefa de ordenar as situações novas, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos e das linhas de princípios que o sistema oferece.³⁶²

Conforme enfatiza Vladimir Passos de Freitas, “o juiz é a figura central na busca de soluções. É o maestro que coordena toda a atividade jurisdicional”³⁶³. E Lenio Luiz Streck:

Entre tantas críticas, vale lembrar a contundente observação de Dallari, para que o juiz/intérprete, ao utilizar “tantos modelos de interpretação da lei”, considera-se exonerado de responsabilidade, atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças.³⁶⁴

Abordando o Controle de Políticas Públicas, Sergio Cruz Arenhart concorda e acrescenta:

Em tudo isso se vê a mão do juiz a participar, de forma mais efetiva, da gestão da coisa pública, influenciando diretamente na adoção e realização de Políticas Públicas.

[...]

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

[...]

³⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos, 2007. p. 48.

³⁶³ FREITAS, Vladimir Passos de. A Eficiência na Administração da Justiça: motivação dos juízes, transparência nos Tribunais. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Currículo Permanente. Administração da Justiça – Gestão e Planejamento: módulo 6**, 2007. p. 15. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_VLADIMIR_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**, 2005. p. 307.

É necessário que o juiz não se veja apenas como um burocrata, responsável pela aplicação fria da lei ao caso concreto, mas perceba sua função de agente social, capaz de alterar a realidade.³⁶⁵

Abordando os fatores que influenciam no processo de tomada de decisão e sua legitimidade na perspectiva da metodologia jurídica, José Antonio Savaris concebe o Poder Judiciário como co-autor de Políticas Públicas, quando as decisões proferidas podem possuir impacto em outros segmentos do Poder Público:

Seriam os magistrados alheios à expressão de magnitude político-econômica dos problemas concretos levados a julgamento? Trata-se de uma pergunta retórica a que se impõe uma resposta negativa. A história recente do Supremo Tribunal Federal sugere a permeabilidade dos atores judiciais aos acontecimentos históricos que rondam o processo de tomada de decisão e a consciência daqueles quanto à importância dos efeitos de suas decisões. Neste particular, o presente trabalho se aproxima da matéria que traduz o centro de suas atenções, isto é, a tensão existente entre direitos individuais e o interesse econômico coletivo consubstanciado na eficiência do orçamento fiscal.

[...] De fato, uma análise inclinada a distinguir algo para além dos argumentos jurídicos formais e logicamente deduzidos revela-se hábil a identificar, no seio do Supremo Tribunal Federal, o pensamento de que as consequências econômicas da decisão judicial devem ser levadas em conta, uma vez que a Previdência Social já se encontraria em situação de desequilíbrio orçamentário.³⁶⁶

Assim como refere Clémerson Merlin Cléve:

[...] cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes.³⁶⁷

O procedimento parece plausível nas situações em que o Poder Público assume perante o cidadão uma obrigação que era inicialmente do Estado, Administrativo ou Legislativo. O Poder Judiciário, assim agindo, ao invés de proferir

³⁶⁵ ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

³⁶⁶ SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social**: Contributo para Superação da Prática Utilitarista. Florianópolis: Conceito, 2011. p.155/158/160.

³⁶⁷ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, 1993. p. 42.

sentenças constitutivas de obrigação de atingir quantia certa, deve optar por pronunciar sentenças constitutivas de obrigação de fazer, emitindo ordem para que a própria Administração realize todos os procedimentos necessários a fim de que o direito omitido seja prestado diretamente ao cidadão, independentemente de intervenção jurisdicional. Ou ainda, deve aplicar aos seus julgados os dispositivos previstos nos artigos 461 e 475-J do CPC e artigo 84, §4º, do CDC, com a imposição de penalidade compatível com a obrigação descumprida.

Faz parte do Estado Contemporâneo a ascensão institucional do Poder Judiciário, mencionada Luiz Roberto Barroso.³⁶⁸ As questões sociais estão cada vez mais judicializadas, transferindo-se para o Poder Judiciário decisões e escolhas políticas cuja legitimidade originária pertence a outros segmentos do Estado. O ativismo judicial acaba sendo consequência indissociável da provocação intensa do Judiciário, para os fins de concretização dos valores e fins constitucionais, com mais intervenção nos outros Poderes. No contraponto está a autocontenção judicial utilizada para restringir o grau de intervenção e abrir espaço para atuação do poder público, nas suas ações e omissões que podem aí se prolongar.³⁶⁹

O Estado necessita repensar a sua missão, renovar o seu projeto político levando em conta o sofrimento humano³⁷⁰ e os Direitos Fundamentais.

Enquanto isso não ocorre e o Estado se apresenta impotente em tantos segmentos, a violência vai se alimentando dos seus não-ditos e a desconfiança segue avançando³⁷¹, colocando em cheque a própria Democracia.

³⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 25 out. 2012.

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 25 out. 2012.

³⁷⁰ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia, 1996. p. 287.

³⁷¹ GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia, 1996. p. 287.

É Lenio Luiz Streck quem adverte que se por um lado o Estado intervém, é acusado de ativista, se por outro lado se abstém é taxado de tímido e conservador.³⁷² E a prevenção de todo o caos está na mesma ideia: é para o Estado que deve voltar o centro das preocupações. Como refere Lenio Luiz Streck:

Ora, assumo plenamente "essa culpa", assim como a de que acredito "que a regulação do modo de produção capitalista passa necessariamente por medidas intervencionistas capazes de reduzir o enorme fosso social presente na sociedade brasileiro" (idem, p. 176). De fato, a postura que defendo aposta no papel transformador assumido pelo Estado neste momento histórico. O Estado deixa de ser ordenador (modelo liberal) e promove dor (social) para assumir a feição de transformar as estruturas sociais. Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que tem os objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a ideia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º.), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de Políticas Públicas, etc. Este é o ponto; em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para a acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para o resgate das promessas incumpridas da modernidade.

A alternativa de ser autor e réu de si mesmo põe o Estado perante a opção de ser eficiente na sua atuação, a fim de que os cidadãos possam deixar de reclamar do Estado para, "finalmente se libertar da dependência do Estado para transpor horizontes mais amplos e emancipados, livres da celeuma que circunda essa ineficiente satisfação de direitos e eterna discussão acerca de ação/omissão, estado/cidadão".³⁷³

Como também defende Lenio Luiz Streck:

D'onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a distribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança para com o Estado. *O Estado hoje, pode - e*

³⁷² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 121.

³⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 1999. p. 528.

deve - ser amigo dos Direitos Fundamentais. E esta é uma questão paradigmática.[grifo do autor]³⁷⁴

Observa ainda Lenio Luiz Streck que a judicialização da política decorrente da atuação do Judiciário para a satisfação de Direitos Fundamentais é o efeito mais censurado pela própria teoria procedimentalista. Em Habermas se encontra a crítica ao ativismo judiciário, por usurpação da atividade legislativa e por desconsiderar a necessidade das escolhas que devem ser feitas pelo Judiciário ao determinar a efetivação de direitos pelo Poder Executivo, sopesada a reserva do possível e a reserva parlamentar em matéria orçamentária.³⁷⁵ Todavia, o autor sustenta o exercício da jurisdição constitucional para a efetivação dos direitos sociais, mesmo que seja necessário desconsiderar a reserva do possível, a reserva parlamentar em matéria previdenciária e reavaliar os efeitos a serem alcançados pelo mandado de injunção.³⁷⁶

O Poder Judiciário não está apenas vinculado à CRFB/88. O seu dever é: “fazer tudo para a realização dos Direitos Fundamentais, ainda quando não exista a esse respeito nenhum direito subjectivo por parte dos cidadãos”, como recomenda Konrad Hesse.³⁷⁷ E complementa:

[...] é obrigação da jurisdição constitucional efetuar uma efetiva proteção positiva, estando os juízes e tribunais obrigados, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de Direitos Fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico. É dever dos juízes e tribunais aplicarem as leis em conformidade com os Direitos Fundamentais, além de estarem obrigados a colmatar lacunas à luz das normas de Direitos Fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível, alcançando, de forma horizontal, as normas de direito privado. Daí o oportuno alerta de Sarlet - que serve para fiquemos atentos não somente às decisões provedoras de Direitos Fundamentais, mas, também, às decisões sonegadoras de Direitos Fundamentais -, no sentido de que ainda no âmbito de uma vinculação dos juízes e tribunais aos Direitos Fundamentais, não se deverá perder de vista que os próprios

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2006. p. 124.

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2006. p. 126-127.

³⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2006. p. 127.

³⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2006. p. 134.

atos judiciais que atentem contra os Direitos Fundamentais poderão constituir objeto de controle jurisdicional.³⁷⁸

E adverte, com Robert Alexy, que tudo o que está na Constituição deve ser estar submetido ao Controle judicial, deve ser judiciável, sob pena de se perder a obrigatoriedade.³⁷⁹

A estratégia do Poder Judiciário deve estar na demonstração de que agindo o Estado no cumprimento dos seus deveres constitucionais, todo o clamor acerca da atuação Estatal preventiva no núcleo da formação das lides postas estará em boa parte resolvido.

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2006. p. 135.

³⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2006, p. 134.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escopo principal da pesquisa foi o de levantar os fundamentos das ações - ações do Estado, através das funções executiva, legislativa e judiciária - e da realização – realização da CRFB/88, dos direitos dos cidadãos, das Políticas Públicas eficazes, eficientes e assertivas, a fim de evitar e prevenir a transferência das decisões políticas para o Poder Judiciário.

Fixado o referente, delimitadas as categorias básicas e definidos os conceitos operacionais, partiu-se para a fundamentação das hipóteses, comprovando-se que o dever fundamental de respeito, proteção e promoção do poder estatal exsurge desde o preâmbulo da CRFB/88, da força normativa e do poder vinculativo de aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais, que possuem força de princípios e se irradiam por todo o ordenamento jurídico e Constitucional, promovendo a máxima efetivação desses direitos. Porém, quando isso não acontece espontaneamente, ao Poder Judiciário compete intervir, de maneira coercitiva e pedagógica, no exercício do intervencionismo estatal.

Todas as normas constitucionais são dotadas de um mínimo de eficácia. Ainda que demandem alguma complementação ou especificação por *interpositio legislatoris*, possuem caráter vinculante e inderrogável, devendo ser submetidas à aplicação do administrador, do legislador e do Judiciário, conforme a insurgência.

O constitucionalismo deve ser realizado mediante a adoção de políticas de atuação.

O cerne da obrigação estatal de realização dos Direitos Fundamentais está em todas as suas dimensões, sem detrimento nem hierarquia de uma dimensão em relação à outra. Os direitos da coletividade nunca devem sobrepor-se aos direitos individuais, mas devem sim, somar valor para otimizar o desempenho do Estado.

A CRFB/88 impõe tarefas e não está ausente da vida cotidiana dos cidadãos. É o seu exercício que lhe atribui eficácia e força normativa. Como

ordenação suprema do Estado, a CRFB/88 existe e produz a sua eficácia, independentemente de uma lei posterior que a legitime.

O Controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Legislativo e Executivo deve pautar-se na razoabilidade da interpretação e aplicação da CRFB/88, operando com cautela, no limite da proporcionalidade, para aferir se a conduta omissiva do Estado é legítima.

Constata-se que a alta litigiosidade que marca o sistema judiciário brasileiro é produzida pelo próprio Poder Público, uma vez que a conduta transgressora e omissiva é contínua e não cessa. A teoria da reserva do possível tem servido de subterfúgio para o Estado desconectar-se da pacificação social. As reivindicações aumentam e o Estado se retrai. As exigências nas áreas da saúde, educação, habitação e meio ambiente aumentam, a população evolui. É nesse momento que o Estado não deve ser omissor, sob pena de comprometer o futuro das gerações.

O Estado deve se fazer forte e intervencionista, pois a CRFB/88 confere esses direitos de maneira ampla. Porém, o Estado apresenta-se como réu de si mesmo, confundindo a sua própria essência, quando precisa sujeitar-se às suas próprias leis - pois o Direito está para o Estado assim como o Estado está para o Direito, em dependência recíproca e indissociável, que justifica e fundamenta toda a sua razão de ser e de existir.

É difícil conciliar os interesses do Estado com os interesses particulares, todavia não se tratam de interesses antagônicos. Os Direitos Fundamentais não são concessões que o Estado deve fazer aos indivíduos, mas sim um dever decorrente da soberania popular. Suas três funções estão bem definidas na CRFB/88. Suas diretrizes normativas de atuação, seus fins, programas e competências não são partes apenas de um “estatuto jurídico político” a ser observado ou não, conforme a conveniência política de seus governantes.

A estratégia da Eficiência está na harmonia das funções, exercidas por órgão independentes sim, mas que devem caminhar num mesmo sentido, o de

seguir os ditames da CRFB/88, sob a ótica do sistema de freios e contrapesos que almeja o equilíbrio no Controle recíproco das funções estatais. Se assim não for, é ao Poder Judiciário que compete o Controle, com a austeridade da sua função cogente que é a de ser o guardião dos ditames constitucionais.

Como se pretendeu demonstrar, ao Estado incumbe o dever de agir, a obrigação de tutelar os indivíduos através da satisfação dos Direitos Fundamentais constitucionais. Se o Estado é omissor, a ordem constitucional se inverte e transfere aos cidadãos o dever de demandar contra ele a sua ação. E que essa ação seja sempre coletiva, para cingir direitos individuais homogêneos, num movimento solidário de sustentabilidade processual.

O Estado deve delinear os rumos efetivos à sociedade e não apenas indicar os procedimentos por meio de leis. Que se façam as leis necessárias para completar a programaticidade constitucional, porém novos instrumentos não são imprescindíveis ao funcionamento e equacionamento do *déficit* social.

O caminho na busca de soluções perpassa obrigatoriamente pela atuação judicial, a fim de garantir a eficácia dos Direitos Fundamentais e sociais, que exigem atuação positiva do Estado. A jurisdição, assim, assume o papel de defesa da legalidade e do princípio do Estado Democrático de Direito atendendo aos anseios da sociedade em reação à crise. Conhecer quanto e quando a atuação jurisdicional deve interferir na maximização do bem-estar social, contudo, é um dos grandes desafios impostos ao Judiciário, que necessitará de muitas informações para adotar posicionamentos econômica e socialmente desejáveis, sob pena de transformar a sua função em atividade administrativa.

O Acesso à Justiça apresenta-se como ponto decisivo na administração da justiça, impondo-se a atuação assertiva do Poder Judiciário a fim de possibilitar o acesso do povo, democratizar a relação dos cidadãos com os órgãos judiciais e garantir o cumprimento das decisões judiciais para o alcance da almejada Democracia Constitucional.

O Poder Judiciário, na qualidade de guardião das promessas Constitucionais, precisa adotar uma postura ativa e pedagógica sempre que as ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo forem ineficazes para a proteção e defesa dos Direitos Fundamentais.

Na falta de Políticas Públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, o Judiciário acaba se tornando o instrumento de realização desses direitos, como ator de Políticas Públicas na transferência do núcleo das deliberações do Legislativo e do Executivo para o plano da Justiça Constitucional.

O Estado é intervencionista, voltado para os direitos dos cidadãos. Entretanto, nem sempre a intervenção do Poder Judiciário, enquanto substituto do Poder Público nos desígnios de implementação dos Direitos Fundamentais, vem a ser a salvação de todos os problemas de inércia do Estado. Pelo contrário, vulnera-se na possibilidade de promover justiça distributiva ou desestabilizar o orçamento e as finanças do Estado. Também não deve indiscriminadamente passar a intervir no âmbito das outras funções do Estado, buscando substituí-las nos atos discricionários.

O Objetivo é controlar decisões administrativas e legislativas quando forem viciadas, arbitrárias ou ilegais, desde que devidamente provocado e legitimado. Embora o Poder Judiciário não tenha sido concebido para realizar direitos sociais, econômicos e culturais, nem cumprir as atribuições especificadas para outras Funções e Poderes do Estado, não pode furtar-se de julgar o caso concreto decorrente da provocação, ainda que se depare com omissões legislativas ou lacunas de conteúdo político.

No arquétipo de Estado intervencionista sobrevém o risco do ativismo judicial, excessivo ou na medida certa, para concretizar o programa constitucional. Todavia, é a inércia do Poder Público, quando se faz inativo, que oferece o ensejo à judicialização da política. Por sua vez a judicialização também traz problemas que podem refletir em inaptidão do Judiciário para apreciar certas situações, em ativismo e em politização. Muito embora a politização da Justiça também impõe o perigo ao

princípio da igualdade, da racionalidade e da efetividade. Contudo, o Direito, em regra é política.

Os Juizados Especiais e os Juizados Especiais Federais têm contribuído, desde a sua recente implantação, para a elucidação do fenômeno da litigiosidade contida, contemplando, principalmente, as pessoas que renunciavam ao direito lesado pelo Estado, pertencentes às camadas mais carentes da sociedade e que contribuía para a desestabilidade social.

O efeito dessa judicialização na vida social solidificou a instituição democrática com a inclusão social e a defesa de pequenos interesses até então sem representação. Foi neste contexto que o Judiciário precisou se desatar de um sistema processual burocrático, para aferir aos cidadãos os direitos negligenciados pelo Estado Democrático de Direito.

Muito embora o trâmite das ações coletivas para a tutela de direitos individuais subjetivos homogêneos não ocorra da maneira célere e eficaz com que se almeja, devido à divisão das funções cognitiva e executiva, que resultam em tempo de tramitação processual elevado, por certo reflete consideravelmente em economia processual, pela diminuição no número de processos ajuizados, e pela facilidade de Acesso à Justiça por parte daqueles cidadãos menos esclarecidos na defesa do seu direito lesado.

O objetivo primeiro da opção pelo processo coletivo para defesa dos direitos individuais homogêneos em substituição aos processos individualizados é a agilização e otimização dos procedimentos, tanto para os titulares do direito quanto para o Poder Judiciário, no intuito de se alcançar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Independente de alteração legislativa, o Poder Judiciário pode imediatamente determinar que o direito reconhecido em suas sentenças seja efetivo. A participação mais ativa, direta e decisiva dos litigantes no cumprimento da decisão judicial propicia melhor assimilação quanto à necessidade de que o direito afirmado

seja respeitado, contribuindo para que assim seja, inclusive, em novos casos semelhantes.

As reformas processuais, sejam singelas ou amplas, como a alteração do CDC e do CPC, bem como a criação de institutos como a súmula vinculante, a repercussão geral e os recursos repetitivos, contribuem muito para a desburocratização, celeridade e a eficácia do processo, porém não constituem uma panacéia.

É necessário que o Poder Judiciário desenvolva estratégias para que suas decisões, mais do que afirmar o direito, sejam também pedagógicas no sentido de fazer com que os agentes que patrocina o desrespeito ao direito afirmado modifiquem seu comportamento, passando a respeitá-lo, tanto no próprio caso julgado, quanto em outros que envolvam situações semelhantes.

A concentração e dedicação à Administração da Justiça evidenciam-se indispensáveis na atualidade, principalmente diante do perfil da nova política judiciária, mais voltada para o atendimento da necessidade do jurisdicionado de obtenção de julgamento eficaz, considerado o excesso de demandas, bem como a importante intervenção do Poder Judiciário na resolução dos conflitos e na garantia dos Direitos Fundamentais consagrados na CRFB/88. Os juízes, nesse cenário, têm a responsabilidade de interpretar as normas jurídicas com fundamento na CRFB/88 e com respeito aos Direitos Fundamentais.

Pois, como refere Dworkin, é necessário que o governo demonstre o seu interesse pelos direitos dos cidadãos, porque atualmente, se há um direito importante a ser tutelado, certamente haverá impugnação, crítica e controvérsia acerca da sua satisfação ou do seu cumprimento.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *La Politique*.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**. A nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II. São Paulo: Saraiva, 1933.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. Disponível em: <<http://www.espacodoaluno.com/arquivos/4546ff68de78db36d0a1e91dac5314c7.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de Direitos Fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado** (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicao-democracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>>. Acesso em: 25 out. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial. In: **Temas de Direito Constitucional**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Instituto Brasileiro de Direito Público**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismo-e-legitimidade-democratica>>. Acesso em: 29 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Roberta. Utopia que deu certo. *In: Revista Via legal*. Brasília: Centro de Produção da Justiça Federal, Ano IV, n. XI, 2011.

Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/comunicacao-social/informativos/revista-via-legal/ViaLegal_Ed11_final_web_comcapa.pdf/view>. Acesso em: 19 nov. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BIGOLIN, Giovani. A Reserva do Possível como Limite à Eficácia dos Direitos Sociais. **Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm>. Acesso em: 07 set 2012.

BOBBIO, Norberto. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: UnB, 1999. Título original: *Teoria dell Ordinamento Giuridico*.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. Título original: *L'età dei Diritti*.

BOBBIO, Norberto. Da Democracia. Para uma certa idéia da Itália. *In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense. 2005. Título original: *Liberalismo e democrazia*.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Marcio. A Atuação do Poder Judiciário na Implementação das Políticas Públicas Ambientais. *In: SAVARIS, Antonio José; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: um Diálogo Latino-Americano*. Curitiba: Alteridade, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais – “Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Atividade Jurisdicional, Políticas Públicas e Orçamento. *In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides. Constituição e Estado Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Falta de Recurso do Estado, Direitos Fundamentais e Escolhas Democráticas. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte Anos de Constituição, é Hora de Fazê-la Valer. *In*: **20 Anos de Constitucionalismo Democrático – e agora?** Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 8.046**, de 22 de dezembro de 2010. Revoga a Lei n. 5.869, de 1973. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>>. Acesso em: 24 out. 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Diagnóstico da Estrutura e Funcionamento dos Juizados Especiais Federais. Brasília: **Série Pesquisas do CEJ**, 12, 2004. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/pesquisa12.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Resolução n. 390**, de 17 de setembro de 2004. Dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/3425>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de abr. 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 20**, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45**, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5., 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 16 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 7.244**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a criação e o funcionamento dos Juizados Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Lei n. 10.259**, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Lei n. 11.111**, de 05 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5. da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11111.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 11.418**, de 19 de dezembro de 2006. Acrescenta à Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3. do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acesso em 09 out. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.153**, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2009/L12153.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5., no inciso II do §3. do art. 37 e no §2. do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em: 14 nov. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.665**, de 13 de junho de 2012. Dispõe sobre a criação de estrutura permanente para as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais e cria os respectivos cargos de Juízes Federais; e revoga dispositivos da Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12665.htm>. Acesso em: 24 out. 2012.

BRASIL. **Medida Provisória n. 2.180-35**, de 24 de agosto de 2001. Acresce e altera dispositivos das Leis n. 8.437, de 30 de junho de 1992, 9.028, de 12 de abril de

1995, 9.494, de 10 de setembro de 1997, 7.347, de 24 de julho de 1985, 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.704, de 17 de novembro de 1998, do Decreto-Lei n. 5.452, de 1. de maio de 1943, das Leis n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e 4.348, de 26 de junho de 1964, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2180-35.htm>. Acesso em: 03 nov. 2012.

BRASIL. Senado Federal. **Ato do Presidente n. 308**, de 02 dez. 2010. Institui Comissão de Juristas destinada a oferecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/atos.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa do IPEA marca um recomeço para os JEF's, afirma ministro Noronha**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106990>. Acesso em: 24 set. 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1142630**. INSS, Ministério Público Federal e Associação dos Aposentados e Pensionistas do Brasil. Relatora: Ministra Laurita Vaz. 07 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1142630&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=6>>. Acesso em: 07 jan. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.213**. Direito administrativo e direito público. Intervenção do Estado na propriedade. Desapropriação por interesse social para reforma agrária. Partido dos Trabalhadores – PT e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. 03 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2213%2ENUMER%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2213%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 191-0**. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Servidor Público Civil. Aposentadoria especial. Fernando Henrique Almeida Valadares, Presidente da República, Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Governador do Estado de Goiás, Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás, Prefeito do Município de Goiânia, Presidente da Câmara de Vereadores de Goiânia. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Distrito Federal. 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 196184**. Direito tributário, impostos, IPTU, imposto predial e territorial urbano. Município de Manaus e Partido Socialista Brasileiro - PSB. Relatora: Ministra Ellen Gracie Northfleet. Amazonas. 27 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1627370>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF Julga Inconstitucional Atuação da OAB no Lugar da Defensoria Pública em SC.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202643>> Acesso em: 14 mar. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução n. 10**, de 01 mar. 2004. Deu continuidade ao projeto Conciliação no Tribunal Federal, instituído pela Resolução n. 37, de 26 set. 2003. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?id=sistcon_historico>. Acesso em: 10 mar. 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

CADEMARTORI, Sergio. Controle da Administração e legitimação judicial garantista. *In*: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de et al. **Constituição e Estado Social.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CANOTILHO, Gomes J.J. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra/PT: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH Bryant. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective.*

CARNEIRO, João Geraldo Piquet. Análise da Estruturação e do Funcionamento do Juizados de Pequenas Causas da Cidade de Nova Iorque. *In*: WATANABE, Kazuo. **Juizados Especial de Pequenas Causas:** Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recursos dos Juizados Especiais.** São Paulo: Dialética, 2007.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:** elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, v. 737.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas Funções do Estado Moderno. *In*: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COSTA, Flávio Dino de Castro. *In*: TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Flavio Dino de Castro. Superar Limites no Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Sugestões para uma reforma cultural no Judiciário. **Revista da Justiça Federal do Amazonas**. Amazonas: Circulus, v.2, n. 4, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRUZ, Paulo Marcio. GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19.

DEPARTAMENTO DE INFORMACIÓN PÚBLICA DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaração Internacional dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.un.org/en/documents/charter/index.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

DEMARCHI, Covis. Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade. *In*: MONTE, Mário Ferreira. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 272.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Princípios e critérios no processo das pequenas causas. *In*: WATANABE, Kazuo. **Juizados Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Justice in Robes*.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Los Derechos en Serio*.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Ariel: Espanha, Barcelona, 2002.

FAGNANI, Eduardo. Seguridade Social brasileira: trajetória recente e novos desafios. *In*: VAZ, Paulo Afonso; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FAGUNDES, Seabra M. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Forense, 1979.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Garantista e Neoconstitucionalismo. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da FMP**. N. 5. Porto Alegre: FMP, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo Principlista e Constitucionalismo Garantista. *In*: STRECK, Lenio Luiz. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e (neo) Constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. El papel de la función jurisdiccional en el Estado de Derecho. *In*: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho**. México: UNAM, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: una Discusión sobre Derecho y Democracia. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. O Direito como Sistema de Garantias. *In*: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **O Novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Junior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. Título original: *Taking Rights Seriously*.

FREITAS, Vladimir Passos de. A Eficiência na Administração da Justiça: motivação dos juízes, transparência nos Tribunais. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Currículo Permanente. Administração da Justiça – Gestão e Planejamento: módulo 6**, 2007. p. 15. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_VLADIMIR_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

FREITAS, Vladimir Passos. **Direito e Administração da Justiça**. São Paulo: Juruá, 2006.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**. Justiça e Democracia. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. Título original: *Le Gardien des Promesses*.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. O Guardião das Promessas. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001. Título original: *Le Gardien des Promesses*.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos Juizados de pequenas causas. *In*: WATANABE, Kazuo. **Juizados Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität und Geltung*.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** ou a Matéria, Forma e Poder do Estado Eclesiástico e Civil. Tradução de Rosina D'Angina. 2. ed. São Paulo: Ícone, 2003. Título original: *Leviathan, or Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos Serviços Públicos Básicos na Base dos Direitos Fundamentais Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos. Conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELLO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÉXICO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

MONTE, Mário Ferreira. Tutela Jurídica dos Direitos Humanos: Uma Visão Transconstitucional. *In*: MONTE, Mário Ferreira. BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Direitos Humanos e sua Efetivação na Era da Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 272.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação civil pública e a língua portuguesa. *In*: MILARÉ, Edis (coord). **Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos**. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o Acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. GOUVÊA, José Roberto F. **Código Civil e Legislação em vigor**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *In*: **Revista de Processo**, vol. 199, DRT 2011/2442, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A Atuação do Juiz no Estado Democrático de Direito: Em Busca do Ponto de Equilíbrio. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade Frente à Reserva do Possível**. São Paulo: Juruá, 2008.

OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**. Tradução Fabio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 1999. Título original: *The Logic of the Collective Action*.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. São José; Conceito, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armédio Amado, 1997. Título original: *Qu'est-ce que le Tiers État*.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

REVISTA VIA LEGAL. **Novo modelo de perícia na JFRS**. Brasília: Centro de Produção de Justiça Federal, ano V, n. XIII, p. 47, 2012.
Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/comunicacao-social/informativos/revista-via-legal/ViaLegal_Ed13_web.pdf/view>. Acesso em: 19 nov. 2012

RODRIGUES, Horário Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica. 1994.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. Título original: *On Law and Justice*.

SANTA CATARINA. **Lei Complementar n. 575**, de 02 de agosto de 2012. Cria a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, dispõe sobre sua organização e funcionamento e estabelece outras providências. Disponível em: <http://200.192.66.20/alesc/docs/2012/575_2012_lei_complementar.doc>. Acesso em: 19 nov. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**, São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado, 2011.

SAVARIS, José Antonio. **Uma Teoria da Decisão Judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2011.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do Sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Antonio Fernando Schenkel do Amaral. **Juizados Especiais Federais Cíveis: competência e conciliação**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SLAIBI, Nagib Filho. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam. **Garantismo, Hermenêutica e (neo) Constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O Papel da Constituição Dirigente na Batalha contra Decisões e Arbitrariedades Interpretativas. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Estudos Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial, os Direitos Sociais e os Desafios de Natureza Orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais, Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VELLOSO, Carlos. Direito Fundamental à Igualdade na Jurisprudência do STF. *In*: **Direito Constitucional** – Currículo Permanente – Módulo V. Florianópolis: Justiça Federal, EMAGIS, 28 set. 2012.

VHOSS, Moser. **Dano Moral e Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VICTOR, Rodrigo de Albuquerque. **Judicialização de Políticas Públicas para a educação infantil**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Kazuo (coord). **Juizados Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244, de 07 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.