

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP**  
**CAMPUS DE JACAREZINHO – CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS**  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**João Paulo Ângelo Vasconcelos**

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DEMOCRACIA:  
CRÍTICA E CONSENSO**

JACAREZINHO/PR

2014

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP**  
CAMPUS DE JACAREZINHO – CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
**PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**João Paulo Ângelo Vasconcelos**

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DEMOCRACIA:  
CRÍTICA E CONSENSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), na Linha de Pesquisa “Estado e Responsabilidade: Questões Críticas”, sob a orientação do Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

JACAREZINHO/PR

2014

V331j Vasconcelos, João Paulo Ângelo.  
Judicialização das políticas públicas e democracia: crítica e consenso / João Paulo Ângelo Vasconcelos. – Jacarezinho, 2014.  
188 f.

Orientador: Edinilson Donisete Machado.  
Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2014.  
Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional – Teses. 2. Políticas públicas – Teses. 3. Poder judiciário e questões políticas – Teses. 4. Controle da constitucionalidade – Teses. 5. Revisão judicial de atos administrativos – Teses. I. Machado, Edinilson Donisete. II. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III. Título.

CDU 342

**João Paulo Ângelo Vasconcelos**

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DEMOCRACIA:  
CRÍTICA E CONSENSO**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Presidente: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado – UENP**

---

**Membro: Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFMS**

---

**Membro: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP**

---

**Coordenador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP**

Jacarezinho, 26 de novembro de 2014.

**Dedico este trabalho:**

Aos meus filhos João Pedro e Paulo Henrique. Que sejam construtores de uma sociedade igual, livre, democrática e justa, e nela vivam a verdadeira felicidade.

À minha esposa Luciane, cúmplice e companheira, pessoa especial que *fez a diferença*.

Aos meus pais, João e Zaira, cuja educação, simples e reta, contribuiu para essa conquista.

## **Agradeço:**

A Deus sua proteção, e por ter colocado em minha vida pessoas sem as quais não conquistaria essa titulação.

A minha esposa Luciane, que foi mãe e pai nesses últimos dois anos, a compreensão e a participação.

As minhas irmãs, Ana Cândida e Juliana, que compreenderam minha ausência.

A Luís Roberto Gomes, Norma Padilha e Regina Macedo, a amizade incondicional e as contribuições a esse trabalho.

Aos amigos Florestan Rodrigo do Prado, Sérgio Mastellini, Tito Seabra e Rachel Chacur, o incentivo e a cooperação.

A Gilberto Notário Liger e Marcos Striquer Soares, a confiança depositada.

Aos Professores e aos Coordenadores do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da UNOESTE, Sérgio Ronchi e José Carlos Dalben, ao Tadeu e aos meus colegas da Advocacia-Geral da União, Regis Belo da Silva, Rosane Camargo Borges e Vitor Carlos de Oliveira, a compreensão e o apoio.

A Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, que interioriza o acesso gratuito à pós-graduação de alta qualidade.

A todos os Professores do Mestrado, o compartilhamento de seus conhecimentos, o auxílio na construção deste trabalho e a contribuição à minha evolução, em especial ao Prof. Dr. Gilberto Giacoia, alma do Mestrado de Jacarezinho, a Prof. Dra. Hildegard Gistri, uma referência, e ao Prof. Dr. Gelson Amaro de Souza a amizade.

Aos Professores Doutores Renato Bernardi, Jaime Domingues Brito e Marcos César Botelho, a inestimável orientação nas bancas de seminário de pesquisa e de qualificação, gratidão que também dispenso ao Professor Doutor Fernando de Brito Alves, educador na mais nobre acepção da palavra.

Ao Professor Doutor Edinilson Donisete Machado, amigo que reencontrei na UENP e aceitou a árdua missão de orientar-me, a confiança depositada, a liberdade garantida e o conhecimento doado.

A Maria Natalina da Costa, sempre solícita, sinônimo de compreensão, respeito e serviço público eficiente; a essência do Mestrado de Jacarezinho.

Aos mestrandos da IX Turma, Alexandre Tranin, Alexandre Van Der Brooke, Aline, Fábio, Filipe, Flávia, Gabriela, Gisele, Homell, Letícia, Lucyellen, Marcelo, Mariana, Natália, Paulo, Rachel, Ricardo, Sandra e Taís, a convivência enriquecedora.

Enfim, a todos que torceram e oraram por mim.

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

VASCONCELOS, João Paulo Ângelo. *Judicialização das políticas públicas e democracia: crítica e consenso*. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2014.

## RESUMO

O controle judicial das políticas públicas é criticado porque exercido sem legitimidade democrática e, desprovido de limites e parâmetros, por incorrer na prática de ativismo judicial. Essa dissertação, a partir de estudo crítico e reflexivo, tem por objetivos investigar a questionada ilegitimidade democrática da judicialização das políticas públicas e demonstrar a possibilidade de se estabelecer o consenso na relação tensa entre a tutela dos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional e o princípio democrático. É certo que a tomada de decisões sobre políticas públicas cumpre aos Poderes Legislativo e Executivo, que agem por delegação do povo. Porém, a pluralidade e a complexidade da sociedade brasileira, somadas à realidade geográfica, social, econômica e cultural, reclamam, em aparente paradoxo, a abertura à participação popular e a democracia representativa. Também se conclui que a crise de representatividade que acomete “os eleitos” e a baixa efetividade da Constituição social, são fatores que legitimam democraticamente o Judiciário ao controle das políticas públicas, o qual, todavia, deve dar-se subsidiariamente e sujeitando-se a certos parâmetros necessários à contenção da discricionariedade judicial própria do pós-positivismo. Esse controle judicial fica vinculado às demais pautas constitucionais, dentre as quais, cumulativamente, a reserva do financeiramente possível, o mínimo existencial e a igualdade da distribuição de recursos, sendo vedado ao Judiciário intervir em políticas públicas eficientes, universais e integrais. Do estudo crítico também se infere a possibilidade de “desjudicialização” das escolhas políticas, a partir da intensificação da atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública, e a existência de meios que podem conferir democratização ao controle judicial das políticas públicas, como a coletivização das ações individuais e a otimização da utilização das audiências públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; direitos sociais; políticas públicas; controle judicial; democracia; consenso.

VASCONCELOS, João Paulo Ângelo. Judicialization delle politiche pubbliche e democrazia: revisione e consenso. Tesi presentato al programma del Master in Scienze Giuridiche di Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP: Jacarezinho, 2014.

## RIASSUNTO

Il controllo giurisdizionale della politica pubblica è criticata perché esercitato senza legittimità democratica e priva di confini e parametri, sostenendo la pratica di attivismo giudiziario. Questa tesi, dallo studio critico e riflessivo si propone di indagare l'illegittimità democratica discussione della judicialization di ordine pubblico e dimostrare la capacità di stabilire un consenso sul rapporto teso tra la tutela dei diritti sociali fondamentali natura prestacional e il principio democrático. È certo che il processo decisionale in materia di politica pubblica soddisfi i rami legislativo ed esecutivo, che agiscono per delega dal popolo. Tuttavia, la pluralità e la complessità della società brasiliana, insieme con la realtà geografica, sociale, economico e culturale, si lamentano, in apparente paradosso, apertura alla partecipazione del pubblico e democrazia rappresentativa. Inoltre conclude che la crisi della rappresentazione che colpisce "gli eletti" e la scarsa efficacia della costituzione sociale, sono fattori che legittimano democraticamente il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche, che, tuttavia, dovrebbe dare l'alternativa e soggetti a alcuni parametri necessari per il contenimento propria discrezionalità giudiziaria post-positivismo. Questo controllo giudiziale è collegata ad altre linee guida costituzionali, tra i quali, cumulativamente, la prenotazione di finanziariamente possibile, il minimo esistenziale e la equa distribuzione delle risorse, è vietato impegnarsi in politiche pubbliche efficienti, universale e globale. Studio critico deduce anche la possibilità di "prendere le scelte politiche della Magistratura", dalla intensificazione delle azioni extragiudiziali di Pubblici Ministeri e Advocacy pubblica, e l'esistenza di mezzi di democratizzazione che può conferire il controllo giurisdizionale delle politiche pubbliche, come collettivizzazione dei singoli titoli e di ottimizzare l'utilizzo delle audizioni pubbliche.

**PAROLE CHIAVE:** Costituzione; diritti sociali; ordine pubblico; controllo giurisdizionale; democrazia; consenso.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES</b> .	<b>14</b>
1.1 Democracia .....	14
1.1.1 Aspectos gerais e crise do modelo representativo .....	15
1.1.2 Democracia deliberativa, substancialismo e procedimentalismo .....	27
1.1.3 Liberdade e igualdade .....	39
1.2 Constitucionalismo.....	44
1.2.1 Força normativa da Constituição e constitucionalização do direito .....	48
1.2.2 A eficácia jurídica das normas constitucionais definidoras de direitos sociais.....	55
1.3 Separação de poderes .....	61
1.3.1 Da separação de poderes a divisão de funções.....	62
1.3.2 Função jurisdicional no Estado contemporâneo.....	69
<b>2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>72</b>
2.1 Constitucionalização, políticas públicas e (in)efetividade .....	74
2.2 Pós-positivismo, interpretação e aplicação do direito constitucional .....	78
2.3 Ativismo judicial .....	95
<b>3 CONCREÇÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS SUBSTANCIAIS E PROCEDIMENTAIS</b> .....	<b>100</b>
3.1 Políticas Públicas .....	100
3.1.1 Conceito .....	101
3.1.2 Processualidade, participação e planejamento .....	106
3.2 Judicialização das políticas públicas: crítica e consenso.....	117
3.2.1 Controle judicial (legitimamente democrático) das políticas públicas .....	122
3.2.2 Discricionariedade judicial .....	134
3.2.3 Universalidade, igualdade e macrojustiça .....	141
3.2.4 Reserva do financeiramente possível e mínimo existencial .....	145
3.3 <i>Desjudicialização</i> e democratização do controle judicial das políticas públicas.....	158
3.3.1 Atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública .....	159
3.3.2 Coletivização da ação individual.....	165
3.3.3 Audiência Pública .....	167
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>171</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>177</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>188</b>

## INTRODUÇÃO

*A judicialização das políticas públicas*, tema deste trabalho, está na ordem do dia da ciência jurídica e da aplicabilidade do Direito público, especialmente quando em discussão a responsabilização do Estado à prestação de direitos sociais. A falta de legitimidade democrática do Judiciário para formular programas de ações realizáveis no âmbito da Administração Pública, sua postura ativista e os limites da jurisdição constitucional, aqui tratada numa acepção ampla, são questionamentos formulados com frequência.

Num Estado que se definiu democrático e se fundamenta no pluralismo, e cuja Constituição estabelece a participação popular, a decisão acerca das chamadas políticas públicas cabe aos escolhidos pelo povo e a este. Porém, considerando-se a realidade brasileira, são pertinentes algumas questões. Estão presentes as condições necessárias para confiar as escolhas políticas ao povo, diretamente, aos seus representantes, exclusivamente, ou ao modelo procedimental-deliberativo? Estão presentes as pré-condições minimamente necessárias à deliberação pública ou à sua aceitação? Confiada ao Judiciário a escolha política, ter-se-á por desatendido o princípio democrático? Quando se pode ter por democraticamente legítima a deliberação judicial em termos de políticas públicas? Há limites e parâmetros a essa atuação da jurisdição? Atende à igualdade a intervenção decretada em ações individuais? Há instrumentos alternativos à via da deliberação judicial acerca de políticas públicas, ou mesmo para a ela conferir qualidade democrática e assegurar a distribuição igualitária de recursos?

Sem a mínima pretensão de esgotamento da discussão sobre o tema, as respostas a essas perguntas serão apresentadas ao longo deste trabalho e sintetizadas na conclusão.

Para alcançar tal desiderato, revisitar-se-ão alguns aspectos da democracia, notadamente a crise do modelo representativo, suas vicissitudes e sua indispensabilidade, bem como as vertentes procedimental e substancial do modelo deliberativo, que se ocupam da justificação da legitimidade (democrática) das decisões públicas, ou, por assim dizer, se - e de que modo - essas atendem às expectativas normativas da complexa sociedade contemporânea.

Conquanto não seja imprescindível investigá-las amiúde, refletir sobre essas teorias e compreendê-las torna-se importante para explicar a legitimação, ou não, da

expansão da jurisdição constitucional em direção às políticas públicas. A inadequação da orientação doutrinária estrangeira nesse ponto força o surgimento de teses jusfilosóficas coerentes com a realidade de países de modernidade tardia como o Brasil, peculiar em suas características culturais, socioeconômicas e geográficas.

Ver-se-á que as teorias democráticas analisadas reclamam a coexistência de certas condições ideais para a prática da democracia, as pré-condições necessárias à participação ou deliberação, havendo, ainda, aqueles que sustentam que a essas deve preceder a realização de direitos sociais.

O enfrentamento do tema também exigirá perquirir acerca do papel da Constituição e do Estado brasileiro - social e democrático de direito - na contemporaneidade (é por este prisma que se analisa o constitucionalismo), e do significado do princípio da separação dos poderes clausulado na Carta de 1988, mais especificamente no que concerne às escolhas ou decisões estatais e ao exercício da função jurisdicional.

Se democracia pressupõe liberdade, que, por sua vez, se verifica tão somente num ambiente de razoável igualdade (também econômica), a prática democrática requer a implementação de ações estatais executadas direta ou indiretamente, as quais devem resultar de um planejamento que busque atender a todos (universalização) num mesmo nível de integralidade. Impõe-se estudar as políticas públicas enquanto mecanismos de definição dos meios e instrumentos de concretização dos direitos sociais, a qual, todavia, está sujeita a certos limites. E o financeiro parece ser um deles.

Completando o conjunto de institutos pertinentes à investigação, refletir-se-á sobre a expansão da jurisdição constitucional e seu reflexo em países como o Brasil, este marcado pela inefetividade dos direitos sociais e com baixa constitucionalização, a despeito do fomento ao controle difuso de constitucionalidade.

Indispensável, ainda, estudar-se a interpretação constitucional segundo o modelo pós-positivista. Se a completude da norma jurídica se obtém na concreção, com sua efetiva aplicação, autoriza-se ao intérprete judicial o exercício de função legiferante - um *plus* em relação à condição de legislador negativo, à qual esse intérprete estava reduzido no passado do modelo liberal, positivista-legalista.

Atuação proativa que carece de limite e cuja falta de contenção transmuda-se para ativismo judicial.

A natureza do estudo ora apresentado exige reflexão crítica a respeito da prática democrática, da teoria da Constituição, do exercício da jurisdição no Estado contemporâneo, das políticas públicas e de sua justicialização.

Fez-se necessário recorrer à pesquisa teórico-prática e qualitativa, unindo bibliografia apropriada e referencial como fonte principal de informações, especialmente no que diz respeito a Filosofia Jurídica e as Teorias do Estado e da Constituição, e à utilização dos métodos dedutivo e dialético.

Desenvolve-se o trabalho da seguinte forma:

Nas duas primeiras seções estabelecem-se as bases teóricas fundamentais ao desenvolvimento da terceira e às conclusões.

Versando sobre democracia, constitucionalismo e separação de poderes, na primeira seção analisar-se-á a democracia em alguns de seus aspectos, identificando-se a existência, ou não, de tensão entre soberania popular e direitos fundamentais. Discorrer-se-á acerca da democracia deliberativa nas vertentes procedimental e substancial, definir-se-á o papel do Estado brasileiro e da Constituição e, por fim, empreender-se-á estudo sobre o princípio da separação de poderes, compreendendo a evolução histórica, sua concepção hodierna e o papel da função jurisdicional no Estado contemporâneo segundo a matriz pós-positivista.

Na segunda seção serão expostas as principais causas da expansão da jurisdição constitucional e do recrudescimento da judicialização das políticas públicas, e abordar-se-á a figura do ativismo judicial num plano conceitual. Reportar-se-á à inefetividade da constitucionalização simbólica e à interpretação-aplicação do direito constitucional.

Empreendida essa análise reflexiva, contextualizada na realidade brasileira (o mundo - real - da vida), na terceira e última seção promover-se-á um estudo sobre as políticas públicas, programas e instrumentos necessários à efetivação de direitos sociais, dando-se ênfase às suas características, notadamente à processualidade e ao planejamento. Na mesma seção, responder-se-á à questão em torno da legitimidade democrática da judicialização das políticas públicas frente às demais pautas constitucionais. Também será abordada a relação entre a deliberação judicial sobre política pública e a (o atendimento ou não da) igualdade de consideração e

oportunidade nos termos de uma visão macroscópica, pontuando-se se ela (decisão) baseia-se, não raras vezes, na discricionariedade.

O enfrentamento do tema não seria completo se não se estudasse a cláusula da reserva do financeiramente possível desenhada a partir do mínimo existencial democraticamente considerado, enquanto parâmetro para o controle judicial.

Pretendendo-se um trabalho compatível com seu tempo e contributivo ao debate e à solução dos problemas identificados, apresentar-se-ão, por fim, algumas alternativas que objetivam “desjudicializar” as políticas públicas (assim entendida não a impossibilidade de judicializá-las, e sim a retirada da decisão política do âmbito Judiciário, permitindo que ela resulte, extrajudicialmente, da discussão-deliberação coletiva e considere a universalização, a eficiência e os limites razoáveis do Estado) ou democratizar o controle judicial, quando (subsidiariamente) necessário.

## **1 DEMOCRACIA, CONSTITUCIONALISMO E SEPARAÇÃO DE PODERES**

Nesta primeira seção ou capítulo são estudados os institutos fundamentais para o desenvolvimento adequado do tema, explorados nas diversas discussões em torno da legitimação democrática do Poder Judiciário, especialmente quando a decisão é fundada em norma constitucional e visa à implantação de política pública ainda não deliberada no âmbito dos Poderes<sup>1</sup> competentes, Legislativo e Executivo, ou à sua ampliação, se já estabelecida.

A questão democrática liga-se à definição do papel da Constituição - e do Estado -, abordagem que se faz a partir da análise da evolução do constitucionalismo até a contemporaneidade, especificamente do constitucionalismo brasileiro.

Inerente ao Estado social, a concretização dos direitos prestacionais se dá mediante a implementação das chamadas políticas públicas, subtema importante para a solução do questionamento relativo à legitimidade democrática que cerca o âmbito da tomada de decisão judicial definidora de tais ações ou de programas estatais, especialmente quando traçados por normas constitucionais programáticas, na sua maioria de eficácia limitada e, em tese, inaplicáveis de pronto.

Soberania popular e respeito aos direitos fundamentais coabitam o mesmo Estado – Social e Democrático de Direito. O reconhecimento de certa tensão entre democracia e constitucionalismo é inevitável, por existir o risco de o poder da maioria vulnerar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, por um lado, e a possibilidade de asfixia da vontade popular com a cristalização de determinados princípios jurídicos, por outro (BINENBOJM, 2004, p. 47-48).

### **1.1 Democracia**

Democracia encerra um processo histórico e, portanto, inacabado. Daí que discorrer a seu respeito não obriga ou pressupõe a formação de um conceito. Sem

---

<sup>1</sup> “Poder” é expressão que pode ser entendida segundo três acepções: poder enquanto revelação da soberania (artigo 1º da Constituição Federal), poder enquanto órgão do Estado (art. 2º da mesma Carta) e poder enquanto função (artigos 44, 76 e 92 da Carta de 88) (TEMER, 2001, p. 118). Neste trabalho utilizar-se-á a palavra ora para designar órgão, quando grafada com “P” maiúsculo, ora como função, tarefa ou atividade, usando-se o “p” minúsculo.

essa preocupação, passa-se a refletir sobre suas características na contemporaneidade.

É inconteste que as escolhas que buscam resolver os problemas que permeiam o contexto social complexo e plural encerram uma tarefa das mais difíceis, principalmente em países periféricos, subdesenvolvidos e com dimensão geográfica continental como o Brasil. A tomada de decisão deve seguir o programa desenhado na Constituição, as normas que exigem do Estado a implementação de ações e programas.

A disparidade entre “dever ser” (a promessa, o programa) e “ser” (a realidade), provoca a discussão em torno da deliberação a respeito da implementação, execução e correção dessas políticas públicas; mais especificamente no que concerne à competência para tanto. A quem cabe a escolha dessas políticas públicas num Estado que se definiu democrático e que se fundamenta no pluralismo?

Uma resposta satisfatoriamente adequada exige a análise de alguns aspectos da prática da democracia.

### **1.1.1 Aspectos gerais e crise do modelo representativo**

São muitas as críticas ao sistema representativo, as quais, obviamente, devem ser dirigidas àqueles que dão vida à democracia representativa. Nesta subseção serão expostas algumas vicissitudes desse modelo, ainda atual, em vigor e necessário, ou, parafraseando Carlos Santiago Nino, um *mal necessário* (NINO, 1997, p. 235).

A deliberação por meio de representantes do povo soberano remonta à origem da democracia, surgida na Grécia, entre os séculos VI e IV a.C., quando sistemas de governo passaram a permitir a participação de um número significativo de cidadãos nas deliberações (COMPARATO, 2006, p. 636; DAHL, 2001, p. 21).

Em que pese nenhum dos “comunheiros” pudesse ser segregado do exercício do poder político, eis que a todos era assegurado o direito e cobrado o dever de participar das decisões sobre questões de interesse comum, na sociedade política organizada em torno do bem coletivo a soberania democrática ateniense não dizia respeito a toda a população; apenas a minoria dos cidadãos ativos podia votar

e exercer cargos públicos, o que, segundo estimativas concordantes, representava entre 10% e 15% dos adultos (COMPARATO, 2006, p. 636-641).

Essa exclusão compatibilizava-se com a definição de povo na democracia grega, que contemplava “o conjunto de homens livres, excluída ainda a massa dos libertos”. Se a maioria da população era composta de escravos e libertos, desprovidos de cidadania e excluídos do conceito de povo, cuidava-se de um sistema de governo em que a minoria - representante - decidia por todos (SILVA, 2009, p. 135).

Quer-se dizer que o sistema representativo não derivou da forma direta de deliberação; surgiu concomitantemente a ela.

Sem a pretensão de expor uma historicidade acerca da democracia representativa, posto não essencial para os limites deste trabalho, deve-se lembrar que um dos filósofos mais festejados do iluminismo era, em política, um conservador. As manifestações apologéticas de Emanuel Kant ao princípio da vontade geral como titular do poder legiferante conviviam com sua concepção restritiva sobre cidadania. Para o filósofo prussiano, a vontade coletiva compreendia a de todos os cidadãos, porém, assim considerados apenas os que possuíam alguns atributos, dentre os quais a independência econômica, o que revelava uma discriminação: os trabalhadores assalariados, porque dependiam de seus patrões, e as mulheres careciam de personalidade civil e não eram considerados cidadãos, isto é, não exerciam direitos políticos (BOBBIO, 1997, p. 143-144).

Nessa quadra, Fábio Konder Comparato traz informação importante a respeito da democracia estadunidense, ao relatar que a visão política comum dos “Pais Fundadores dos Estados Unidos”, à exceção de Thomas Jefferson, era de desconfiança ou desprezo pelo povo. Por isso rejeitada a ideia de soberania popular e adotado o “esquema de representação” na Constituição americana, conforme a justificativa de James Madison, no ensaio nº 10 de “O Federalista” (COMPARATO, 2006, p. 644-645). Para Madison, a representação depura e alarga o espírito público; os representantes escolhidos formam um corpo cujos atributos – sensatez e patriotismo – permitem-lhes apurar o verdadeiro interesse da pátria, possibilitando que a voz do povo por eles expressada esteja mais de acordo com o bem público do que se fosse expressa pelo próprio povo reunido com esse objetivo (PIÇARRA, 1989, p. 163-164).

Ressalvadas as necessidades históricas que de certa forma “justificaram” a limitação da participação política do (povo) soberano, é inescusável que esse sistema representativo, sob uma aparência democrática, promoveu a “contenção do povo dentro dos limites políticos”, impedindo a realização da soberania popular e também servindo à consolidação do sistema oligárquico (COMPARATO, 2006, p. 644).

O sistema representativo é considerado elitista, e o elitismo é desconfiado do povo, que reputa não educado para a democracia e incompetente por não ter um nível de cultura, de amadurecimento social e de desenvolvimento econômico. Esse caráter parasitário da democracia se mantém na contemporaneidade. Suas causas são apontadas pela doutrina: - a complexidade dos problemas sociais e econômicos da atualidade, cuja resolução só poderia estar a cargo de governantes profissionais (o elitismo é um corolário necessário da complexidade administrativa e a exigência da eficiência estatal obter-se-ia com a racionalidade dos atores sociais, a burocracia especializada); e - o desinteresse generalizado dos cidadãos pela política, o que leva às elites o poder de decidir. Haveria uma relação como a de mercado: as elites produzem os bens políticos e os cidadãos são os consumidores (SOUZA NETO, 2006, p. 74-76).

Reforçando essas compreensões sobre o elitismo, Kildare Carvalho menciona que a visão elitista (schumpeteriana) considera que o papel do povo, na democracia, é de mero seletor de governantes; isto é, a participação do cidadão se resumiria à escolha eleitoral entre candidatos preestabelecidos, rejeitando ou aceitando o “patrão” político. No elitismo, os partidos políticos são máquinas para ganhar o poder, e existem em função da incapacidade de auto-organização dos cidadãos (CARVALHO, 2008, p. 201).

Considerados, no século XIX, instrumentos eficazes da opinião pública e por isso dotados de “natural representação política”, os partidos políticos “são acusados de se ter convertido em meros instrumentos para a conquista do poder” e, assim, tiram a capacidade do povo de selecionar, uma vez que os candidatos acabam sendo escolhidos pelos próprios partidos, o que é feito em função do grupo dominante de cada partido (DALLARI, 2001, p. 165-166).

Carlos Santiago Nino questiona a efetividade da participação democrática restrita ao processo eleitoral de escolha dos representantes, ao colocar em dúvida que um grupo de indivíduos, tendo aumentado seu poder sobre os outros, seja

capaz de representar fiel e imparcialmente os interesses dos demais. Intui que as elites instaladas no poder priorizam seus próprios interesses em detrimento dos eleitores (NINO, 1997, p. 118).

Trata-se de um defeito da democracia representativa, que, segundo Norberto Bobbio, “consiste na tendência à formação destas pequenas oligarquias que são os comitês dirigentes dos partidos [...]” (BOBBIO, 2000, p. 73).

O “mandato representativo não tem conseguido alcançar a identidade entre o povo e o seu representante”. Por conta da divisão do eleitorado, do pluralismo político, dos grupos e forças de pressão, a vontade geral restou fragmentada, transformando o sistema representativo e o modo de atuação do Parlamento, não mais o órgão de representação de todo o povo ou de toda a nação, mas que se presta a interesses parciais, na medida em que à autonomia dos parlamentares vinculam-se os setores que influíram na sua eleição (CARVALHO, 2008, p. 208-209).

Acrescente-se a esse cenário de maltrato da democracia, o *modus operandi* das negociações entre Executivo e Legislativo para a edição de leis necessárias à formulação de políticas. Analisando as condições de governabilidade no Brasil, Antônio Segato e Leandro Abate apontam a dificuldade de ação do Executivo quando não possui uma sólida base de apoio parlamentar, configurando uma crise do sistema presidencialista brasileiro que teria sido gerada “pela ocorrência do chamado *Presidencialismo de Coalizão*.” Segundo os autores, esse modelo originou “uma ‘parlamentarização’ do sistema presidencial nacional, uma vez que se tem demonstrado uma grande influência do Poder Legislativo na gerência do Estado” (SEGATO; ABATE, 2009, p. 164-165).

O efeito dessa necessidade de busca por apoio parlamentar - a coalização - é a distribuição de cargos da Administração e a “concessão” de emendas de orçamento da União pelas quais são passados recursos às entidades que os parlamentares indicam. Para além de representar um desvirtuamento do princípio da separação de poderes, essa prática retira a legitimidade democrático-representativa de ambos Poderes, cuja imagem é das piores ante os cidadãos. Não apenas porque a “negociata” em si é prejudicial ao interesse da nação, mas porque antes dela já se manifestou friamente a *infidelidade partidária* - ato de desrespeito às diretrizes do partido ou de abandono deste -, a quebra da promessa e da ideologia que levaram o candidato ao posto de representante de uma parcela do povo, tudo demonstrando a

fragilidade e a baixa credibilidade dos partidos políticos perante a sociedade brasileira (SEGATTO; ABATE, 2009, p. 165-166).

Perde a soberania popular - o valor democrático - e quedam desprestigiados em termos de legitimidade democrática os Poderes Executivo e Legislativo, empurrando ao Judiciário a correção e até mesmo a deliberação sobre políticas públicas.

Ainda sobre a crise da democracia, é importante citar a análise de Norberto Bobbio, que se refere às promessas (por ela) não cumpridas “por causa de obstáculos que não estavam previstos ou que surgiram em decorrência das transformações da sociedade civil”. Destaca três deles: - o aumento dos problemas sociais e políticos que requerem competências técnicas e exigem especialistas, decorrência da passagem da sociedade de uma economia familiar para uma economia de mercado, e desta para uma economia regulada e planificada, conduzindo à tecnocracia; - o processo de desmantelamento do Estado de serviços, que esconde o propósito de reduzir a limites bem circunscritos o poder democrático; e - a ingovernabilidade da democracia causada pela emancipação da sociedade civil e sua inesgotável demanda por prestações estatais (BOBBIO, 2000, p. 48).

Diz o autor que a emancipação da sociedade civil a transformou numa fonte inesgotável de demandas dirigidas ao governo, que, por sua vez, está obrigado a dar soluções adequadas. Entretanto, como a quantidade e a rapidez destas demandas não permite respostas prontas e adequadas, isso gera uma “sobrecarga” e a necessidade de o sistema político fazer escolhas drásticas que acabam excluindo outras, rejeição que faz surgir um descontentamento. O jurista italiano compara os procedimentos decisórios dos sistemas democrático e autocrático: o primeiro é complexo e lento, enquanto que o segundo, por controlar “a demanda por ter sufocado a autonomia da sociedade civil é mais rápido na resposta por não ter que observar os complexos processos decisórios próprios de um sistema parlamentar.” E arremata: “a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil; a autocracia está em condições de tornar a demanda mais difícil e dispõe de maior facilidade para dar respostas” (BOBBIO, 2000, p. 49).

Também argumentando acerca da transformação da sociedade como causa da crise do Estado, Paulo Bonavides atribui à *politização da função social do Estado* o agravamento da dependência do indivíduo ou a perda da autonomia - perda do espaço de sua existência autônoma. Descreve que o homem de nossos dias dispõe

de um espaço existencial mínimo, é cercado de compromissos materiais assumidos e dos quais se torna refém, e por isso move-se com insegurança num círculo de interesses que acentuam sua dependência do Estado, dependência essa que uma vez explorada transforma o indivíduo em instrumento dos fins estatais, configurando o Estado social do totalitarismo. O autor afirma que esse cenário dá-se também com a democracia no século XX, cuja crise, “e este é o caso do Brasil”, tem por causa a *despolitização* e o desinteresse crescente do eleitor no Estado social (BONAVIDES, 2007, p. 200-202). É o que Norberto Bobbio chama de *apatia política*, fenômeno que frequentemente chega a envolver a metade das pessoas que tem direito ao voto, as quais não estão orientadas nem para os *output* do sistema (benefícios que o eleitor espera extrair do sistema político) e nem para os *input*. “Estão simplesmente desinteressados daquilo que acontece no ‘palácio’” (BONAVIDES, 2000, p. 44-45).

A despeito de certa identidade entre as democracias representativas ateniense, estadunidense oitocentista e a pós-moderna ou contemporânea, há que se distinguir os contextos socioeconômicos díspares e debitar a *crise de representatividade* política atual não somente à incapacidade do Estado de cumprir com suas tarefas - perpetuando a exclusão (social e política), a instabilidade social, a insegurança jurídica - e de não debelar o grave e visceral problema da corrupção no âmbito dos Poderes públicos -, mas também à complexidade própria do pluralismo e do multiculturalismo. Trata-se de um traço característico que torna o modelo representativo paradoxal - problema e solução, um *mal necessário* -, justificando-o.

A busca da superação - ou do aperfeiçoamento - da democracia liberal (moderna ou *dos modernos*) é inerente ao Estado de Direito democrático e reclama a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não fica restrita à mera formação das instituições representativas. Daí dizer-se que o sistema representativo compõe um estágio da evolução do Estado Democrático, não traduz o seu completo desenvolvimento e ainda subsiste.

Não obstante, a implantação de uma democracia em condições ideais que permitam à sociedade participar diretamente das decisões estatais com liberdade e igualdade se apresenta, em países em desenvolvimento, como uma promessa desafiadora, que necessita superar a resistência das oligarquias políticas e econômicas e deve considerar o pluralismo próprio da realidade contemporânea *policrática*, fenômeno não previsto originariamente na democracia, que nasceu da

concepção individualista da sociedade e cuja teoria imaginara um Estado sem corpos intermediários (BOBBIO, 2000, p. 34-35 e 70).

A complexidade decorrente dessa pluralidade deve ser levada em consideração, pois se trata de um problema intrínseco às sociedades nas quais convivem “tradicionalismo e pós-modernidade, miséria e consumismo, relações produtivas pré-capitalistas e desenvolvimentos econômico-tecnológicos de ponta, analfabetismo e sofisticação intelectual” (CÁRCOVA, 1998, p. 173).

Contraposto a regimes coletivistas e monolíticos, o pluralismo quer realizar-se como princípio democrático que estabelece o liame entre a liberdade e a multiplicidade dos meios de vida, um sistema que não segrega o indivíduo, antes o insere no contexto social de problemas e soluções (SILVA, 2009, p. 143). Afinal, na sociedade hodierna uma quantidade praticamente ilimitada de possibilidades de experiência e de ação é apresentada ao observador, nela notando-se, ao mesmo tempo, “uma capacidade muito reduzida de perceber, elaborar informação e agir” (CÁRCOVA, 1998, p. 182).

Inúmeras são as demandas sociais e diferentes os padrões éticos de comportamento, o que torna difícil, senão inalcançável, chegar ao (desejado e necessário) consenso. O novo pacto social vem marcado por uma crise de valores, pois, segundo observa a jusfilosofia contemporânea, existe um vácuo ético deixado pela incapacidade das instituições e dos organismos oficiais de criar e sustentar formas de convivência que mantivessem em seu centro o valor da pessoa humana, apenas por sua condição humana, constituindo missão e desafio da filosofia, do direito e também da religião “resgatar, reabilitar e mesmo ressuscitar a ética para uma nova ordem” (GIACCOIA, 2002, p. 13).

Esse contexto desafia uma democracia verdadeiramente pluralista, o que não restou ignorado por Norberto Bobbio ao expressar que a democracia é um sistema político que pressupõe dissenso - competição ou concorrência -, o qual, organizado em certos limites, estimula a sociedade em vez de destruí-la. A ideia de dissenso é imanente às sociedades atuais, nas quais identificadas a formação de grupos das mais variadas naturezas e com os mais diversos objetivos. Assim, “grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existem mais um soberano, o povo ou a nação, mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes” (BOBBIO, 2000, p. 74 e 35).

Na mesma linha de reconhecimento do *governo por meio do debate*, porém mais enfaticamente, se manifesta o “pluralismo agonístico”, crítico radical da democracia liberal (do liberalismo político e sua neutralidade racional) que vê na contraposição, ou combatividade, um espaço público e a condição mesma da democracia. Conforme essa vertente da democracia, considerar a política como mero processo racional de negociação entre indivíduos elimina “o político” e negligencia o “papel predominante das paixões como forças impulsionadoras da conduta humana” (MOUFFE, 1999, p. 13-17 e 190).

Chantal Mouffe, cientista político belga, não esconde a realidade da inexistência de um pluralismo total e sem exclusão de pontos de vista. Porém, defende a importância do reconhecimento das formas de exclusão “pelo que são e pela violência que significam, em vez de as ocultar sob um véu de racionalidade”; e salienta que a especificidade da democracia pluralista reside no estabelecimento de um conjunto de instituições através das quais a dominação e a violência podem ser diluídas e canalizadas (MOUFFE, 1999, p.197-198 e 207).

Há uma certa convergência de entendimento a que a tomada das decisões que afetam a sociedade, deve seguir uma teoria que considere a condição da complexidade, afigurando-se incompatíveis com o ambiente democrático e plural soluções individualizadas e monolíticas, ou mesmo oligarquizadas. Agir diferentemente é desafiar a anomia, a ineficácia social das regras de comportamento.

Logo, uma *nova* democracia, pós-moderna, da contemporaneidade, dir-se-ia ordenada à realização de valores de convivência humana - igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana -, um conceito que supera o liberalismo e coloca em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade democrática (ALARCÓN, 2014, p. 181).

Cabe ao Estado - Social e Democrático de Direito - a compreensão de um “sistema jurídico [que] deve conjugar um alto grau de complexidade interna para atender às demandas de outros subsistemas sem entrar em colapso” (CÁRCOVA, 1998, p. 184). Em outras palavras, é função estatal, conforme pautado na Constituição - o novo pacto social -, criar as condições necessárias à deliberação, cujas legitimidade e aceitabilidade vinculam-se à observância da pluralidade social.

Não se nega reconhecimento à evolução do sufrágio até a universalização, mas ainda é causa de preocupação a necessidade de implementar formas de

participação democrática (ALARCÓN, 2014, p. 184-185). Isto é, o sistema jurídico e o contexto socioeconômico exigem formatos alternativos da democracia participativa - o *orçamento participativo* é um deles -, que levem à desconstrução do modelo unicamente liberal e à “rearticulação de espaços públicos que constituam uma fonte de autoridade cuja legitimidade ultrapasse até mesmo os esquemas procedimentais característicos da democracia representativa” (BOLZAN DE MORAIS, 2004, p. 196).

Nessa tentativa de identificação de um modelo adequado de democracia, não se pode deixar de fazer referência ao trabalho de Arendt Lijphart, que levantou aspectos da prática democrática em trinta e seis países - africanos, americanos, europeus e asiáticos. Referido autor distingue entre os modelos majoritário e consensual e indaga quem governará e quais os interesses que devem ser atendidos pelo governo quando houver desacordo entre o povo e houver divergências de preferências. Para o sistema majoritário prevalece a maioria do povo, sua essência, enquanto que no modelo consensual a resposta seria correspondente ao fato de prevalecer a vontade do maior número de pessoas, o que aparentemente não discorda do modelo majoritário, mas considera que essa exigência da maioria é um aspecto mínimo. Daí considerar que “a democracia consensual pode ser considerada mais democrática do que a majoritária em muitos aspectos” (LIJPHART, 2003, p. 22).

Outra diferença fundamental entre os dois modelos, diz o autor, reside em que no modelo majoritário existe uma concentração de poder nas mãos de uma pequena maioria e muitas das vezes de uma maioria simples em vez de uma maioria absoluta, ao passo que no consensual há o compartilhamento, a dispersão e a limitação do poder de inúmeras maneiras (LIJPHART, 2003, p.18).

Lijphart estabeleceu critérios para distinguir os dois modelos, consensual e majoritário, que se contrapõe ao majoritário nos seguintes aspectos: - a distribuição do Poder Executivo em amplas coalizões multipartidárias e não a concentração de Poder Executivo em gabinetes monopartidários de maioria; - relações equilibradas entre ambos os Poderes e não a dominância do Executivo; - sistema multipartidário em vez de sistema bipartidário; - governo federal e descentralizado *versus* governo unitário; Bancos Centrais independentes contra dependentes do Executivo; - Constituições rígidas (modificáveis por maiorias extraordinárias) em contraposição a Constituições flexíveis. O autor ainda destaca a diferença relativa à revisão judicial, cuja ausência é própria dos países de constituições não-escritas, nos quais a

maioria parlamentar revela-se soberana. Por outro lado, no modelo consensual, a Constituição é rígida e protegida pela revisão judicial (LIJPHART, 2003, p. 19-22).

Dos resultados encontrados, infere-se que o modelo consentâneo com aquele definido na Constituição brasileira de 88 é o *consensual*, na medida em que assegura-se a legitimidade do controle jurisdicional para a efetivação das promessas contidas na Carta política.

Dois outros aspectos, próprios da democracia e pertinentes ao tema aqui trabalhado, são analisados brevemente: a regra da maioria e o direito à informação.

É cediço que o quórum majoritário perdeu desde há muito sua capacidade de respaldar a soberania popular, mormente quando malversado no desempenho da atividade parlamentar representativa. Apesar disso e das tensões sociais contemporâneas clamando por novas formas de agregação de interesse, a *regra da maioria* é indispensável à democracia e deve coadjuvar com outros arranjos ou mecanismos de participação, escolha e decisão, com os quais desenha um novo modelo de democracia mais consentâneo com as exigências da complexidade das sociedades hodiernas. Frise-se que essa indispensabilidade não a conduz à condição suficiente da democracia, antes, devendo a regra da maioria ser compreendida como prática social compartilhada (aspecto formal ou procedimental) e “produto social” (resultante da relação grupo-decisão), cuja “legitimidade repousa nos valores da liberdade e da igualdade” - de participação (CAMPILONGO, 2000, p. 41-54 e 121).

E se se está num país de modernidade tardia, também é certo que a observância do *direito de ser informado* pelos meios de comunicação de massa é importante para aquilatar o nível de efetividade da democracia e avaliar a subsistência da crise do modelo representativo. Tal postulado diz respeito à efetiva liberdade e isenção dos meios de imprensa para informar. Por proteger os interesses daqueles que se submetem ao poder, “o direito de ser informado deve ser visto como um elemento nuclear da ordem jurídica democrática” (SEELAENDER, 2006, p. 64).

A informação ao público é direito e dever. Daí indagar-se se as *informações políticas* chegam ao público; e chegando, se tal se dá com isenção. Ou, ainda, se há omissão ou manipulação com o intuito de negar o conhecimento ou confundir a sociedade.

Afinal, como afirma Robert Dahl, a informação está dentre os *recursos políticos* utilizáveis “para influenciar direta ou indiretamente a conduta de outras pessoas”, recursos que, em sua maioria, estão distribuídos de maneira desigual por causa, dentre outros fatores, do capitalismo de mercado, que produz sérias desigualdades políticas entre os cidadãos (DAHL, 2001, p. 195).

Nesse sentido, constitui-se a imprensa num poderoso instrumento de formação da opinião pública e de contribuição para a assegurar as autonomias pública e privada e, conseqüentemente, a liberdade. Em países de grandes dimensões territoriais o *olho da sociedade* é a imprensa. A prestação da informação constrói a opinião pública, que, livre, consiste-se num dos pressupostos da democracia. Por isso, exigir-se a garantia da liberdade de informação jornalística num Estado verdadeiramente democrático (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 177).

No Brasil, conquanto a liberdade de informação jornalística seja direito fundamental (Constituição Federal, artigos 5º, inciso IV, e 220), garantia e pressuposto do princípio democrático, na prática cotidiana não tem sido ela exercida em sua plenitude. Ressalvadas raras exceções e considerando algumas produções periódicas marcadamente parciais, a imprensa se cala diante de atos secretos e lesivos ao interesse público. Uma grande rede de televisão, com o maior poder de difusão e entrada na casa da família brasileira, se faz acrítica; se desloca a favor do vento (político).

O *mass media* tergiversa sua finalidade de informar e possibilitar a fiscalização do Estado, funcionando “como eficiente mecanismo de controle social, alienando mais do que informando, evitando o debate mais intenso, para impor, através de estratégias de marketing, as ideais mais conservadoras” (CAMBI, 2011, p. 369). Em geral, tem-se assistido à negação de meios para o exercício da argumentação pública, o que restringe, senão obsta, a liberdade de expressão, reduz a qualidade de vida e nega voz aos excluídos (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2011, p. 369-370).

Sem acesso à informação e manipulada, a “opinião pública” representa uma desorientação e é confundida com a *opinião publicada* (MÜLLER, 2006, p. 28). A falta de argumentação pública mantém o povo desinteressado da política e a democracia padece da falta de efetividade.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que o valor democrático pleno ainda não se concretizou no Brasil. Premido da discussão pública e manipulado pela mídia (controlada, amordaçada pelo capitalismo de mercado), o povo segue oprimido.

Embora haja espaço para a deliberação pública, resta ela prejudicada pela falta de condições necessárias à *democratização da democracia* ainda incipiente. O cenário alimenta a desconfiança no modo de exercício da soberania popular - mera deliberação da maioria (dos representantes) - e faz surgir teorias que, ocupando-se em revelar o conteúdo do princípio democrático -, buscam justificar ou legitimar (democraticamente) as escolhas (decisões) estatais.

Por sua vez, as decisões estatais (lícitas) não ressoam junto a população sofrida. Na medida da falta de acesso ao debate (e de informação correta e isenta) e da precariedade da liberdade (provocada pela desigualdade instalada), ressentem-se da ausência de legitimidade. Essa crise da democracia é também do Estado. E da Constituição, “folha de papel” cujas promessas não se concretizam.

Enquanto não debelada a crise e mantido o *status quo*, a judicialização será a resposta imediata à tutela dos direitos sociais, submetendo-se ao Judiciário os acertos e desacertos das políticas públicas, ou mesmo a implementação destas.

A solução apresentada pela Constituição brasileira é a *democracia mista*, que combina participação direta e pessoal da cidadania nos atos de governo (democracia participativa) e representação. A pluralidade é um dado da faticidade da sociedade brasileira, que está, também, juridicizada, à medida que a Constituição Federal de 88 identifica algumas variações de pluralismo: político (artigo 1º), partidário (artigo 17), econômico (artigo 170 – livre iniciativa e livre concorrência), de ideias e de instituições de ensino (artigo 206, III) e cultural (artigos 215 e 216). Pressupõe, assim, um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral e os partidos políticos (SILVA (2009, p. 141).

Das vicissitudes porque passa o modelo representativo, cuja crise é de legitimidade (também do Poder Executivo) e tem assento na economização (e globalização) da política, exsurge o modelo deliberativo de democracia, a *democracia deliberativa*, que vai além da prerrogativa majoritária na tomada de decisões políticas de interesse comum - normativas e executivo-administrativas.

O conteúdo do princípio democrático é objeto de discussão entre vertentes procedimentais e substancias da democracia, debate importante para o posicionamento adequado a respeito do reconhecimento, ou não, da legitimidade (democrática) da judicialização das políticas públicas.

### **1.1.2 Democracia deliberativa, substancialismo e procedimentalismo**

Diz-se que para a democracia deliberativa o processo democrático não se reduz ao momento decisório, incluindo, também, a possibilidade de se debater a respeito dos assuntos a serem decididos. Há uma valorização do momento comunicativo, do diálogo entre governantes e cidadãos, estabelecido com a finalidade de justificação de seus pontos de vista acerca das questões de interesse público.

Essa nova veste da democracia, de sua materialização, revisita a noção de cidadania e reclama a transformação do povo em cidadão, um “sujeito que exterioriza a soberania, que participa da direção da sociedade política” (ALARCÓN, 2014, p. 186); em povo ativo tratado com igualdade, com acesso aos espaços decisórios, povo também considerado “destinatário das prescrições”, “titular do conjunto de compromissos políticos” ou, ainda, “povo enquanto instância de atribuição global” (MÜLLER, 2003, p. 55-76).

A democracia deliberativa se alicerça na necessidade de justificação das decisões no processo deliberativo; vale dizer, incorpora a ideia de “prestação de contas” (*accountability*), o que a compatibiliza com o ambiente da formulação de políticas públicas. Afora essa exigência - de justificação -, também caracterizam a democracia deliberativa: - a acessibilidade dos cidadãos aos motivos apresentados no processo deliberativo (publicidade e conteúdo); - o processo de deliberação produz uma decisão que vincula por certo tempo; - o processo de tomada de decisões é dinâmico, o que possibilita o diálogo continuado e, assim, a melhor aceitação das discordâncias. O conceito de democracia deliberativa resulta da combinação desses traços característicos, isto é, forma de governo na qual cidadãos livres e iguais (e seus representantes) justificam suas decisões, em um processo cujos motivos, acessíveis aos participantes, são apresentados e mutuamente aceitos, com o objetivo de atingir conclusões que vinculem todos os cidadãos no

presente, mas possibilitando uma discussão futura (GUTMANN; THOMPSON, 2007, p. 19-23).

Para essa corrente da democracia participativa, a legitimidade das decisões estatais - e do processo de tomada de decisões - é alcançada se observado um amplo debate público, com instituições arranjadas de modo a promover a deliberação coletiva entre indivíduos livres e iguais (BENHABIB, 2007, p. 50). Provindo de um ambiente político, as decisões não são necessariamente consensuais, não se caracterizando pela imutabilidade ou permanência, antes, podendo ser revistas e alteradas na medida em que adstritas ao contexto e à influência histórica.

Tratando da democracia como sucedâneo do discurso moral, Carlos Santiago Nino propôs que do debate público surge um *valor epistêmico*, uma verdade moral, que permeia a democracia deliberativa, fazendo com que o resultado seja considerado a solução mais imparcial e adequada, mais correta, ou dela se aproxime. A solução reputada mais adequada ao problema é obtida com o método da discussão, decorrendo, pois, da democracia enquanto prática social em constante construção (NINO, 1989, p. 389-390).

Pensando a democracia deliberativa para a América Latina, Roberto Gargarella vislumbra um sistema político valioso em cujo debate coletivo os potencialmente afetados devem ser tratados com igualdade de respeito e consideração, a fim de resultar do processo deliberativo decisões coletivas e imparciais, não tendenciosas a beneficiar um determinado grupo ou pessoa (GARGARELLA, 2011, p. 177-178).

Exposta essa noção sobre o modelo deliberativo, segue-se a investigar a natureza da democracia, se de caráter material (substantivo, substancial) ou procedimental. Estudo de todo apropriado, haja vista a variação do papel da Constituição e da legitimidade das decisões conforme adotado um ou outro desses eixos temáticos. Da mesma forma a legitimidade democrática da jurisdição constitucional, e sua extensão, dependerá da “opção” por uma vertente ou outra.

Conforme abalizada doutrina, as teorias da democracia se classificam em substanciais e procedimentais (ALVES, 2013, p. 49-52).

As linhas iniciais acerca da democracia deliberativa, acima expostas, podem ter deixado a impressão de se tratar de mais um modelo essencialmente procedimental-formalista, que se ocupa apenas dos atos próprios do processo

deliberativo e secundariza a substância da prática democrática e das decisões. Contudo, cabe ressaltar que a contextualização socioeconômica periférica autoriza a defesa da existência de uma complementariedade, ou convergência, entre procedimento e substância, uma vez que as teorias se encontram num ponto de interseção. Obviamente sem inaugurar algo irremediavelmente paradoxal e inconsistente.

A tônica das discussões doutrinárias<sup>2</sup> sobre as correntes da democracia deliberativa é polarizar as versões de Jürgen Habermas e de John Rawls. Em que pese se faça oportuno delinear os traços característicos de uma e outra vertente, este trabalho considera mais importante apresentar as variantes teóricas que buscam conciliá-las ou estabelecer uma teoria mais apropriada a países de modernidade tardia.

Em Rawls, o diálogo público da democracia liberal pode ser traduzido a partir da ideia de razão pública, que ele considera “concepção ideal da cidadania para um regime democrático constitucional”. O filósofo norte-americano define-a como “a razão dos cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua constituição.” Ocorre que na concepção rawlsiana muitas questões públicas não são consideradas “elementos constitucionais essenciais” ou “questões de justiça básica”, e não estão sujeitas à razão pública (RAWLS, 2000, p. 262-264).

A agenda da razão pública é, materialmente, restrita e predefinida, e, portanto, excludente. Ao retirar assuntos importantes da deliberação pública, submetendo-os a outros foros de decisão, conclui-se que o conceito de espaço público, para Rawls, não contempla a sociedade civil e sim o Estado e suas organizações. Pode-se dizer que a razão pública do modelo rawlsiano se distingue da concepção deliberativa de democracia, já que esta não restringe a discussão pública - substancial (o conteúdo da agenda) e processualmente - e pressupõe a participação da sociedade civil. Ambas, no entanto, apostam num processo público aberto à participação dos cidadãos.

---

<sup>2</sup> Como o objetivo específico deste trabalho é dar uma resposta à questão da legitimidade democrática da judicialização das políticas públicas, para cujo desiderato é suficiente destacar as diferenças entre as vertentes procedimentalista e substancialista, não serão exploradas todas as correntes filosóficas da democracia e suas variações. Sobre o tema, consultar: Fernando de Brito Alves (2013, p. 52-103).

Em Habermas, a razão comunicativa levada a cabo no procedimento gera direito legítimo, a decisão correta. Para o filósofo alemão, a efetividade social do direito não leva em conta apenas a sua dimensão de validade (produção pelas autoridades competentes) e a coerção que lhe é inerente; requer, mais, que as decisões possam ser aceitas pela comunidade de jurisdicionados, o que se dá a partir da exigência da racionalidade do ordenamento jurídico como elemento fundamental da sua legitimação.

A legitimidade das regras “se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa”, sendo para tanto relevante “o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 50).

Essa racionalidade não se obtém segundo concepções individualizadas ou grupais formadas isoladamente e vinculadas a aspectos culturais de uma determinada comunidade. Se as democracias das sociedades ocidentais contemporâneas são assinaladas por concepções individuais múltiplas, pelo multiculturalismo e pela pluralidade, o assentimento dos cidadãos deve advir da razão comunicativa (oposta à razão individual - centrada no sujeito).

No modelo da ética discursiva, um processo de deliberação produz regras gerais válidas se a concordância de todos os afetados revelar as seguintes características: a participação em tal deliberação é gerida pelas normas de igualdade e simetria; todos têm a mesma chance para iniciar atos de fala, para questionar, para interrogar e para abrir o debate; todos têm o direito de questionar os tópicos propostos para discussão; e de iniciar argumentos reflexivos até mesmo sobre as regras do procedimento do discurso e o modo como são aplicadas e concretizadas (BENHABIB, 2007, p. 51).

O processo comunicativo gera legitimidade e garante a racionalidade que leva ao assentimento espontâneo do grupo social. O procedimentalismo seria uma resposta racional ao conflito de valores persistente no âmbito substantivo. Fala-se, assim, que a razão comunicativa (fundamentada no potencial crítico) não abdica do espaço público (da esfera pública). Mas, em que consiste esse *espaço público* no qual se desenvolve a troca de argumentos e contra-argumentos que dá ensejo à razão comunicativa?

Habermas o descreve como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões”, na qual os “fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados”, condensando-se em opiniões públicas; “uma estrutura

comunicacional do agir orientado pelo entendimento.” O autor destaca que a esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, uma organização, ou mesmo um sistema, pois, mesmo sendo possível definir “seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis” (HABERMAS, 1997, v. 2, p. 92-93).

Estudioso da obra do filósofo alemão, Marcos César Botelho se refere ao espaço público como “*locus* do debate público em que há o entrelaçamento dos diversos atores sociais em busca de processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva, de um lado” (BOTELHO, 2010, p. 197). Espaço público é o âmbito no qual se dão as relações e a interação dos atores políticos, no qual se define o conteúdo da discussão, o que se discute/argumenta e o que valoriza a deliberação, e ainda, como se dá a *ação comunicativa*, como se desenvolve o *agir comunicativo* (RABOTNIKOF, 1997, p. 8).

O espaço público diz respeito a um ambiente ou âmbito no qual se dá a deliberação; não numa acepção física. Não se refere a um local que comporte a realização de assembleias para as quais migram os potencialmente afetados pela “ordem do dia” a ser colocada em discussão. É um âmbito de discussão, oposição, argumentação e interação, contínuo, público e não secreto, aberto, acessível a todos, cuja qualidade decisória e aceitabilidade e racionalidade das decisões se mede por estas características - abertura, publicidade e acesso - e pela possibilidade de permanente participação em condições iguais e livres.

Não olvide da concepção de espaço público segundo a teoria dos sistemas, que lhe empresta a condição de *filtro do sistema político*. Não constituindo um sistema próprio, a opinião pública surgiria e funcionaria para reduzir a multiplicidade subjetiva do, política e juridicamente, possível. Diminuindo-se a complexidade, os processos de comunicação destinam-se à discussão de temas previamente escolhidos, filtrados pela opinião pública (RABOTNIKOF, 1997, p. 57-67).

Da esfera pública é que se extrai a *razão comunicativa*, o *valor epistêmico* a legitimar a decisão estatal (o direito produzido, por exemplo), ou seja, a justificação da sua aceitabilidade e aceitação.

O espaço público, diga-se, não se restringe aos foros oficiais, contemplando, também, a esfera pública não oficial - “redes” compostas por associações da sociedade civil nas quais é permanente o debate a respeito de questões de interesse coletivo. A filosofia habermasiana considera a existência de uma “divisão

de trabalho” entre o que chama de públicos fracos (esfera pública) e públicos fortes (instituições oficiais formalmente organizadas, em especial o Parlamento), de um intercâmbio que estabelece uma relação que ele reconhece como uma “sociedade global”, cujas estruturas fundamentais são os “subsistemas sociais” - a economia e o Estado e o “mundo da vida” - esferas privada e pública (SOUZA NETO, 2006, p. 147-149).

Diante da concorrência de diferentes padrões éticos, derivada da complexidade da sociedade contemporânea e de seu característico pluralismo, o *mundo da vida*<sup>3</sup> passa a se caracterizar por um número infinito de demandas, de possibilidades de ação e por um profundo desacordo acerca dessas possibilidades, o que torna a *coordenação* da interação social cada vez mais dependente de uma justificação mútua permanente, aumentando os riscos do insucesso de tal articulação. Visando a afastar ou a minimizar tais riscos impostos à coordenação, formam-se os subsistemas sociais (Estado e economia), cuja função é reduzir a complexidade social mediante a *seleção* de algumas possibilidades de ação disponíveis no mundo da vida.

O excessivo processo de atuação - influência - dos subsistemas sociais na ação comunicativa deu causa à “colonização do mundo da vida”, isto é, o mundo da vida, antes socializado de forma comunicativa, acabou se adequando aos códigos abstratos dos subsistemas sociais, especificamente, a burocratização do espaço público e economização da esfera privada, cujo efeito é a limitação da participação política à mera escolha eleitoral. Esse processo de “colonização” retira do cidadão a possibilidade de participação e, com isso, as ações deixam de se orientar pelo melhor argumento, processando-se de forma independente dos juízos morais próprios do mundo da vida. Sobrepõe-se aos argumentos a ação segundo padrões sistêmicos.

É nesse ponto que incide a crítica de Lenio Streck ao modelo procedimental habermasiano, quando comparado à hermenêutica filosófica. Alinhado às teorias materiais-substanciais da Constituição<sup>4</sup>, o autor rejeita a substituição da razão

---

<sup>3</sup> Complementar ao agir comunicativo, o mundo da vida é definido como um horizonte de sentidos não tematizados, no qual os agentes estão inseridos e do qual eles não podem sair; um acervo de conhecimento preexistente transmitido pela cultura e pela linguagem (BOTELHO, 2010, p. 137).

<sup>4</sup> Afigura-se apropriado trazer a posição de Lenio Streck à teoria habermasiana, mesmo não sendo ela formalizada exclusivamente na discussão da teoria da democracia, e sim na da Constituição. A distinção entre ambas se acentuará quando recolocadas no terreno da jurisdição constitucional, da judicialização das políticas públicas.

prática pela razão comunicativa. Esta, afirma o jusfilósofo brasileiro, está descontextualizada, já que os indivíduos trabalham sempre com a antecipação de um discurso ideal, padronizado, o que gera uma verdade não conteudística, mas idealizada, “verdade como idealização necessária”, “verdade argumentativa atingida por consenso.” O modelo de Habermas tem a virtude de buscar superar a razão prática do sujeito solipsista por meio do agir comunicativo, cuja fundamentação a priori, entretanto, se dá independentemente das situações práticas (STRECK, 2011, p. 97-98). Assim, em outras palavras, para a teoria habermasiana o contexto histórico, conquanto importante para a obtenção da decisão racional, não é determinante; não pode ser visto como simples moldura que fornece valores e orientações para uma interpretação descritiva do presente (BOTELHO, 2010, p.178).

Dos dois discursos teóricos sobressai que a distinção entre eles se coloca na *compreensão dos mundos*. O mundo prático (real) é compreendido em seu conteúdo, na contextualização no momento da tomada de decisão, enquanto que o mundo da vida compreende-se mediante a *antecipação* do discurso ideal, uma situação ideal de comunicação. Apostando no espaço público, o modelo habermasiano, pela via da justificação pública permanente (adequação das decisões políticas pela deliberação pública, divisão de trabalho entre os públicos fraco e forte), busca conformar o conteúdo da ordem jurídica às expectativas normativas do mundo da vida.

Inocência Mártires Coelho recorre a Häberle e sua abertura da interpretação constitucional, para afirmar que é necessário integrar a realidade no processo de interpretação da Constituição como forma de absorver os anseios de todos os atores da vida social (COELHO, 1998, p. 159). No mesmo sentido, arremata Marcos César Botelho, para quem a falta de abertura traduzida na ampliação dos participantes obsta a integração da realidade social ao processo de construção racional da decisão, com comprometimento da qualidade democrática e transformando o Judiciário em superego da sociedade (BOTELHO, 2010, p. 177).

Obtendo-se a legitimidade das decisões por meio do discurso, no espaço público impregnado da realidade social que a ele é levada pela abertura hermenêutica, vislumbra-se a necessidade de adaptação da teoria da razão comunicativa.

Reforça essa concepção, a *razão pública* obtenível da argumentação pública que exerce um papel central para a compreensão da justiça, por isso havendo uma

Íntima conexão entre a ideia de justiça e a prática da democracia. As novas contribuições sobre o conteúdo da democracia permitem reconhecer que os pontos centrais da compreensão democrática mais ampla são “a participação política, o diálogo e a interação pública.” Justiça e democracia estão umbilicalmente ligadas e partilham características discursivas. Daí a aposta na liberdade de expressão e de discordância, bem como no acesso à informação, arrolados dentre as condições para uma deliberação pública que resulte justa (SEN, 2001, p. 358-359).

Concebido por Carlos Santiago Nino, o *construtivismo epistemológico* se coloca entre Rawls e Habermas. Cuida-se de uma teoria dialógica deliberativa da democracia, que conecta política e moral e põe o valor democrático na preferência moral das pessoas. Substancialmente, parte de pressupostos liberais (proteção da autonomia, inviolabilidade e dignidade do sujeito) e considera os direitos fundamentais contrapeso do processo democrático; numa visão procedural, posiciona os direitos fundamentais como pressuposto e fundamento do processo democrático, sem os quais a decisão careceria de valor epistêmico (a razão comunicativa). Carlos Nino aposta na imparcialidade como requisito essencial para a consecução da decisão correta, mais adequada. Uma decisão imparcial pressupõe-se unânime, e é assim considerada (imparcial) se todos os possivelmente afetados pela deliberação participam ou têm a oportunidade de participar da discussão e expressar seus interesses e opiniões igualitariamente. É correta a decisão que decorre do processo deliberativo no qual observada a igualdade; não necessariamente do consenso. Ou seja, presentes as condições do processo (*situação ideal de fala*), deve ser respeitada a decisão da maioria, resultado do processo democrático, mesmo se afrontar a reflexão pessoal de um ou de alguns dos indivíduos, que, todavia, podem se posicionar contra a maioria e, até mesmo, abster-se de atuar conforme a decisão tomada - objeção de consciência (NINO, 1997, p. 154, 166-168 e 178-181).

Para Miguel Gualano de Godoy, a concepção deliberativa defendida por Carlos Nino respeita a minoria, a individualidade, já que o valor epistêmico da democracia deliberativa encontra limites no princípio da autonomia do sujeito, havendo questões que dizem respeito à sua intimidade (opção religiosa, orientação sexual) e que por isso não devem estar à mercê do debate e decisão públicos (GODOY, 2012, p. 104).

Posição doutrinária também reputada importante para o desfecho deste trabalho é a proposta de Enrique Dussel<sup>5</sup>, que, referindo-se a uma “filosofia da libertação”, toma como ponto de partida uma realidade regional própria da América Latina, cujas características enumera: pobreza crescente da maioria da população latino-americanas; vigência de um capitalismo dependente, que transfere valores para o capitalismo central; tomada de consciência da impossibilidade de uma filosofia autônoma dentro dessas circunstâncias; existência de tipos de opressão que estão a exigir não apenas uma filosofia da “liberdade”, mas uma filosofia da “libertação” (em forma de ação, em forma de práxis, cujo ponto de partida é a opressão e cuja meta a atingir é a libertação [...]) (DUSSEL, 1995, p. 45-46).

A despeito de não referir-se pontualmente sobre a democracia, o filósofo argentino rejeita a realização do agir comunicativo tal como consta do modelo habermasiano, cujo erro, aponta, estaria em não considerar as dificuldades que acomete (na comunicação) os indivíduos latino-americanos enquanto pessoas, culturas, comunidades e filosofias periféricas, não hegemônicas, dominadas, exploradas e excluídas. As desigualdades que coabitam o mesmo espaço – e os *mundos da vida* – impossibilitam a interlocução válida ou aceitável entre os partícipes. Não há como exigir do excluído uma interpelação hábil a promover a sua libertação (DUSSEL, 1995, p. 56).

Invocando a necessidade de um “enquadramento filosófico” apropriado aos participantes de uma “comunidade de comunicação periférica”, marcada pela dificuldade para argumentar (por falta de recursos), pela ausência de comunicação ou por “não-fazermos-parte dessa comunidade de comunicação hegemônica”, o autor também recusa a teoria da justiça de John Rawls, porquanto concebida a partir da institucionalidade norte-americana (DUSSEL, 1995, p. 60).

As impropriedades e dificuldades para a aplicação (irrestrita) dos modelos procedimental e substancial da democracia deliberativa, tal como delineados para contextos socioeconômico-culturais distintos do latino-americano, forçam a

---

<sup>5</sup> Crítico do eurocentrismo e da importação de teorias concebidas para realidades diferentes da experiência periférica da América Latina, Dussel apresenta uma “filosofia crítica centrada na ideia de libertação. Denuncia a lógica da totalização produzida pelo pensamento filosófico europeu, que gera a exploração e a dominação através de modelos importados de uma outra realidade, introduzindo a lógica da exterioridade centrada no conceito de libertação, tomado este no sentido de participação consciente de cada pessoa na condução do próprio destino. Os paradigmas filosóficos tradicionais, do ser, do conhecer, do comunicar, cedem lugar ao da vida que, em sua grandeza única, é o maior de todos eles, constituindo ponto de partida para qualquer reflexão sobre justiça” (GIACOIA, 2002, p. 24).

construção de modelos ou propostas alternativas e viáveis a países periféricos que não experimentaram os bônus da pós-modernidade e que sequer vivenciaram a modernidade em sua plenitude.

Daí Fernando de Brito Alves considerar adequada à modernidade tardia uma teoria que contemple um “pluralismo igualitarista reformulado”. Forte no discurso da filosofia da libertação, que considera as perspectivas dos oprimidos, caminha no sentido inverso do igualitarismo liberal e não justifica a desigualdade, o autor reconhece a insuficiência das teorias democráticas para a promoção de “uma rearticulação do discurso teórico com uma *praxis* transformadora, capaz de assegurar o exercício do poder pelo povo, especialmente em países de modernidade tardia<sup>6</sup> como o Brasil.” Em busca de uma teoria da democracia adequada para o contexto de países periféricos, o autor descarta, dentre as correntes substantivas, o liberalismo. Usa como ponto de partida o igualitarismo liberal, que, todavia, considera não transplantável integralmente para justificar projetos assecuratórios da democracia, como é o caso da adoção de políticas públicas de inclusão, pois não é prospectivo e sim descritivo - de contextos sociológicos nos quais foi possível a adoção do programa do Estado social (ALVES, 2013, p. 118-126).

Conforme o mesmo autor, também as teorias adjetivas não se afiguram apropriadas a países periféricos como o Brasil. Elitistas, as teorias agregativas tornam os processos decisórios cada vez mais inacessíveis aos cidadãos comuns; seu tecnicismo consubstanciado em “procedimentos cada vez mais burocráticos” cria uma “metalinguagem” que reserva “o governo aos mais preparados”. O mesmo se dá, em menor proporção, com as teorias deliberativas da democracia, que sustentam a tomada de decisões coletivas pelos potenciais destinatários ou seus representantes, num intercâmbio de ideias entre os participantes; sua aplicação irrestrita em países de modernidade tardia “soaria demasiado romântica”, porquanto “partem de uma pressuposição de que todos os que participam do diálogo democrático encontram-se em posição de igualdade, o que é evidentemente surreal em países pobres, e mesmo em países desiguais [...]” (ALVES, 2013, p. 129).

---

<sup>6</sup> Segundo Alves (2013, p. 120), “A modernidade tardia tem duas características fundamentais: primeiro é marcada pela diferença, por antagonismos sociais e por uma série de distinções que são capazes de produzir uma variedade de posições de sujeito e identidades [...]. Em segundo, a modernidade tardia corresponde à transposição (no espaço e no tempo) do discurso de garantias europeu e anglo-americano para a periferia do sistema capitalista pós-colonialismo.”

O autor expõe as bases de sua *teoria democrática do pluralismo igualitarista* - reformulado:

(1) parte do igualitarismo liberal (igualdade de recursos); (2) considera que as escolhas (inclusive os valores de justiça) são feitas por indivíduos concretos, de acordo com uma subjetividade histórica específica; (3) que não existe desigualdade justa, já que se a igualdade puder ser considerada um valor, o seu contrário é, na verdade, um desvalor (e por isso não pode ser justo); (4) não é, contudo, um igualitarismo socialista, tendo em vista que, por conta do contexto específico da periferia, o Estado não pode desocupar o papel de articulador dos contextos da democracia, ao lado dos movimentos sociais e outros (ALVES, 2013, p. 126).

Com foco na proteção das minorias, dos grupos vulneráveis cujos interesses são, em regra, apartados das escolhas das maiorias, o autor traz a lume a teoria dos direitos fundamentais. Incorporando valores importantes, os direitos fundamentais se colocam como pressupostos do exercício dos direitos políticos; são considerados um “espaço vedado” e constituem o “núcleo duro da democracia”, restando “imunes a acordos, compromissos e negociações políticas [...]” (ALVES, 2013, p. 130).

Na proposta de Fernando de Brito Alves, a despeito do reconhecimento do “protagonismo da sociedade civil e dos movimentos sociais nos processos de inclusão dos grupos vulneráveis/minorias”, confere-se ao Estado a função de “coordenador geral de fluxos de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem comum”, um “novíssimo movimento social”, como exigência cosmopolita de um novo contrato social” (ALVES, 2013, p. 131-133).

Afinal, o espaço público de diálogo e interlocução, a que se refere a democracia deliberativa, é compartilhado por instituições oficiais e da sociedade civil. Cabe ao Estado a coordenação geral da ideia pluralista e de defesa dos direitos fundamentais.

Há, ainda, a proposta democrático-deliberativa de reconstrução dos elementos centrais da teoria constitucional, que tem como objetivo definir quais são os limites e as funções do direito constitucional na garantia e na promoção das condições para a cooperação na deliberação democrática. Não descartando o modelo representativo, compreende que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes e condiciona a legitimação e racionalização da deliberação à sua realização num contexto aberto (acessível a todos), livre (de qualquer coerção física ou moral) e igualitário (todos devem ter, de fato, iguais possibilidades e capacidades de participação). Nessa versão, dita

cooperativa da democracia deliberativa, a definição da fundamentalidade material dos direitos está adstrita à capacitação dos cidadãos para cooperar na deliberação pública tendo em vista a realização do bem comum (SOUZA NETO, 2006, p. 08-13).

Para o autor, o conceito de condições para a democracia também deve abarcar os (*pré*) requisitos que tornam possível a cooperação social (termos justos para a cooperação) em uma sociedade plural e democrática. Enfatiza a liberdade e a igualdade (de recursos ou de oportunidades) enquanto condições procedimentais da democracia, que, embora se refira a aspectos formais, ao reconhecimento de determinadas regras do jogo democrático (pluralismo partidário; voto direto, secreto, universal e periódico; liberdade de imprensa), a sua realização - democracia substancial - pressupõe a conjugação entre forma democrática e igualdade material. Esta igualdade é considerada a necessária à instauração de um contexto propício para a interação cooperativa, para o qual (contexto adequado à cooperação) pressupõe-se a distribuição justa de recursos sociais. Para esse *modelo democrático deliberativo cooperativo*, a igualdade substancial corresponde apenas às condições materiais indispensáveis para a instauração de uma cooperação democrática efetiva, tendo status de pré-requisito e não diretriz ou princípio norteador da deliberação (SOUZA NETO, 2006, p. 168-169 e 177).

Pode-se inferir que esse modelo cooperativo se aproxima das teses de Carlos Santiago Nino e de Fernando de Brito Alves, na medida em que o valor epistêmico, que legitima a deliberação democrática e justifica racionalmente direitos morais, só se manifesta quando os pré-requisitos - direitos a priori - estão presentes, e que o espaço público - lugar da democracia, da deliberação -, é dependente do Estado de Direito, eis que a este, o Estado, cumpre assegurar um contexto de liberdade e igualdade.

As teorias adequadas à realidade periférica não abdicam de componentes das teorias procedimentalistas e substancialistas da democracia deliberativa, sem, no entanto, resultarem inconsistentemente ecléticas. Ao mesmo tempo delas se distanciam, pois originariamente propostas para outros cenários de desenvolvimento e de razoável igualdade econômica, como Europa e Estados Unidos. As propostas apresentadas pela jusfilosofia latino-americana exigem a *construção* de condições adequadas para o exercício da prática democrática deliberativa-participativa. Afinal, até mesmo a mais procedimental das teorias democráticas reclama um ambiente político-deliberativo livre e igualitário. Por isso, indissociável da análise da

democracia ideal uma incursão breve acerca destes direitos fundamentais ligados ao princípio democrático.

### 1.1.3 Liberdade e igualdade

Direitos fundamentais, em especial liberdade e igualdade, estão em constante relação com a democracia e sua práxis. Relação essa de pressuposição e complementariedade.

Fernando de Brito Alves assinala o marco temporal dessa relação entre democracia e direitos fundamentais: o segundo pós-guerra. O “colapso dos regimes totalitários deu lugar a ordenamentos jurídicos que procuraram articular a tradição da democracia clássica com o discurso *neojusnaturalista* dos direitos fundamentais” (ALVES, 2013, p. 42).

O *valor liberdade*, por exemplo, diz-se *conditio sine qua non* de qualquer sociedade. A “luz da justiça brilha” desde que “os membros da associação usufruam da mais ampla liberdade compatível com a existência da própria associação”, direito este “único originário que cabe a cada homem segundo a sua própria humanidade” (GIACOIA, 2002, p. 15).

Superado o paradigma liberal, a liberdade (política, inclusive) dos indivíduos pressupõe igualdade material - de condições, de consideração, de oportunidade – para que participem do processo político-democrático de forma livre e igual.

José Afonso da Silva considera igualdade e liberdade como valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. Para esse constitucionalista “a democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem. O que inclui os direitos econômicos e sociais, hoje indispensáveis à concretização dos direitos individuais. Garanti-los é missão de um regime democrático.” Portanto, a democracia realiza os direitos fundamentais (SILVA, 2009, p. 131-132).

Ainda a respeito da liberdade, enquanto “núcleo dos direitos humanos fundamentais”, compreende mais que simplesmente fazer o que a lei não proíbe e constitui-se plenamente com a “remoção dos impedimentos (econômicos, sociais e políticos) que possam obstruir a auto-realização da personalidade humana”,

obrigação imposta ao Estado a fim de “proporcionar as bases materiais para a efetivação daqueles direitos” (CARVALHO, 2008, p. 713).

Na concepção de Fábio Konder Comparato, a liberdade não é uma situação de isolamento, e sim de “inter-relacionamento de pessoas ou povos, que se reconhecem reciprocamente dependentes, em situação de igualdade de direitos e deveres.” O jurista reputa inseparáveis a liberdade e a segurança, compreendida esta num sentido amplo: “segurança física, econômica e social.” Enquanto condição da liberdade, mas com ela não se confundindo, a segurança pressupõe assegurar aos indivíduos condições permanentes para viverem em liberdade, “assegurar aos libertos [da escravidão] uma inserção na vida social em condições de igualdade” (COMPARATO, 2006, p. 537-549).

Norberto Bobbio assume a precedência da liberdade à prática democrática. Argumenta que, na democracia, além da observância dos procedimentos e da regra da maioria, é indispensável que aqueles que decidem ou elegem os que decidirão sejam colocados em condição de poder escolher, e para que isso ocorra a eles devem ser garantidos os assim denominados “direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação etc.”, os quais são considerados como “pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático.” Ainda segundo o autor, as “normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.” O jurista italiano refere-se aos direitos cuja realização deve anteceder à prática democrática: liberdade positiva e igualdade são pré-condições da democracia (BOBBIO, 2000, p. 32).

Dele não diverge Fernando de Brito Alves, que, reconhecendo uma relação de complementariedade ou interdependência entre direitos fundamentais e democracia, considera que esta “só pode acontecer em contextos igualitários, em que as condições de participação e deliberação pública são precedidas por condições materiais assecuratórias.” Em suma, “os direitos fundamentais sociais se constituem em verdadeira condição material de ocorrência do político” (ALVES, 2013, p. 37 e 256). Com o autor, pode-se afirmar que povo livre (positivamente) é povo tratado igualitariamente mediante a efetivação dos direitos (fundamentais) sociais.

Em sociedades caracterizadas por “grande desigualdade e pela injustificada e desigual distribuição de recursos”, como ocorre nos países latino-americanos, é significativo o risco do déficit democrático. Nessas sociedades periféricas, a possibilidade de que as decisões sobre questões públicas beneficiem a parcela minoritária e privilegiada é enorme. Adepto da corrente deliberativa da democracia (processo de discussão e decisão coletivas), mas rejeitando a máxima segundo a qual “a voz do povo é a voz de Deus”, Roberto Gargarella invoca uma “postura mais consistentemente igualitária” como meio para “reforçar a possibilidade de que os sujeitos se reúnam, debatam, discutam e decidam coletivamente os assuntos públicos mais importantes da sociedade” (GARGARELLA, apud GODOY, 2012, p. 63-64).

Carlos Santiago Nino não diverge desse entendimento e condiciona a obtenção do valor epistêmico (a razão pública na versão habermasiana) no procedimento democrático ao cumprimento (prévio) de certos direitos. Não são direitos que derivam do processo democrático, mas que surgem de reflexões acerca dos pressupostos da prática da discussão moral. Refere-se o autor, basicamente, à igualdade e à liberdade como pré-requisitos para o apropriado funcionamento do processo democrático (NINO, 1997, p. 95 e 192). Dessa referência teórica, pode-se inferir que os direitos substantivos são adotados como fundamento intrínseco do processo democrático. Em Carlos Santiago Nino, a vertente deliberativa da democracia busca conciliar constitucionalismo (Estado de Direito) e democracia (soberania popular), apresentando-se aquele como pré-condição desta.

Amartya Sen amplia a discussão dessa relação entre direitos (fundamentais, sociais, liberdade, igualdade) e democracia. De sua obra denota-se claramente a interdependência entre democracia e liberdade (desenvolvimento humano). A visão de liberdade por ele adotada “envolve tanto os processos que permitem a liberdade de ações e decisões como as oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as circunstâncias pessoais e sociais.” Considera um erro a ênfase conferida aos números do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), das rendas, da industrialização, dentre outros critérios econômicos restritos, uma vez que a liberdade humana depende, também, de outros fatores determinantes, como as *disposições socioeconômicas* (serviços de educação e saúde) e os direitos civis (liberdade de participar de discussões públicas). Relaciona a privação das liberdades substantivas (oportunidade e capacidade) a fatores como pobreza e tirania, carência

de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Portanto, o mundo nega liberdades elementares a um grande número de pessoas (talvez até mesmo a maioria), refletindo naquilo que elas conseguem positivamente realizar. Para o economista indiano a capacidade encerra um tipo de liberdade, liberdade substantiva, de escolha, de realizar combinações alternativas de funcionamentos, a liberdade para estilos de vida diversos (SEN, 2000, p. 17-19; 31; 94).

O mesmo autor empreendeu estudo acerca da relação entre democracia (liberdades políticas) e a garantia de direitos civis, sendo que o fez recusando indagações que diz apresentadas com frequência em debates internacionais, quais sejam: “Por que se preocupar com a sutileza das liberdades políticas diante da esmagadora brutalidade das necessidades econômicas?” “O que deve vir primeiro: a eliminação da pobreza e da miséria ou a garantia da liberdade política e dos direitos civis (os quais têm pouca serventia para os pobres)?”. Refuta esse modo de enfrentamento da questão por entender que “as verdadeiras questões envolvem observar as inter-relações entre as liberdades políticas e a compreensão e satisfação das necessidades econômicas”. Busca, então, demonstrar que a intensidade das necessidades econômicas aumenta a urgência das liberdades políticas e afirma haver uma preeminência geral dos direitos políticos e civis básicos, tendo em vista a sua importância direta para a vida humana associada a capacidades básicas, o seu papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política (como as reivindicações de necessidades econômicas) e o seu papel construtivo na conceituação de “necessidades” (SEN, 2000, p. 174-175).

Assim como é importante salientar a necessidade da democracia, também é crucial salvaguardar as condições e circunstâncias que garantem a amplitude e o alcance do processo democrático, fazendo-se necessário examinar os caminhos e meios para fazê-la funcionar e realizar seus potenciais (SEN, 2000, p. 186-187).

Na mesma direção aponta Maria Paula Dallari Bucci, ao estudar a democracia no âmbito dos fundamentos da teoria jurídica das políticas públicas e imprimir-lhe um significado econômico. A publicista deixa assentado que os direitos sociais constituem uma faceta própria da demanda pelo desenvolvimento humano, o qual, por sua vez, concerne à liberdade (BUCCI, 2013, p. 94).

Há relação de dependência entre liberdade e democracia. Esta está subordinada àquela, que só se manifesta diante de liberdades humanas (capacidades, oportunidades de escolha), as quais, por sua vez, dependem de outros determinantes, os direitos sociais e civis que com elas (liberdades) exercem papel instrumental, construtivo e permissor da democracia (liberdade política).

O tema também foi desenvolvido por Cláudio Pereira de Souza Neto para quem a realização prática da liberdade e da igualdade, exigida pelo princípio democrático, depende da presença de determinados pressupostos sociais, cuja realização cabe ao Estado de Direito, que assim passa a ser entendido como “condição de possibilidade da democracia”, ou seja, os “direitos fundamentais são considerados não só ‘condições procedimentais da democracia’, mas também ‘condições para a cooperação democrática’.” No modelo deliberativo, então, concilia-se democracia e constitucionalismo (Estado de Direito, garantia dos direitos fundamentais), pois este não se põe como um limite à democracia, mas uma condição necessária, um elemento constitutivo dela. Entre os dois afirma existir uma relação de complementariedade – e não de incompatibilidade. Todavia, lembra o constitucionalista: “o que o princípio do estado de direito poder fazer é, em alguns casos, limitar as decisões majoritárias” (SOUZA NETO, 2006, p. 43-44 e 57-62).

O autor trabalha fundamentado em Habermas, que reconhece a democracia dependente de um contexto de liberdade e igualdade cuja institucionalização se dá pela realização de direitos fundamentais, sem os quais não se tem uma formação livre da opinião e da vontade coletivas (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 158-161)

Indagando acerca dos padrões de igualdade material requeridos pela democracia, Souza Neto (2006, p. 172) apresenta o conteúdo de sua proposta democrática: o modelo deliberativo parece requerer igualdade quanto ao acesso ao procedimento e à capacidade de exercer real influência na vida política, prendendo-se à ideia de “capacidade igual de funcionar publicamente”, igualdade de capacidades e ausência de pobreza política, eis que a democracia exige inclusão.

A igualdade substancial reclamada na teoria democrática deliberativa corresponde, portanto, às condições materiais indispensáveis para a instauração de uma cooperação democrática efetiva, tendo status de pré-requisito e não diretriz ou princípio norteador da deliberação.

Em suma, o espaço público, lugar da democracia, depende do direito, do Estado de direito, porque este garante um contexto de liberdade e igualdade.

Não há dissenso entre os autores estudados, no que diz respeito à necessidade da presença de certas condições para a experiência democrática plena e efetiva. Todos, Carlos Nino, Fernando de Brito Alves, Amartya Sen e Cláudio Pereira de Souza Neto, expandem o conteúdo da igualdade (que dá acesso à liberdade) definido no procedimentalismo. Denota-se uma espécie de adaptação das duas vertentes ao mundo-da-vida da realidade periférica.

Não é outro o caminho democrático que o presente trabalho segue por considerá-lo compatível com a Constituição brasileira, apropriado ao contexto local e ao modelo consensual de democracia. Afinal, é preciso assegurar condições de igualdade econômica minimamente adequada ao desenvolvimento humano, conferindo aos indivíduos a possibilidade de se autodeterminarem, o fazendo num ambiente público em que as escolhas sejam livres. A via para tanto é cumprir a Constituição; não abdicar do sistema de princípios e regras que ela encerra.

## 1.2 Constitucionalismo

Centrado esse estudo na judicialização das políticas públicas - sua legitimidade democrática e seus limites -, analisa-se a Constituição enquanto fonte da obrigação do Estado à garantia e concretização dos direitos fundamentais, mais pontualmente dos sociais, tal como delineada no constitucionalismo contemporâneo. Essa concepção surgiu ao longo do tempo, numa historicidade que conta a evolução do papel do Estado e da Constituição.

O desenvolvimento do tema se dá fundamentalmente sob o prisma da Constituição em sentido jurídico<sup>7</sup>, sem descurar do enfoque político e tomando por base, também, que a Carta brasileira fundou um Estado Social, configurando-se

---

<sup>7</sup> Luiz A. David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 31) definem Constituição em sentido jurídico como “a organização sistemática de elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.” Luis Roberto Barroso separa esses elementos em pontos de vista - político e jurídico, extraindo (numa visão esquemática simplificadora) dois conceitos para Constituição. O conceito jurídico é subdividido em duas dimensões: “(i) em sentido material, i.e., quanto ao conteúdo de suas normas, a Constituição organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados; (ii) em sentido formal, i.e., quanto à sua posição no sistema, a Constituição é norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo” (BARROSO, 2013, p. 97).

dirigente e com função transformadora da realidade socioeconômica. Emprega-se a expressão *constitucionalismo*<sup>8</sup> no sentido de (teoria da) Constituição.

Antes de análise da Constituição enquanto sistema normativo de regras e princípios e da sua centralidade no ordenamento jurídico, far-se-á uma breve evolução histórica do Estado econômico, cujo propósito é definir o modelo constituído na Carta de 1988. Afinal, atribui-se à falta de intervenção concretizadora e transformadora própria de Estados sociais, como o Brasil contemporâneo, a expansão da jurisdição constitucional e a excessiva judicialização das políticas públicas. Segundo a doutrina, trata-se de modelo de Estado que impulsiona o ativismo judicial. (RAMOS, 2010, p. 268-273)

Ao fracassar o modelo econômico do Estado liberal, origem do Direito Constitucional, surgem as constituições *welferistas* e com elas os chamados direitos sociais, passando-se a exigir do Estado a realização de prestações positivas. São mudanças que levam à transformação do papel da Constituição e à redefinição da cláusula de separação dos poderes.

Diz-se que a partir do primeiro pós-guerra o liberalismo puro passou a ser duramente criticado e combatido, dando azo ao surgimento do Estado social, para atender aos reclamos de índole assistencial da sociedade, que clamava por uma intervenção que assegurasse condições mínimas àqueles incapazes de prover o seu próprio sustento (TAVARES, 2003, p. 60-61). Nessa ruptura com o modelo liberal, as constituições estabelecem objetivos, traçam programas de cunho social e econômico em benefício da sociedade, delas destacando-se um caráter transformador. Um Estado interventor na economia assume responsabilidades sociais (direitos de

---

<sup>8</sup> Constitucionalismo é termo não provido de significado único. André Ramos Tavares, por exemplo, identifica quatro sentidos a ele: movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário; imposição de que haja certas constituições escritas; indica os propósitos das constituições nas diversas sociedades; evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (acepção mais restrita). Destas acepções destacam-se a jurídica (sistema normativo delimitado na Constituição) e a sociológica (movimento social) (TAVARES, 2002, p. 1). Lenio Streck concebe o constitucionalismo “como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” Quanto ao neoconstitucionalismo, expressão que substitui por “Constitucionalismo Contemporâneo”, diz representar “um redimensionamento da práxis política-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito e no plano da teoria do direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria das normas (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)” (STRECK, 2011, p. 37).

segunda geração, como os relativos à previdência, habitação, saúde, educação), visando ao bem-estar da coletividade.

O constitucionalismo amolda juridicamente essa passagem e estabelece, programaticamente, as *políticas públicas* a serem implementadas e os *objetivos socioeconômicos* a serem alcançados. Duas Constituições marcam o constitucionalismo social do início do século passado: a mexicana (1917) e a de Weimar (1919). Esta, diz a doutrina, jamais efetivou suas promessas sociais, provavelmente por ter vigorado em momento de condições econômicas precárias (BARROSO, 2013, p. 57)

Admite-se, pois, a existência de uma relação condicionante entre economia e concretização de direitos prestacionais.

A despeito da necessidade de desempenho de funções sociais relevantes, o Estado-Providência - intervencionista, produtor, comerciante, prestador de serviços e consumidor - também entrou em crise. Ao atuar em todos os setores da vida social, agigantou-se, seja no que concerne ao seu poder de polícia (não mais restrito à segurança), seja no tocante ao extenso rol de atribuições que passou a desempenhar.

Por isso, passou-se a sustentar que a diminuição do tamanho do Estado seria capaz de resolver os problemas por ele criados em virtude de sua presença crescente nas mais variadas relações socioeconômicas. Porém, não é abandonada a ideia de intervenção limitada à desregulação da economia; uma espécie de reliberalização dos mercados, objetivando-se o fortalecimento financeiro do Estado então designado de neoliberal ou social liberal. Tal modelo é apontado como a solução dos problemas decorrentes das crises econômicas do século XX e sua consolidação se dá, no campo político, com a eleição de Margareth Thatcher (Inglaterra, 1979), Ronald Reagan (Estados Unidos, 1980), Helmut Kohl (Alemanha, 1982) e Schluter (Dinamarca, 1983). Representando certa alternativa progressista no sul da Europa, Mitterrand (França), González (Espanha), Soares (Portugal) e Craxi (Itália), sucumbiram à realidade econômica mundial. No final dos anos 80, somente resistiam à onda neoliberal Suécia e Áustria. No Brasil, conta Marcello Cerqueira, o neoliberalismo tornou-se experimento em 1990, no Governo Collor, e se intensificou na chamada “era FHC”, de 1994 a 2002 (CERQUEIRA, 2005, p. 31).

Questionando a disseminação da ideologia neoliberal, Plauto Faraco de Azevedo (1999, p. 96-100), delinea as coordenadas fundamentais do neoliberalismo

e exorta a necessidade de preservação do modelo de Estado-Social. Cita como teóricos contemporâneos da nova onda liberal os economistas Friedrich August Hayek e Milton Friedman. Na receita neoliberal, o poder do Estado deve ser reduzido ao mínimo e descentralizado, sendo a liberdade da empresa o fundamento da liberdade política. Acrescentando-se a essas medidas o ajuste fiscal-monetário, o controle da inflação e a redução dos gastos públicos (com os direitos sociais inclusive), tem-se a fórmula da ideologia neoliberal.

Com a crise do Estado social (ou do bem-estar social), verificada desde a década de 70 do século passado, e com o recrudescimento dos efeitos (negativos) globalizantes do modelo econômico neoliberal, clarifica-se a crise do próprio constitucionalismo, da Constituição e de sua efetividade, apresentando-se ostensivamente o perigo do retrocesso. O processo de globalização informado e fomentado pelo novo mercado exige das nações medidas econômicas reformistas, marcadas pela austeridade fiscal, redução das despesas públicas, privatização, flexibilização das relações de trabalho, reforma tributária e abertura dos mercados (PIOVESAN; IKAWA, 2005, p. 78).

O “Estado Social Constitucional se vê confrontado com seus próprios limites e com as transformações para as quais não se havia precavido [...]” Há, assim, a configuração de uma crise de satisfação das promessas constitucionais; uma crise quanto ao papel transformador creditado à Constituição e à efetividade de suas normas (BOLZAN DE MORAIS; ESPINDOLA, 2009, p. 92)

Não se olvide que, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, além de contemplar direitos sociais a serem prestados pelo Estado - conforme apresenta textualmente no artigo 6<sup>o</sup> e em outros de seus dispositivos – fixa objetivos fundamentais<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Na redação original, o artigo 6<sup>o</sup> enumerava os seguintes direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados. Com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 64/2010, acrescentou-se a alimentação e a moradia. “Artigo 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988)

<sup>10</sup> Art. 3<sup>o</sup> 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 formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

### 1.2.1 Força normativa da Constituição e constitucionalização do direito

Concomitantemente aos efeitos mais graves da crise econômica do segundo pós-guerra, na década de 1980, recrudescer o movimento que imprime um novo caráter às Constituições; o de documentos vinculantes dos poderes públicos, dotados de efetividade e de aplicabilidade inclusive em relação a particulares.

A convivência duradoura com as desigualdades socioeconômicas, as incertezas (inclusive jurídica) e a democracia instável - e sem plenitude (posto representativa, oligárquica e aristocrática) -, que marca a contemporaneidade em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, remete, instintivamente, à concepção sociológica lassaliana da Constituição “folha de papel”.

Segundo Lassale, as questões constitucionais são políticas e não jurídicas, com o que expressam a Constituição de um país as relações de poder nele dominantes - o poder militar, o poder social dos latifundiários, o poder econômico da grande indústria e do capital, e o poder intelectual representado pela consciência e cultura gerais. Das relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores se extrai a força ativa determinante das leis e das instituições. Esses fatores reais do poder é que formam a Constituição real de um país (LASSALE apud HESSE, 1991, p. 9).

A respeito da concepção de Lassale, Marcelo Neves pondera tratar-se de compreensão da Constituição numa dimensão socioeconômica e sociopolítica, eis que considera “as normas jurídicas constitucionais como mera expressão da Constituição ‘real’, da qual seriam absolutamente dependentes, sem nenhuma reação condicionadora.” Para o autor, Lassale “desconhece que o ordenamento [...] constitucional tem uma relativa autonomia em face do processo real de poder, condicionando-o em certa medida” (NEVES, 2013, p. 58-59).

Konrad Hesse, em sua resposta a Lassale, não despreza o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição e declara haver um condicionamento recíproco entre estes e a ordem jurídica constitucional. Por isso propõe “encontrar um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro.” Diz não haver separação radical, no plano constitucional, entre realidade (ser) e norma (dever ser), pois a Constituição não configura apenas expressão de um ser. Ela significa mais do que simples reflexão

das condições fáticas de sua vigência - forças sociais e políticas – porque procura imprimir (dever ser) ordem e conformação à realidade política, sendo determinada pela realidade social e desta é determinante. As constituições “real” e “jurídica” estão em relação de coordenação, condicionando-se mutuamente, mas não dependendo uma da outra (HESSE, 1991, p. 14-15).

O publicista alemão em comento, diz que a força normativa da Constituição não depende apenas de sua adaptação a uma dada realidade, mas, também, se as tarefas que suas normas se efetivem. Apresenta pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa, os quais podem ser resumidos na maior correspondência possível (da Constituição) à realidade e na adaptabilidade dela às mudanças das condicionantes (elementos sociais, políticos e econômicos), pois a necessidade de constante revisão constitucional leva à desvalorização de sua força normativa. A interpretação adequada da Constituição é aquela que concretiza o sentido de proposição normativa dentro de condições reais, ou seja, está submetida à máxima concretização da norma, mas mudanças nas relações fáticas podem provocar mudanças na interpretação. Daí afirmar que “a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo”, porém, em “caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca” (HESSE, 1991, p. 19-25).

Uma “volta a Lassale” é ensaiada para entender o constitucionalismo periférico. Embora não se reduza o problema da baixa efetividade das constituições latino-americanas ao modelo “folha de papel”, é fato que elas gozam de impacto político, social e jurídico, isto é, conforme consta da lição de Lassale, que as questões constitucionais não são meramente jurídicas<sup>11</sup>, mas também políticas, questões de poder (BERCOVICI, 2004, p. 288-289).

---

<sup>11</sup> No texto citado, Gilberto Bercovici critica a mera transplantação de modelos interpretativos europeus ou norte-americanos à realidade dos países periféricos e a falta de reflexão mais aprofundada sobre o Estado em sua relação com a sociedade, a qual (relação) revela uma soberania (popular) bloqueada por fatores externos e internos. Reclama uma teoria da Constituição adequada a países de modernidade tardia. Nega a compreensão da Constituição como entidade normativa independente e autônoma, apartada da história e temporalidade que lhe são próprias. Aborda o tema da constitucionalização simbólica, suas causas e seus efeitos. Ressaltando que o direito constitucional é um direito político e que a Constituição não pode ter a pretensão de resumir e abarcar em si a totalidade do político, coloca em dúvida a adequabilidade da teoria da Constituição dirigente, cujo dirigismo leva à despolitização das questões constitucionais (BERCOVICI, 2004, 263-288).

Na doutrina pátria, importantes e esclarecedoras são as lições de Paulo Bonavides a respeito da *normatividade da Constituição*. Traçando a evolução do constitucionalismo em paralelo à do positivismo jurídico, ensina que a “Constituição do positivismo jurídico-estatal é formalista e fechada, composta de preceitos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com sentido material da Constituição”. Sua mudança é função exclusiva do legislador, o constituinte, e não do intérprete. Com isso as constituições liberais, positivistas, tornam-se objeto de um “formalismo nihilista ou esvaziante”, pois se atrasam com os fatos e com a realidade (BONAVIDES, 2002, p. 149-153).

Segundo o autor, com o *decisionismo schmittiano* ocorre o *desmembramento da Constituição da norma*, a desvalorização de sua normatividade. Essa teoria compreende uma “legitimação dissimulada do estado absoluto, autoritário.” A ideia é tornar a Constituição “inferior, cativa, secundária, relativa”, sujeitando-a a um *decisionismo político extremo*. Em outras palavras, “desfazer pela via material a juridicidade das Constituições, cujos conteúdos se tornam assim indiferentes, desde que um só valor – daquele órgão de vontade que atua como poder constituinte – sobrerresta soberano ou supremo.” Schmitt, afirma Paulo Bonavides, “é mais formalista do que material, não se prestando, pois, a fundamentar uma teoria material da Constituição, apesar de haver ele partido da realidade e não da norma, ressaltando sobretudo o lado político das Constituições” (BONAVIDES, 2002, p. 149-154).

Paulo Bonavides aponta a *crise de juridicidade* (e legitimidade) das Constituições. Porque utilizada pelo Estado segundo sua exclusiva conveniência, “com os casuísmos de conteúdo e com a indiferença a considerações relativas ao direito justo”, a lei (e a Constituição) entrou em declínio; perdeu seu peculiar caráter de generalidade e abstração. Outro motivo do afrouxamento da juridicidade da lei e da Constituição coincide com a transferência da função de legislar, do Parlamento para o Executivo. Na acepção schmittiana de lei-ato, a lei e a Constituição tomam cada vez mais a dimensão de um conceito político. Comungando da teoria de Konrad Hesse, o autor conclui: “A verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade. Quando isso não ocorre, a Constituição formal se distancia da real e com a perda de juridicidade e eficácia se transforma num fantasma de papel” (BONAVIDES, 2002, p. 160-163).

Discorrendo sobre as transformações do Direito Constitucional contemporâneo, Luís Roberto Barroso refere-se ao paradigma da força normativa da Constituição como atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica (dotada de imperatividade e cuja inobservância desafia mecanismos próprios de cumprimento forçado), constituindo uma das grandes mudanças ocorridas ao longo do século XX. O autor afirma que, assim, restou superado “o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos” (BARROSO, 2013, p. 284 e nota de rodapé).

A função da Constituição é potencializada pelas ideias trazidas com o chamado *neoconstitucionalismo*, segundo o qual a Constituição “passa a uma situação de *onipresença* na ordem jurídica, evocando um esforço constante dos tribunais para sua concretização” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 27).

Contemporaneamente, a Constituição é vista com caráter transformador, cumprindo ao Estado o respeito à soberania popular e, ao mesmo tempo, a garantia de observância aos princípios nela consagrados (BINENBOJM, 2004, p. 9-10). A marca desse momento é a primazia de aplicação direta da Constituição, orientada especialmente por princípios e fundada em forte atividade judicial (a jurisdição constitucional se encarrega de realizar o projeto constitucionalista), que faz da efetividade dos direitos fundamentais a sua principal razão de ser.

Como assinala Gustavo Zagrebelsky, no Estado Constitucional a Constituição tem a importantíssima função de assegurar a unidade de sociedades inteiras divididas em seu interior e concorrentes, objetivo que se busca alcançar com o princípio da constitucionalidade (ZAGREBELSKY, 2009, p. 40, tradução nossa<sup>12</sup>).

Não é outra a percepção de Pietro Alarcón, para quem a “Constituição deixou de ser considerada mera receita sobre o funcionamento do Estado, de cunho meramente político ou documento de meras intenções”, e constitui “uma plataforma de partida que representa a garantia de legitimidade para cada um dos setores sociais” (ALARCÓN, 2014, p. 165-166).

---

<sup>12</sup> No original: “Y esta instancia más alta assume ahora la importantísima función de mantener unidas y em paz sociedades enteras divididas em su interior y cuncurrenciales. Una función inexistente em outro tempo, cuando la sociedade política estaba, y se presuponía que era em sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de la constitucionalidade es el que debe assegurar la consecución de este objetivo de unidad.

A Constituição vai além da reprodução normativa do estágio da “luta entre os diversos atores políticos e econômicos de uma sociedade determinada”, passando a refletir “uma decisão sobre a forma de ser do Estado durante uma etapa da história” e a submeter o poder ao Direito. Sua força normativa é “um princípio dirigido à interpretação da práxis econômica, política e cultural.” No constitucionalismo contemporâneo, a Constituição é vista como um projeto ou programa de transformação social e política, que condiciona o modelo econômico e a ação do Estado Social - garantia jurisdicional (ALARCÓN, 2014, p. 166-167 e 173-174).

No constitucionalismo brasileiro, observa-se, desde o início da década de 1980, a teoria normativa da *Constituição dirigente*, “cujo aspecto central é a afirmação de que também os dispositivos constitucionais instituidores de programas de ação (dispositivos programáticos) são normas e devem ser aplicados”. Essa ordem do dirigismo constitucional fez surgir a doutrina da efetividade, segundo a qual, se a Constituição traz um projeto social adequado que, todavia, carece de efetivação, não há porque debater a respeito da realidade (social) que o condiciona ou acerca de sua justificação racional; a missão é efetivá-lo (SOUZA NETO, 2006, p. 259-262).

Daí afirmar-se que a Constituição dirigente subsiste na teoria constitucional pátria contemporânea.

São consideradas dirigentes as constituições que contêm um “bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem diretivas e estatuem imposições” (GRAU, 2003, p. XV).

A questão da “sobrevivência” da Constituição dirigente se deve às declarações de J.J. Gomes Canotilho, no prefácio da segunda edição de seu *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: “A Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si, operar transformações emancipatórias” (CANOTILHO, 2001, prefácio)

A teoria da Constituição dirigente recebe críticas.

Haveria contraposição à teoria da constituição da democracia deliberativa no que tange à predefinição dos resultados. Argumenta-se que para a teoria cooperativa da democracia deliberativa não cabe estabelecer para as gerações futuras um projeto social predeterminado, o que levaria à petrificação doutrinária e negaria a possibilidade de realização de outros projetos sociais futuros. Justifica-se

argumentando que com o distanciamento da promulgação da Constituição, a legitimação do poder constituinte vai perdendo densidade e, ao longo prazo, o projeto social preestabelecido representa um esvaziamento da soberania popular, já que impõe à autonomia pública restrições não fundadas no princípio democrático. Diz-se, ainda, elitista e antidemocrática a Constituição dirigente, à medida que limita a deliberação a princípios substantivos previamente determinados, contrariando a diversidade, a complexidade cultural e o pluralismo político<sup>13</sup>, princípios estes preestabelecidos segundo a vontade de uma maioria momentânea e cujo conteúdo restaria definido por grupo, econômico ou mesmo político - estatal ou não -, ou mesmo pelo Judiciário (SOUZA NETO, 2006, p. 268-274).

Gilberto Bercovici lembra que no universo normativo fechado da teoria da Constituição dirigente “prosperou o ‘positivismo jurisprudencial’ e a despolitização das questões constitucionais”, e que a Constituição “não pode ter a pretensão de resumir ou abarcar em si a totalidade do político” (BERCOVICI, 2004, p. 287-289).

Dos críticos diverge Lenio Streck, para quem o constitucionalismo-dirigente adequado no Brasil se faz necessário e a Constituição “aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito [...]”. Conforme o autor, a defesa do caráter dirigente da Constituição – uma “Teoria Adequada a Países de Modernidade Tardia – *representa introduzir um republicanismo que se opõe ao patrimonialismo e à carência de uma esfera pública suficientemente desenvolvida*” (STRECK, 2011, p. 88-89).

A discussão não comporta outras elucubrações; afinal, o próprio jurista lusitano, em evento organizado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>14</sup>, no ano de 2002, respondeu que as constituições dirigentes vão sobreviver. Elucidou, no entanto, que, quando os esquemas políticos, sociais, econômicos e culturais sejam outros, quando as novas gerações não se identificarem com a Constituição, quando ela deixar de ter força reflexiva (capacidade de conformação da própria realidade social), ela caducará e será substituída. Isto é, “elas existirão enquanto forem historicamente necessárias” (CANOTILHO, 2003b, p. 40-41). Comentando a

---

<sup>13</sup> Também sobre essa (suposta) contradição entre dirigismo constitucional e pluralismo político, respondeu o Professor J. J. Gomes Canotilho; diz tratar-se de ideia muito divulgada em Portugal, com a qual, todavia, não compartilha, pois as “dimensões económicas, sociais e culturais [inerentes ao pluralismo] não impediram a evolução e não impediram, pelo menos de forma radical, várias políticas alternativas” (CANOTILHO, 2003b, p. 37).

<sup>14</sup> O evento, do qual participaram alguns dos maiores jusconstitucionalistas brasileiros, resultou no livro “Canotilho e a Constituição dirigente”, organizado por Jacinto Nelson Miranda Coutinho.

resposta de Gomes Canotilho, Lenio Streck, na mesma obra coletiva, contextualizando a questão (“a Constituição dirigente morreu?”), afirma subsistir a ideia da Constituição dirigente e compromissária (STRECK, 2003, p. 81).

De fato, a realidade brasileira contemporânea não pode abdicar do caráter dirigente da Constituição de 1988, que subsiste por necessidade histórica.

Ainda que sob o enfoque da *doutrina da efetividade* inserida na “passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem” (BARROSO, 2013, p. 247-248), o emprego da força normativa da Constituição na (busca da) conformação da realidade social, econômica e política a partir dos valores expostos no direito constitucional decorre da supremacia material de suas normas e da *invasão da Constituição* - a constitucionalização da ordem jurídica (ALARCÓN, 2014, p. 171).

Toma-se essa figura da *constitucionalização do direito* conforme delineada por Luís Roberto Barroso. Ao se colocar no centro do ordenamento jurídico, a Constituição expande o conteúdo material e axiológico de suas normas, especialmente os princípios (dotados de conteúdo normativo no pós-positivismo), a todo o sistema jurídico, vinculando a atuação dos Poderes, sem prejuízo de sua repercussão entre os particulares (BARROSO, 2013, p. 378-379).

Não há, pois, interpretação e tomada de decisão estatal livre (desvinculada) da Constituição - dos direitos fundamentais e das demais pautas constitucionais. E não há dissenso quanto a vinculação direta do Estado-Administração às normas constitucionais.

José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, enfrenta a questão ao tratar do chamado *princípio da constitucionalidade imediata da Administração*. Ensina que esta só pode exercer sua competência executiva segundo leis constitucionais, aquelas compatíveis com preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias, e interpretando-as conforme a Constituição (CANOTILHO, 2003a, p. 442-445). Do mesmo modo destaca-se a posição de José Carlos Vieira de Andrade, que, invocando um duplo regime jurídico constitucional para os direitos fundamentais, afirma que “os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias vinculam também o poder administrativo, incluindo aí os órgãos da Administração do Estado e das regiões autónomas, as autarquias e outras pessoas coletivas públicas” (ANDRADE, 1998, p. 266).

Não trilhando outro caminho, Marçal Justen Filho sustenta que a atividade administrativa deve estar impregnada do *“espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados”*. O critério de legitimação do direito, o administrativo inclusive, reside na preservação dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2009, p. 15).

Essa mudança paradigmática sobre a eficácia direta das normas constitucionais em relação à Administração conduziu à redefinição do conteúdo do princípio da legalidade. A Constituição passa de mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador à norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa (BINENBOJM, 2008, p. 14-15).

É nessa perspectiva, da vinculação direta e imediata às normas constitucionais, que se tem buscado - pela via judicial - dar concretização aos direitos fundamentais. Em outras palavras, em decorrência da força normativa da Constituição e diante do dirigismo constitucional, as normas constitucionais surtiriam efeito de plano e ganhariam aplicabilidade imediata, vinculando o legislador e o executor ao programa constitucional, que, não cumprido, possibilitaria ao Judiciário a realização das diretrizes constitucionais.

Mas, e quanto às normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem dos Poderes competentes a formulação de políticas públicas para entrega da prestação respectiva? E mais, já não teriam sido suficientemente regulados os direitos sociais estabelecidos na Carta de 88, notadamente os judicializados - saúde e educação -, vislumbrando-se, atualmente, mera crise de satisfação e não de certeza quanto à sua exigibilidade?

### **1.2.2 A eficácia jurídica das normas constitucionais definidoras de direitos sociais**

Consideradas as premissas acima (crise da democracia representativa e incapacidade ou impossibilidade de deliberação popular plena, organização de um Estado social e força normativa da Constituição), tende-se a admitir que as normas

constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais<sup>15</sup> apresentam alguma eficácia - jurídica<sup>16</sup> -, senão que possam ser aplicáveis diretamente e reivindicável minimamente o interesse nelas tutelado.

A doutrina as situa dentre aquelas dotadas de *eficácia limitada* (não produzem todos os seus efeitos de imediato, exigindo interposição legislativa infraconstitucional ou atividade administrativa para que seja integralmente cumprida) de *princípio programático*. Por meio de normas constitucionais programáticas<sup>17</sup> o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, traça-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 52).

São normas que apresentam baixa densidade normativa ou uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, pois estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contam com imposições dirigidas ao Legislativo; são inerentes ao Estado Social, à Constituição dirigente, já que, repita-se, impõem aos órgãos estatais a tarefa de concretizar os programas, fins, tarefas e ordens nelas contidos (SARLET, 2005, p. 293).

A dependência das normas programáticas (para exigibilidade e produção de efeitos jurídicos em maior grau) à atuação legislativa ordinária ou administrativa, tem justificativa na dificuldade de se definir, em nível constitucional, com certa precisão, qual o objeto da prestação estabelecida ao poder público. Exige-se discussão e deliberação que leve em conta o contexto socioeconômico.

A despeito dessa *baixa carga eficaz*, as normas de eficácia limitada produzem ao menos os seguintes efeitos: - eficácia derogatória; - vinculam o legislador à concretização de programas, impondo-lhe o dever de não se afastar dos

---

<sup>15</sup> Faz-se referência aos direitos sociais prestacionais, tais como aqueles enunciados no artigo 6º da Constituição, já citado, que não prescindem da elaboração de políticas públicas para sua concretização.

<sup>16</sup> No ponto, reputa-se eficácia jurídica “um atributo associado às normas e [que] consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas” (BARCELLOS, 2002, p. 59).

<sup>17</sup> A despeito de certa divergência doutrinária acerca do conceito da expressão “normas programáticas”, como por exemplo, nos moldes de Eros Grau, é no sentido da citação acima que se a considera neste trabalho. Tratando-se de normas - portanto dotadas de eficácia normativa -, discute-se, apenas, a extensão ou a carga desta (GRAU, 2003, p. XIX).

parâmetros preestabelecidos em tais normas, bem assim os demais Poderes; - funcionam como parâmetro de interpretação, integração e aplicação de todas as normas jurídicas, já que contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam a ordem jurídica; - atuam com dimensão negativa dos direitos a prestações, isto é, geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva (enquanto não concretizada pelo legislador, não enseja um direito à prestação específica, mas possibilita ao indivíduo exigir que o Estado se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental); - contam com eficácia vedativa de retrocesso social, se já objeto de concretização pelo legislador (SARLET, 2005, p. 296-300).

Especificamente no plano da judicialização das políticas públicas, questiona-se acerca do reconhecimento, ou não, de direitos subjetivos originários a prestações sociais decorrentes das normas de direitos fundamentais.

Kazuo Watanabe lembra que a dificuldade do Judiciário está em saber se todos são dotados da possibilidade de tutela jurisdicional, ou alguns deles dependem de prévia ponderação de outros poderes do Estado, consistente em formulação específica de política pública para sua implementação (WATANABE, 2011, p. 2).

Elival da Silva Ramos, cuidando da limitação eficaz das normas constitucionais, verbera que as normas programáticas, porque vinculadas a programas de ação governamental - as políticas públicas -, exigem do intérprete, para sua concretização, o dever de situá-las dentre aquelas dependentes de providência integrativa a cargo dos Poderes Públicos, “vale dizer, com norma de eficácia limitada programática (ou de princípio programático).” O autor não desconhece a existência de direitos sociais patenteados em norma diversa das de eficácia limitada, como se dá com o direito de greve, por exemplo. Todavia, após invocar a *reserva do possível*, reduzir a disposição do já citado parágrafo 1º do artigo 5º da Carta a mero princípio de interpretação (segundo o qual as normas definidoras de direitos fundamentais devem ser concretizadas de modo a lhes emprestar, sempre que possível, eficácia plena e aplicabilidade imediata) e explorar o instituto do mandado de injunção (e sua conformação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), conclui que o próprio ordenamento jurídico constitucional não desconhece a existência de normas de eficácia limitada preceptivas e programáticas (RAMOS, 2010, p. 194-198).

Escrevendo sobre o direito à saúde, Ana Paula de Barcellos o reputa inexigível - em sua plenitude - a partir tão somente do texto constitucional, por tratar-se de direito fundamental de natureza social prestacional e de caráter programático as normas constitucionais que o prevê, argumentação embasada na unidade da Constituição e em sua interpretação sistemática, sobretudo quando a concretização é judicial, neste caso por desafiar a separação dos poderes. Diz, todavia, admitir aplicabilidade imediata à norma constitucional que o contempla, o fazendo com base no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal<sup>18</sup>, porém, restringindo a *justiciabilidade ao padrão mínimo* extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez “contém, de fato, um campo livre para a deliberação política” (BARCELLOS, 2002, p. 206 e 253).

Ingo Sarlet não nega que as normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais prestacionais são de cunho programático e contém baixa densidade normativa ou normatividade insuficiente, donde necessária a intermediação legislativa para gozo de tais direitos. Ao tratar da justiciabilidade dos direitos fundamentais à prestação, o autor recorre aos princípios do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, que segundo ele estão na base de todos os direitos sociais. Ressalta que é no âmbito do direito à saúde, positivado em norma de cunho programático, que esses dois princípios se manifestam de forma mais contundente. Constata que os direitos sociais contêm um *padrão mínimo de segurança material* por meio de direitos fundamentais a conferir direito subjetivo a determinada prestação, porém que o reconhecimento desse direito se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado social de Direito, a reserva do possível (SARLET, 2005, p. 292-294, 325-326 e 348-351).

E sede de conclusão, o autor invoca uma função demarcatória do princípio da dignidade da pessoa humana na definição do que se tem convencionado denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. Para tanto, recorre à ponderação alexyana, vez que em hipóteses tais contrapõem-se valores nas circunstâncias do caso concreto. Assim, responde-se ao argumento da reserva de competência do Legislativo ou da separação dos poderes - e das demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações - com o valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana. Há que se reconhecer um direito

---

<sup>18</sup> “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. (BRASIL, 1988)

subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde o mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie* (SARLET, 2005, p. 354).

Como se observa, às normas programáticas definidoras de direitos sociais prestacionais se reconhece um direito subjetivo definitivo quando relacionado a uma prestação mínima, o fazendo com auxílio do princípio da dignidade da pessoa humana. Para além do mínimo existencial, tais normas conferem direito subjetivo *prima facie*, restando condicionada a possibilidade de tutela judicial ao resultado do processo de ponderação.

Acrescenta-se a essa investigação, à ponderação, “standards que a estruturam ou limitem” a fim de que não se converta em “deslavado decisionismo” (SARMENTO, 2008, p. 565-568).

Ricardo Pinha Alonso, advertindo que os direitos sociais “não são realizáveis no mundo dos fenômenos concretizados, pura e simplesmente porque estão previstos na Constituição”, confirma a dependência do seu exercício efetivo (eficácia plena) à “construção dos programas correspondentes, sujeitos a infindáveis variáveis, só detectadas no momento posterior ao da fixação constitucional”. O autor apresenta resposta acerca da possibilidade e da extensão do controle judicial das políticas públicas a partir da análise do problema relacionado à eficácia dos direitos sociais segundo cinco perspectivas distintas, a saber: quando a Constituição estabelece um direito social e “dispõe, de modo suficiente, a respeito das diretrizes que deverão ser seguidas na consecução dos objetivos”; quando a Constituição estabelece o direito social, mas não fixa “as premissas materiais necessárias para garantir, materialmente, o direito de que trata a norma”; quando o legislador se omite e não produz lei reguladora da previsão constitucional (que estabeleceu o direito social e dispôs de modo suficiente a respeito das “diretrizes que deverão ser seguidas na consecução dos objetivos”), necessária para definir ação concretizadora do Estado; quando o legislador “produz a lei de intermediação e o Estado, apesar disso, retarda ou omite-se na execução das tarefas”; quando o legislador não se omite e edita a norma intermediadora, que, no entanto, não é suficiente “à total concretização do objetivo constitucional ou, embora suficiente, deixa de alcançar todos os efeitos pela insuficiência da atividade material” (ALONSO, 2012, p. 124-128).

Quanto às prestações positivas do Estado, distinguem-se entre direitos sociais que poderiam ser considerados fundamentais (*status positivus libertatis*) e

direitos fundamentais que constituem aprimoramento do próprio Estado Democrático de Direito (*status positivus socialis*), que dependem do desenvolvimento econômico e social de um país. Assim, existiriam direitos sociais fundamentais exigíveis do Estado imediatamente, auto-aplicáveis a partir da Constituição, ou seja, sem a necessidade de intermediação do legislador, observado um mínimo social ou mínimos existenciais – que ele não define e concerne à eficácia das normas constitucionais da ordem social, e não à questão financeiro-orçamentária. Com a doutrina se conclui que as normas constitucionais relativas à ordem social impõem aos poderes “a criação de mecanismos de proteção e efetivo exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais”, e conferem ao cidadão “o direito a prestações positivas do Estado” (FRISCHEISEN, 2000, p. 46 e 66-69).

Dir-se-á que a discussão em torno da aplicabilidade imediata das normas que consagram direitos sociais prestacionais, diretamente a partir da Constituição, parece ter sido deixada em segundo plano diante da intermediação legislativa ordinária, como é o caso, por exemplo, do direito à saúde, regulado na Lei n. 8.080/90 (BRASIL, 1990), cujas normas visam à sua concretização e à estruturação do sistema. Isso deslocaria a discussão da judicialização das políticas públicas para a seara da sua efetivação, eficiência e suficiência.

Não obstante, ainda subsistem demandas e decisões cujo fundamento se dá, direta e exclusivamente, com base em norma constitucional (de eficácia limitada), não havendo resposta do Judiciário à questão da legitimidade democrática quanto à formulação judicial das políticas públicas.

De resto, tem-se que as normas definidoras de direitos sociais, porque programáticas, não têm, em regra, eficácia jurídica suficiente a conferir direito subjetivo, carecendo de conformação legislativa ou administrativa ulteriores para o pleno e efetivo exercício do interesse que busca tutelar. Necessitam, pois, da elaboração, implementação e execução de ações e programas definidos a partir da discussão sobre a melhor escolha (análise que se faz tecnicamente) a dar consecução ao comando normativo, que, por sua vez, exige deliberação pública. Em outras palavras, impõe-se a formulação de políticas públicas adequadas, que atendam ao interesse da coletividade universalmente, integralmente e com eficiência, que considere a finitude (e escassez) dos recursos públicos financeiros e que, por outro lado, não implique insuficiência, preterição e desigualdade de tratamento.

O ambiente do processo judicial se afigura o *locus* impróprio para a “formação da agenda” e a escolha das soluções de problemas que demandam planejamento. Essa assertiva decorre da análise conceitual, finalística e procedimental das políticas públicas, conforme delineado na seção n. 3.1 infra.

### 1.3 Separação de poderes

Se é indubitoso que a teoria da separação dos poderes tem desempenhado um papel primordial na conformação do tipo de Estado, também é certo que a recíproca é verdadeira; o modelo de Estado culmina por alterar a concepção da separação.

Segundo Nuno Piçarra, o princípio da separação dos poderes tem gerado, ao longo dos seus dois séculos de existência constitucional, a maior controvérsia doutrinária e dogmática, que vai da total rejeição à apologética. A íntima conexão do princípio citado com os temas essenciais do Direito Público e do Estado constitucional acarreta uma especial dificuldade na sua delimitação, enquanto objeto susceptível de tratamento autônomo, reconhece o mesmo autor (PIÇARRA, 1989, p. 11 e 14).

Essa constatação justifica a análise do conteúdo ou significado do princípio da separação de poderes na contemporaneidade, notadamente porque questionamento comum na seara da judicialização das políticas públicas. Diz-se, assim, vedado ao Judiciário controlar a política pública e empreender a sua formulação, porquanto competentes os Poderes Legislativo e Executivo.

No constitucionalismo contemporâneo, às normas constitucionais estão vinculados, direta e imediatamente, todos os Poderes públicos.

Antes reservado ao exercício do controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário da atual quadra histórica exerceria *função socioterapêutica*, corretiva de “desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais, além de assumir a tensão entre igualdade formal e justiça social” (CAMBI, 2011, p. 196), o fazendo diante da omissão do Legislador para dar sentido a norma ou mudar o sentido dela, invocando, não raras vezes, um espaço de discricionariedade ou manobra, que se justificaria, no caso concreto, para concretizar direitos fundamentais e atender ao comando constitucional.

Se a judicialização da política quando do controle de constitucionalidade propriamente dito já provocava o debate acerca do conteúdo do princípio da separação dos poderes, hodiernamente a polêmica ganha novos contornos, uma vez que o controle judicial se manifesta na seara das políticas públicas, intervindo o Judiciário para tomar a decisão política, estabelecer programas de ações “governamentais” e determinar a sua implementação.

Sem prejuízo da historicidade do princípio da separação dos poderes, nesta seção cabe a reflexão a respeito do seu conteúdo e do (novo) papel da jurisdição na nova ambiência do constitucionalismo contemporâneo, cujas características foram assinaladas.

### **1.3.1 Da separação de poderes à divisão de funções**

Dimensiona-se historicamente a separação dos poderes enquanto princípio constitucional característico de um tipo de Estado - o Estado de Direito. De um modo geral, a doutrina relaciona a teoria da separação de poderes ao constitucionalismo. Afinal, foi ela concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos e “acolhida e consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado” (DALLARI, 2001, p. 215).

No que diz respeito à distinção entre as funções estaduais (atribuição acometida a órgãos diferentes - separados), em nome, sobretudo, da liberdade individual, o princípio tem origem moderna: nasceu na Inglaterra, no século XVII. Todavia, conquanto prévio à Constituição, é a partir dela que constrói-se (PIÇARRA, 1989, p. 16-18).

Segundo Dalmo Dallari, encontra-se em Aristóteles o antecedente mais remoto da separação de poderes, para quem é injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, ao qual impossível exercê-lo com eficiência. Cita, também, a referência à identificação, em “O Príncipe”, de Maquiavel, na França do século XVI, de três Poderes (o parlamento, o rei e o judiciário). Atribui a Locke, no século XVII, o surgimento da primeira sistematização doutrinária da separação de poderes baseada no Estado inglês (aponta a existência de quatro funções fundamentais e exercidas por dois órgãos do poder: pelo Parlamento a função legislativa, e pelo rei a função executiva, que se desdobrava em outras duas, a

federativa e a prerrogativa (poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras). Refere-se a Montesquieu, que, em 1748, em seu “Espírito das Leis”, afirma a existência de três funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Por fim, cita a Declaração de Direitos da Virgínia, 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789, que asseguraram a separação dos poderes, destacando-se, desta última, a ênfase à falta de Constituição se não se garantisse a separação, à semelhança da frase atribuída a Montesquieu: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes” (DALLARI, 2001, p. 215-219).

Sobre a contribuição de Montesquieu, diz a doutrina que a grande inovação de sua obra consistiu em demarcar que as três funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos, estabelecendo uma divisão orgânica do Estado e, criando um sistema de compensação, para evitar que uma só pessoa, ou um único órgão, viesse a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2011, p. 347).

Clémerson Merlin Clève se refere ao “mito da separação” elaborado por Montesquieu e com Celso Bastos, ratifica que o mérito essencial da teoria de Montesquieu reside no fato de ele ter sido o primeiro a, de forma translúcida, afirmar que tais poderes devem corresponder a órgãos distintos e autônomos. Afirma que a intenção do pensador francês era elaborar uma teoria capaz de permitir uma forma equilibrada e moderada de governo, e mais, com poderes divididos de tal modo que, no interior da estrutura do estado, o poder se encarregasse de controlar ou limitar o próprio poder. Descreve Montesquieu como integrante da aristocracia francesa e, por isso, “pensador interessado que advogava a permanência dos privilégios de sua classe”. Segundo o autor, Montesquieu apresentava um modelo apto a conduzir ao exercício moderado do poder político, de tal maneira que, controlado o poder do absoluto, pudesse ser conservada a estrutura social proveniente, ainda do modo de produção feudal. Apesar disso, acolhe que a sua teoria se transformou “não em simples postulado de bom governo e de garantia das liberdades, mas também em receita de organização política reivindicada pela burguesia” (CLÈVE, 2000, p. 24-26).

Nuno Piçarra considera um erro a associação automática da doutrina da separação dos poderes ao nome de Montesquieu, posto que sua versão constituiu

“como que uma síntese sincrética daquilo que se considerou serem as raízes remotas e as raízes próximas desta doutrina.” Montesquieu não inventou a doutrina da separação dos poderes, não foi o primeiro a propô-la com o sentido, o alcance e os objetivos que classicamente lhe são assinalados; disse pouco ou nada de original acerca da teoria, mas destaca sua importância para transformar a doutrina inglesa da separação dos poderes em critério do Estado Constitucional (PIÇARRA, 1989, p. 19-21, 89 e 122-123).

O constitucionalista lusitano analisa a separação dos poderes segundo o *conceito moderno-iluminista de lei* - norma geral e abstrata, imputável à vontade geral do povo soberano, a quem exclusivamente deve a sua existência. A sua validade e essência deve-se à racionalidade - a intenção da vontade legisladora -, a qual torna-se mais visível a partir do momento em que se conclui que o povo soberano, titular único do poder legislativo, se revela insuscetível de o exercer na prática, necessitando, por isso, delegá-lo a representantes reunidos em assembleia, a quem caberá explicitar a razão informadora das leis a aprovar (PIÇARRA, 1989, p. 156-157).

Em outras palavras, reduzindo-se o político ao normativo-legal e identificando-se o Estado com o Direito, todas as funções estatais tornam-se meramente jurídicas e a sua classificação há de ser feita a partir da função legislativa. Em nome do princípio da separação dos poderes proíbe-se qualquer tentativa de limitar o poder legislativo em seu monopólio de determinação do Direito através da lei, o que incluiu o controle jurisdicional de constitucionalidade (das leis).

A visão montesquiana demarcou o exercício das três funções identificadas por órgãos distintos, estabelecendo, pois, uma divisão orgânica do Estado. Criou-se, assim, um sistema de compensação, evitando que um único órgão concentrasse em suas mãos todo o poder do Estado. Dessa concepção, aceita até os dias atuais, decorre que o poder do Estado é uno e, ainda, conforme leciona José Afonso da Silva, indivisível e indelegável, consistindo a sua “divisão” apenas em confiar cada uma das funções governamentais a órgãos diferentes (SILVA, 2009, p. 107-108).

Daí dizer-se que, como “o poder político, enquanto poder inicial do poder constituinte originário, é indivisível, o princípio da separação dos poderes trata da forma de exercício de funções inerentes ao poder [...]” (ALARCÓN, 2014, p. 212).

No mesmo sentido, Clémerson Merlin Clève: “Quando a doutrina alude à teoria da separação dos poderes, está querendo fazer menção a um órgão estatal

autônomo ou a uma função de Estado” (CLÈVE, 2000, p. 29). E Dalmo Dallari: “Embora seja clássica a expressão separação de poderes, o poder do Estado é uno e indivisível, e não se quebra pelo seu exercício por vários órgãos” (DALLARI, 2001, p. 219).

Em Celso Bastos consta que desde Aristóteles se reconhece que a atividade estatal é suscetível de ser dividida num certo número de categorias, agrupando, cada qual, atos estatais que apresentem em si traços de uniformidade. Tais atos são frutos do mesmo poder. Por isso ser incorreto afirmar-se tripartição de poderes estatais. A divisão não se refere ao poder, que é uno, mas às diferentes funções exercidas por órgãos estatais - “instrumentos de que se vale o Estado para exercitar as funções descritas na Constituição” (BASTOS, 1998, p. 339-340).

Michel Temer também considera equivocada a utilização da expressão “tripartição dos poderes”, pois poder é uma unidade, é um atributo do Estado. Poder é expressão que pode ser entendida segundo três acepções: poder enquanto revelação da soberania - artigo 1º da Constituição Federal -, poder enquanto órgão do Estado - art. 2º da mesma Carta - e poder enquanto função - artigos 44, 76 e 92 da Carta de 88 - (TEMER, 2001, p. 117-118), que Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior conceituam como “a capacidade de determinar o comportamento de outras pessoas [...]” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2011, p. 347).

A unidade do poder estatal é característica fundamental para deixar assentada a concepção de que ele (poder) se exterioriza por meio de funções. Assim, uma é a vontade estatal, que se manifesta por meio de suas funções executiva, legislativa e judiciária, cujos órgãos inter-relacionam-se harmonicamente, cada qual mantendo o respectivo âmbito de independência e autonomia em relação aos demais. A ideia é a de que “atribuindo-se as funções do poder a mãos diferentes, uma controlaria a outra, evitando o arbítrio e, por conseguinte, fornecendo condições objetivas para o respeito aos direitos individuais” (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2011, p. 347-349).

Sintetizando essa transformação da concepção do princípio da separação dos poderes, Celso Bastos se refere à flexibilização, uma divisão flexível das funções na aplicação atual da teoria da separação dos poderes, em que cada poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras duas a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela. Isto é, exercem funções atípicas, próprias de outros órgãos.

Para o constitucionalista, na atualidade do Estado Social e Democrático de Direito, essa flexibilização tem-se mais acentuada, “não se limitando ao exercício das chamadas funções atípicas; ao menos no que tange à concretização de direitos fundamentais sociais prestacionais pela via judicial, fruto da jurisdição constitucional” (BASTOS, 1998, p. 343).

Essa modificação justificou-se na incapacidade da ideia clássica da separação de poderes de assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado, ou, como sentencia Dalmo Dallari, nas injustiças assumidas à sombra da separação de poderes que marcaram o liberalismo, como a acentuada desigualdade e a garantia de liberdade apenas para alguns privilegiados. Isso forçou reconhecer-se que “o dogma da rígida separação formal está superado” e exigindo-se a reorganização do Estado, “de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos” (DALLARI, 2001, p. 221-222).

A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes. Muita coisa mudou no século XX. O modelo do Estado social é apontado como um dos fatores responsáveis por essa transformação. Dir-se-á que a demanda (da sociedade) pelo Estado e suas omissões e ineficiência levaram à revisão “da separação”, permitindo-se que um Poder em tese não competente (segundo a noção clássica) imprimisse intervenção visando à efetivação de direitos assegurados pela Constituição dotada de força normativa.

Paulo Bonavides é enfático em afirmar que o princípio da separação de poderes, hoje, não desperta o fascínio do início do constitucionalismo ocidental. Considera-o “princípio atenuado” e “decadente na técnica do constitucionalismo”, em “virtude das contradições e incompatibilidades em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade” (BONAVIDES, 2007, p. 64-65 e 86)

Pietro Alarcón não diverge de Bonavides e recusa uma transposição automática das teses de Montesquieu à sociedade política de hoje, bem como reconhece na concepção contemporânea da separação dos poderes duas dimensões, uma negativa, na qual a separação se apresenta como divisão, controle e limite do poder, e uma positiva, na qual a separação se converte em princípio de responsabilidade - se expõe como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (ALARCÓN, 2014, p. 218-219).

Nuno Piçarra assenta que o princípio da separação dos poderes no Estado de Direito contemporâneo é entendido “numa aceção orgânico-funcional ou normativa”, sendo que a ideia de controle, fiscalização e também coordenação recíprocos tornou-se o centro de gravidade do princípio da separação dos poderes. Trazendo o Judiciário para o debate da “transformação”, o autor português o considera o mais adequado no sistema de controles jurídicos, ou o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes (PIÇARRA, 1999, p. 245 e 258).

Se a natureza da lei é política e jurídica, se a política pode sobrepor-se à jurídica, postergando valores jurídico-constitucionais fundamentais, e se no Estado de Direito há um freio e um contrapeso, “o poder mais adequado e idôneo” para garantir esses valores é o judicial, “cuja função se caracteriza pela sua natureza exclusivamente jurídica, despida de compromisso ou intenção política conjuntural.” No Estado de Direito contemporâneo, a tutela dos objetivos e princípios constitucionais (parâmetros de validade da lei) cabe aos tribunais, cuja função de contra-poder do legislador considerar-se-á legítima se se confinar no controle exclusivamente jurídico. Os tribunais não estão legitimados a substituir o legislador, o que implicaria invasão da liberdade de conformação política do Legislativo e usurpação do núcleo essencial da competência legislativa. Também a qualificação democrática da atuação do legislador representaria uma contenção ao controle judicial, “uma judicial self-restraint quanto aos juízos de natureza política contidos na lei cuja constitucionalidade é questionada” (PIÇARRA, 1989, p. 260-261).

Nada obstante, diante da falência da tripartição e a progressiva diminuição da intensidade e estreitamento das fronteiras entre as diversas funções do Estado, bem como da fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, reconhece que a doutrina busca a se fixar numa *análise das funções do Estado constitucionalmente adequada*, no quadro de uma *Constituição concreta*. Não descarta o princípio, nem o desvaloriza, pois, numa dimensão orgânico-funcional, a separação dos poderes deve continuar a ser encarada como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estatal no interesse da liberdade, seguramente o seu núcleo imutável, diz o autor. Invocando a preocupação de justiça social própria do Estado pós-moderno, assevera que o princípio deve, na atualidade, garantir “uma estrutura orgânica funcionalmente justa”, um “princípio de organização óptima das funções” do Estado

contemporâneo, que deve ser ativo e cujas prestações correspondem aos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais (PIÇARRA, 1989, p. 264 e 26).

Essa nova perspectiva do princípio da separação de poderes - divisão de funções -, conformada pelo axioma da sociabilidade do Estado contemporâneo, torna-os (Poderes) verdadeiramente solidários na atividade de efetivar os direitos fundamentais (especialmente os sociais, econômicos e culturais), inclusive no que diz respeito à produção e aplicação do Direito, vinculados que estão aos mesmos objetivos.

Em sua crítica ao ativismo judicial, Elival da Silva Ramos acentua que a nova divisão de funções - “rateio funcional” segundo sua designação -, no contexto de um Estado que reúne garantia da liberdade e igualdade, deve assumir outros contornos, “profundamente diversos [e] compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão” (RAMOS, 2010, p. 114).

A respeito dos reflexos dessa mudança no papel da jurisdição, Tercio Sampaio Ferraz Júnior traz à tona a ideia de *desneutralização política*, que era justificável no contexto do florescimento da separação dos poderes. As condições são outras e aumentou consideravelmente o nível de complexidade da vida humana. Assim, no “campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos [...] passa a ser chamado para uma avaliação prospectiva e um ‘julgamento’ do que ele é e poderá fazer.” Com o Estado social adveio o problema da liberdade positiva, participativa, um princípio a ser realizado que não prescinde da realização do direito à igualdade a tornar todos iguais nas condições de acesso à plena cidadania. Também os direitos sociais, com sentido promocional prospectivo, colocam-se como exigência. Diante da violação ou da não implementação desses direitos cabe ao Judiciário “não apenas julgar, mas também, e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Essa corresponsabilidade quanto à exigência de correção dos desvios na consecução das finalidades a serem atingidas, afeta a neutralidade (política) do juiz, alterando-se, também, a sua posição e o seu modo de agir, já que é chamado a exercer uma “função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 19).

### 1.3.2 Função jurisdicional no Estado contemporâneo

Conquanto exerça função ordenadora, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social e de controle social, o Direito produzido ordinariamente pode não restar suficiente para evitar conflitos decorrentes da insatisfação desses interesses. Antes, ele pode ser fonte das crises de certeza e satisfação. A solução é buscada na jurisdição como função estatal pacificadora, que se desenvolve segundo o sistema processual (CINTRA et al., 2000, p. 19-25).

A teoria do processo e, conseqüentemente, o seu instituto fundamental, a jurisdição, são marcados pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. As normas constitucionais traçam as linhas mestras do processo e a atividade jurisdicional deve realizar os fins do Estado segundo o modelo traçado na Constituição (MARINONI, 2000, p. 21).

No modelo do Estado de direito liberal, erigido o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição, o juiz foi reduzido a “boca da lei” – definição de Montesquieu. Sendo a lei o direito, e o direito a certeza, recusava-se ao juiz o exercício de juízos de verossimilhanças, cumprindo-lhe a busca da verdade (real). O positivismo jurídico (direito é norma imposta pela vontade política dominante), conseqüente da concepção liberal de direito (lei), manteve-se no sistema do Estado social, igualmente limitando a atividade jurisdicional à mera aplicação mecânica das normas jurídicas (MARINONI, 2007, p. 29-30 e 41-43).

É da tradição dos juízes o espírito conservador, a mentalidade retrospectiva que não foi alterada no Estado moderno; sua função é interpretar o direito vigente, quando muito adaptando-o, dentro de estreitos limites, às circunstâncias novas, inexistentes ou imprevistas. (COMPARATO, 2006, p. 675)

Todavia, como a organização do Estado contemporâneo é claramente teleológica, aos poderes públicos são assinados objetivos fundamentais que devem nortear a sua ação. O surgimento dos novos direitos (econômicos, sociais e culturais), dá impulso à definição do acesso à justiça como garantia de sua realização, pena de não passarem de meras promessas ou declarações políticas.

Em decorrência dessa orientação teleológica do direito público contemporâneo, Fábio Konder Comparato pontua que a função primordial do Estado já não é apenas a edição de leis - a fixação de balizas de conduta -, mas também, e sobretudo, a realização de políticas públicas ou programas de ação governamental,

em todos os níveis e setores. Segundo o autor, a atuação do Judiciário há de ser substancialmente transformada para acompanhar essa evolução, pois, contemporaneamente, as violações à ordem jurídica não são apenas de natureza comissiva e o Estado conflita com a ordem jurídica também por omissão, por exemplo, abstendo-se de implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais (COMPARATO, 2006, p. 676-677).

O constitucionalismo contemporâneo contempla um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, levando à mudança de paradigma e criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. O intérprete torna-se coparticipante do processo de “criação do direito”, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as possíveis (BARROSO, 2005, p. 8).

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a Constituição de 1988, ao conferir ao Judiciário o papel de controle dos demais Poderes, o faz no sentido de comando - e não de mera fiscalização ou verificação -, constituindo faculdade intrinsecamente política. A Carta, diz o autor, “lhe deu um certo distanciamento em relação à lei que não admitia a doutrina clássica”, insinuando-se um controle de legitimidade, ou seja, não restrito à esfera da legalidade. (FERREIRA FILHO, 2003, p. 211)

Em revisão à separação entre os Poderes, Rodolfo de Camargo Mancuso anota o desvanecimento “da concepção de uma resposta judiciária neutra, asséptica e desengajada, hoje se reclamando uma nova postura do juiz, que se diria pró-ativa, nesse sentido de não apegada apenas no desenvolvimento válido e regular do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) [...]” (MANCUSO, 2009, p. 387).

Diante dessas mudanças, recorrer à justiça deixa de ser considerado mero acesso ao processo, cuja “finalidade principal é proporcionar a ordem jurídica justa, assegurando àquele que tem direito, tudo o que efetivamente merece e faz jus em face do direito material.” (SOUZA; SOUZA FILHO, 2012, p. 231). Fala-se na busca da *efetividade do processo*, que pressupõe a eliminação de obstáculos que ameaçam a realização de uma decisão justa relacionados a alguns aspectos: a universalização da jurisdição e admissão ao processo mediante a eliminação dos custos e a substituição da concepção individualista pela tutela dos interesses coletivos, um juiz mais participativo, “protagonista do drama processual” e decisões justas e úteis. (CINTRA et al., 2000, p. 34-35)

Como bem defendeu Edinilson Donisete Machado, não cabe mais a discussão em torno da divisão de poderes, “como instrumento estanque das funções, mas sim o princípio de que todas as funções não devem ser entregues em mãos de um só.” (MACHADO, 2011, p. 104) No Estado constitucional hodierno, os direitos fundamentais e a separação dos poderes rejeitam a existência de um soberano. Os princípios e as competências constitucionais distribuídas pelos vários órgãos impedem a eleição de um poder soberano a sobrepor-se à própria Constituição. (PIÇARRA, 1989, p. 190-191)

Nem mesmo o Judiciário deve ser erguido ao nível de soberano. Revesti-lo com a toga de “superpoder”, cuja atividade, registra-se, desempenha sem *responsividade - accountability* -, o torna absoluto, faz recrudescer da ideia de (seu) controle externo e coloca em risco o Estado e a democracia - a soberania popular.

Todavia, seu protagonismo no Brasil, desde os anos 1990, se vê impulsionado pela ausência, ineficiência e leniência dos demais Poderes, inclusive, e principalmente, quanto à concretização dos direitos fundamentais prestacionais. Somando-se a isso a nova ordem do sistema processual - para além do acesso à justiça, o acesso à ordem jurídica justa - resta fomentado o controle judicial das políticas públicas num quadro de expansão da jurisdição constitucional, a desaguar, muitas vezes, no que se tem definido como ativismo judicial.

## 2 EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Nas seções antecedentes foram examinados alguns dos fatores impulsionadores da expansão da judicialização da política com arrimo na Constituição. Apenas por uma questão metodológica deixa-se para esta seção a análise de três fenômenos sociojurídicos: a inefetividade da Constituição (a sua inobservância da Constituição resulta na não-concretização do Estado social), o momento pós-positivista e o ativismo judicial, este numa abordagem meramente conceitual. Os dois primeiros contribuem para a expansão da jurisdição constitucional e a expressiva judicialização das políticas públicas, enquanto que o terceiro delas decorre.

O termo “jurisdição constitucional”, a propósito, conta com vários significados, compatíveis uns com os outros. Vejam-se alguns:

“A jurisdição constitucional consiste no conjunto de mecanismos processuais que tem como finalidade a defesa da supremacia constitucional<sup>19</sup> [...]”, remetendo “ao estudo do controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos dentro de um sistema jurídico hierarquizado, no qual a Constituição é considerada o fundamento de validade de todos os demais atos” (ALARCÓN, 2014, p. 345).

Ao expor acerca da “sobrecarga da decisão concreta e crise do Judiciário”, um debate colocado no meio do caminho entre a “ditadura do Judiciário’ e um regresso problemático à separação de poderes dos séculos XVIII e XIX”, João Maurício Adeodato não nega a criação judicial do direito, já que o texto normativo previamente elaborado, a despeito de não expressar a norma propriamente dita, não é “um nada jurídico.” O autor se refere à decisão judicial e diz resultado de “interpretações, argumentações e decisões jurídicas” que não estão na Constituição. “A esse conjunto de apreciações das controvérsias constitucionais pelo Judiciário dá-se o nome de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*)” (ADEODATO, 2006, p. 402-403).

José Adércio Leite Sampaio busca o conceito de jurisdição constitucional na “conciliação entre critérios formais e materiais” das diferentes manifestações da

---

<sup>19</sup> A análise doravante empreendida guarda relação com a supremacia da Constituição na acepção material formal - fonte de validade do complexo de normas no ordenamento jurídico - e material - a Constituição contém carga de penetração psicológica na coletividade da qual deriva sua efetividade, materialmente está ligada ao diálogo entre o texto normativo e a realidade que pretende conformar a partir de valores expostos no texto (ALARCÓN, 2014, p. 170-171).

função jurisdicional. Identifica a jurisdição constitucional como “garantia da Constituição realizada por meio de um órgão jurisdicional de nível superior, integrante ou não da estrutura do Judiciário comum e de processos jurisdicionais”, sendo estes orientados ao controle de adequação da atuação dos poderes públicos aos comandos constitucionais, sob o ponto de vista da Constituição, especialmente no que diz respeito à proteção e realização dos direitos fundamentais (SAMPAIO, 2002, p. 21-23).

Dirley da Cunha Júnior traz conceito mais amplo do ponto de vista formal-orgânico, vez que dá ênfase ao substantivo (jurisdição) em relação ao adjetivo (constitucional). O autor faz apenas uma distinção da jurisdição, que diz constitucional (função responsável pela remoção e solução de conflitos relacionados à matéria de natureza constitucional<sup>20</sup>) e ordinária (função com natureza residual, isto é, cuida de todos os demais conflitos). Para ele “jurisdição constitucional é aquela função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça.” Destaca que no Brasil a jurisdição constitucional é desempenhada por todos os órgãos do Poder Judiciário, daí conferir maior importância ao critério material (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 375-376).

De seu turno, Luís Roberto Barroso vincula a jurisdição constitucional à constitucionalização do direito. Discorrendo sobre o marco teórico do (neo)constitucionalismo, pontua que os direitos fundamentais passam a ficar imunizados ao processo político majoritário e sua proteção cabe ao Judiciário (BARROSO, 2005, p. 04-06 e 19). Para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a jurisdição constitucional é atividade, função, que se pauta na supremacia da Constituição e pode ser exercida amplamente, ou seja, por qualquer órgão do Poder Judiciário (BARROSO, 2009, p. 3 e 6).

Observados os limites e objetivos deste trabalho, compreende-se “jurisdição constitucional” numa acepção ampla sob o aspecto orgânico-funcional (exercida por qualquer órgão do Poder Judiciário), porém não a alargando materialmente - para além daquilo que se refere aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, como saúde, educação, moradia etc. -, o que não abstrai, obviamente,

---

<sup>20</sup> Assim considerada “aquela que tem por parâmetro imediato a defesa da Constituição, abrangendo propriamente a atividade de fiscalização da constitucionalidade dos atos e omissões do poder público, os conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais e entidades públicas da Federação, além da proteção dos direitos fundamentais” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 375).

o controle de constitucionalidade de qualquer ato normativo (primário ou secundário), editado com a finalidade de disciplinar a concretização de tais direitos. Cuida-se de delimitação que se amolda ao controle judicial das políticas públicas, que aqui designa-se judicialização das políticas públicas.

A expansão da jurisdição constitucional encorajou o controle judicial das políticas públicas.

De fato, como menciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “em nenhum momento anterior da história brasileira esteve o Poder Judiciário focado pelas luzes da ribalta como nestes últimos anos, e particularmente desde 1993”, fenômeno que diz mundial e que não deriva de motivos circunstanciais, pela mera coincidência de questões políticas que, em razão de seus aspectos constitucionais, chegaram tumultuosamente aos tribunais, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, mas que conta “com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 189).

## **2.1 Constitucionalização, políticas públicas e (in)efetividade**

Para além das mudanças paradigmáticas acima examinadas, pode-se afirmar que a judicialização das políticas públicas também decorre do déficit de efetividade da Constituição, mais especificamente de suas normas definidoras de direitos sociais prestacionais. Uma questão de falta de juridicização marcada pela limitação (ou omissão) decisória dos Poderes originariamente competentes.

O Estado contemporâneo (constitucional e social) busca a construção da sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades. Tais os objetivos fundamentais da República brasileira, conforme a meta traçada na Constituição Federal, em seu artigo 3º (BRASIL, 1988).

No entanto, direitos sociais estão sujeitos à realização progressiva (discricionariedade relativa) e às alocações orçamentárias (de recursos finitos), dependentes da edição de leis, bem como do estabelecimento de programas e da execução de ações. O Estado se vê diante dos seus próprios limites e das transformações para as quais não se havia precavido e a Constituição se revela um permanente – e irrealizado – projeto para o futuro. As constituições contemporâneas dilataram-se materialmente e, em lugar de definir a estrutura jurídica da coletividade

a que ela se destina, transformou-se no depósito de promessas, uma espécie de tratado para o futuro (HORTA, 2003, p. 103).

Expectativas utópicas, metas inatingíveis, bem como certa banalização da fundamentalidade, desprestigiam o alcance da concretude de direitos sociais constitucionalmente estabelecidos. Há certa dificuldade para a implementação, que, todavia, não justifica a inadimplência do Estado.

Examinando a dependência do Estado ao capitalismo, Gilberto Bercovici suscita a ausência de uma teoria da Constituição adequada à realidade latino-americana, eis que as nossas Constituições teriam se originado a partir de ideias estrangeiras (inglesas, francesas, norte-americanas, etc.), não brasileiras. O constitucionalismo periférico é, assim, um “desvio” do constitucionalismo europeu e norte-americano”, contemplando na Constituição uma “teoria perfeita” para uma “realidade errada”. É como se essas constituições tivessem sido elaboradas para não serem cumpridas, e as leis existentes produzidas para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias (BERCOVICI, 2004, p. 277-285).

A inefetividade da Constituição conforme aqui delineada - não concretização de direitos sociais -, também pode ser analisada na figura da *constitucionalização simbólica*.

Recorre-se à Marcelo Neves, que classifica a constitucionalização simbólica em dois sentidos: negativo e positivo. Dá-se no sentido negativo diante da insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, que, com isso, perde a capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas (conforme as determinações dos dispositivos constitucionais); em outras palavras, o texto constitucional carece de normatividade – falta integração entre o programa normativo (texto) e o âmbito normativo (a realidade). Já o aspecto positivo ou ativo da constitucionalização simbólica circunscreve-se ao desempenho de um papel político-ideológico da atividade constituinte e do texto constitucional, no sentido de encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas. Se do ponto de vista negativo a constitucionalização simbólica é caracterizada pela ausência de concretização normativa, do ponto de vista positivo exerce ela alguma influência. (NEVES, 2011, p. 90-101).

Segundo o autor, a constitucionalização simbólica afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional, as instituições constitucionais básicas, como direitos fundamentais civis, políticos e sociais, ‘separação’ de poderes, a eleição

democrática e a igualdade. É nesse aspecto que ela torna-se mais clara (NEVES, 2011, p. 284).

A *voluntariedade governamental* na configuração da constitucionalização simbólica evidencia-se quando esta é analisada comparativamente às normas constitucionais programáticas. Atribuindo a falta de concretização da Constituição não apenas à questão da dependência da existência de possibilidades estruturais de sua realização, Marcelo Neves assenta que na constitucionalização simbólica não se leva em conta a realizabilidade (da norma) segundo o contexto social, mas a ação dos agentes estatais encarregados de executar o conteúdo das normas programáticas, que se move na direção oposta ao programa. O excesso de normas “pseudoprogramáticas” facilita o discurso político e faz do texto constitucional um “álibi para os agentes políticos” (NEVES, 2011, p. 114-116).

E assim, direitos sociais especialmente considerados na Carta de 1988 não são adequadamente prestados, ou sequer implementados. A saúde padece do mal da gestão ineficiente, da indiferença, enquanto que a qualidade do ensino fundamental, obrigação primeira do Estado em relação à educação<sup>21</sup>, regride.

Portanto, ao texto constitucional se contrapõe uma realidade excludente na qual as tais instituições constitucionais básicas são deturpadas na práxis do processo concretizador, à medida que se submetem a uma filtragem por critérios particularistas<sup>22</sup> de natureza política e econômica. São efeitos típicos da modernidade periférica, caracterizada pela “heterogeneidade estrutural” que se expressa numa sobreposição intrincada de códigos e programas, tanto entre os diversos subsistemas sociais quanto no próprio interior deles (NEVES, 2011, p. 100 e 170-176).

No entanto, o autor adverte que a constitucionalização simbólica não deve ser interpretada como um “jogo de soma zero na luta política pela ampliação ou restrição da cidadania”, eis que seu contexto “proporciona o surgimento de movimentos e organizações sociais envolvidos criticamente na realização dos

---

<sup>21</sup> Ver em: <[http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas2013.aspx?indiceAccordion=1&li=li\\_Atlas2013](http://www.pnud.org.br/IDH/Atlas2013.aspx?indiceAccordion=1&li=li_Atlas2013)> Acesso em: 26 ago. 2013.

<sup>22</sup> Trata-se de um bloqueio particularista do processo de concretização constitucional que deriva da sobreposição destrutiva dos códigos binários de outros sistemas sociais (econômico e político). A operacionalidade dos sistemas jurídico e político perde sua autonomia sob a influência do sistema econômico, deixando a Constituição de funcionar satisfatoriamente como acoplamento estrutural entre direito e política, levando à perda de nitidez dos contornos diferenciadores do sistema jurídico em relação ao seu ambiente, acarreta uma “politização desjuridicizante” da realidade constitucional (NEVES, 2011, p. 173-176).

valores proclamados solenemente no texto constitucional” (NEVES, 2011, p. 188-189).

E mais. A insuficiência da concretização normativo-jurídica do texto constitucional, quando crônica ou reiterada, torna a população indiferente à Constituição (porque não acatada), dela distanciando-se. Afora o desconhecimento, a ignorância e o desprezo, o desrespeito sistemático à Constituição nega o *sentimento constitucional* e faz dela uma “folha de papel”. A perda desse sentimento de respeito dá azo à desvalorização da Constituição, em decorrência de sua inobservância pelos titulares do Poder, e à erosão da consciência acerca da Constituição, decorrente da indiferença por ela (HORTA, 2003, p. 99-101).

Para a maioria da população há a minimização do Estado social, enfraquecido diante dos estamentos: os fatores reais do poder - econômico e político. O déficit social persiste, a despeito de melhoras nos indicadores sociais de alguns anos pra cá. O Brasil é um país de dois mundos separados e antagônicos; duas realidades.

Essa negação da Constituição traduz uma “disfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei”, questão especialmente relevante num país em que as promessas da modernidade, contempladas na Constituição, carecem de maior efetividade (STRECK, 2011, p. 43 e 78).

Tal descompasso - promessa vs. irrealização - deságua no Judiciário, que assume a centralidade do debate e a condução da política estatal. No contexto do constitucionalismo dirigente e ante a crise estrutural do Estado, a disputa pela realização e definição do projeto constitucional, expresso no texto da Carta política se estabelece na função jurisdicional (BOLZAN DE MORAIS, 2009, p. 94).

Descumpridas as normas-programa da Lei Maior e faltando políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, “surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”. Isto porque “a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais”, fazendo-se necessário, primeiro, “superar [o] paradigma normativista (por vezes ainda exegético), próprio de um modelo (modo de produção) de Direito liberal-individualista” (STRECK, 2011, p. 64 e 69).

Em outras palavras, para dar cabo dessa exigência de concretização de direitos previstos na Constituição, a ferramenta tomada como eficaz pela função

jurisdicional no Estado contemporâneo é a interpretação-aplicação do Direito constitucional, segundo o novo modelo “pós-positivista”, o *neopositivismo jurídico*.

## 2.2 Pós-positivismo, interpretação e aplicação do direito constitucional

Atribui-se, ainda, à superação do positivismo normativista a expansão da jurisdição constitucional, que propulsiona a expressiva judicialização das políticas públicas. Dentre as mudanças que se seguiram paralelamente após o Estado moderno tem-se o que se convencionou designar de “neopositivismo”, consectário do constitucionalismo contemporâneo marcado pela supremacia da Constituição e sua força normativa e pelo deslocamento dos princípios, entendidos como normas.

Cuida-se, em linhas gerais, de uma nova forma de interpretação e de aplicação do Direito que se funda na Constituição, estatuto do qual não apenas se retira a validade do direito produzido, mas o conteúdo do próprio interesse tutelado a ser observado pelo Estado e dele exigido. Ganha relevância a teoria dos direitos fundamentais, elevados a princípios constitucionais.

O tema deve ser desenvolvido atrelado ao exercício da atividade jurisdicional. Afinal, o conteúdo e a extensão do produto da interpretação alternam-se de acordo com o modelo adotado, variando da mesma forma a fixação dos limites à função jurisdicional. Estudam-se as características do positivismo e do neopositivismo, retoma-se o discurso positivista e analisa-se a proposição crítica formulada pela nova hermenêutica jurídica.

O primeiro momento do *positivismo jurídico* tem assento no Estado moderno<sup>23</sup>, na substituição do jusnaturalismo pelas codificações oitocentistas, especialmente os Códigos napoleônicos – civil e mercantil. A transposição do direito natural para os códigos (incorporação) representou, paradoxalmente, o seu apogeu e a sua superação<sup>24</sup> histórica (BARROSO, 2013, p. 260).

Identificando-se em seu aspecto metodológico com a Dogmática Jurídica da modernidade, o positivismo jurídico, num primeiro momento (tradicional, clássico), estabelece a separação extrema entre direito e política. Na visão montesquiana, os

---

<sup>23</sup> Com a formação do estado moderno, os diferentes grupos/estamentos da sociedade medieval que se regiam por estatutos próprios, se submetem a uma mesma ordem jurídica, estatal e monista.

<sup>24</sup> Substituição ou superação num sentido de sistema preponderante, não exclusivo, todavia. Talvez seja melhor falar em separação entre direito e moral. Ainda hoje se tem presente a influência jusnaturalista no direito, tal como ocorre no moralismo jurídico. A reflexão é de Dimitri Dimoulis, ao se referir a Robert Alexy (DIMOULIS, 2003, p. 137-138).

juízes são, pois, “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”. Considerado o momento de contenção do poder (reação ao absolutismo) e abolição dos privilégios feudais, a lei era a solução mais próxima da perfeição e propiciava a segurança jurídica desejada (RAMOS, 2010, p. 37 e 68).

São características comumente atribuídas ao positivismo jurídico: a aproximação quase plena entre direito e norma (lei), e sua estatalidade (monismo jurídico); a completude e autossuficiência do ordenamento jurídico, isto é, a inadmissibilidade da existência de lacunas, já que o direito contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para a solução de qualquer caso; e o formalismo jurídico, segundo a qual a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do seu conteúdo (BARROSO, 2013, p. 251 e 262). E, ainda: o não reconhecimento dos princípios como normas; a dificuldade para explicar conceitos indeterminados (solucionar os hard cases); e a identificação entre vigência e validade, legalidade com a legitimidade. Esses traços característicos dirigem a aplicação do direito, e sua interpretação se dá mediante o processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. (CAMBI, 2011, p. 81-84)

Paulo Bonavides estuda o positivismo na teoria formal da Constituição. O positivista, como intérprete da Carta, é conservador por excelência e a aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. Aplicar e criar o direito são funções totalmente distintas, se acham em antagonismo conceitual absoluto. No plano do direito constitucional, o positivismo jurídico contribui para o desenvolvimento do conceito formal de Constituição, que a equipara ontologicamente à lei. Sendo ambas normas jurídicas (prontas), diferentes apenas pelo critério hierárquico, a interpretação constitucional é como a da lei, meramente subsuntiva (BONAVIDES, 2002, p. 149-150).

Elival da Silva Ramos sustenta que o positivismo<sup>25</sup> adota como premissa metodológica que o direito deve ser estudado enquanto fato social, apartado das valorações às quais sujeito; ou seja, para os positivistas, o objeto da Dogmática Jurídica “são as normas vigentes em determinado Estado, em uma determinada época, pouco importando se essas normas correspondem ou não ao ideal de justiça

---

<sup>25</sup> “O ‘positivismo’ a que se refere o termo positivismo é entendido como sendo os fatos [...]. Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.” (STRECK, 2011, p. 31)

de quem as examina.” No positivismo aceita-se passivamente o direito posto, porquanto desconsiderados quaisquer juízos de valor, ou como as normas prescrevem condutas intrinsecamente trazem juízos de valor (RAMOS, 2010, p. 36).

Vincula-se Hans Kelsen<sup>26</sup> genericamente ao positivismo, sem reservas quanto aos *momentos positivistas* verificados na história. Mas o pensamento kelseniano se coloca num segundo momento positivista, o normativista. Conforme Lenio Streck, o primeiro momento pode ser designado como “positivismo primevo ou positivo exegético”, ou legalista, cuja principal característica, “no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise [...] sintática”, que se encerra nos elementos (sintáticos) do próprio Código. Já no segundo momento, positivista normativista, “aparecem propostas de aperfeiçoamento” e “há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do ‘positivismo’, do ‘fato’. Esse é o momento de Kelsen” (STRECK, 2011, p. 32-33).

A doutrina não nega que a teoria da interpretação era, de fato, o “calcanhar de Aquiles” do positivismo jurídico, não tanto por limitar-se à subsunção mecânica dos fatos concretos às prescrições legais, e sim pela pouca atenção dedicada ao binômio interpretação-aplicação (RAMOS, 2010, p. 58).

Ao que se nota, Kelsen revê o formalismo jurídico a partir do reconhecimento do “sopro criativo da jurisprudência”, na medida em que aceita a possibilidade da interpretação não produzir sentenças únicas corretas, tal como não se pode extrair da interpretação da Constituição únicas leis corretas. A distinção entre os dois momentos - produção da lei e prolação da sentença - é meramente quantitativa: o legislador tem mais liberdade na criação do Direito (sua vinculação material é mais reduzida) que o intérprete judicial<sup>27</sup> (RAMOS, 2010, p. 71-72).

---

<sup>26</sup> Lembre-se da concepção kelseniana de ordenamento jurídico: o direito objetivo compõe-se de um conjunto de normas que não se encontram meramente justapostas e sim integradas logicamente num único sistema. Segundo o autor austríaco, esse ordenamento tem por pressuposto a norma fundamental, da qual origina-se a ordem jurídica. Dessa unidade sistêmica decorrem a coerência (entre as normas) e a completude (do sistema), cujas antinomias se solucionam pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade (RAMOS, 2010, p. 40-41).

<sup>27</sup> Daí admitir-se o controle de constitucionalidade por conta do formalismo e da neutralidade do juiz, que se reputa assegurada pela aferição formal e asséptica (livre de considerações materiais – valores, realidade, contexto etc.) da compatibilidade da lei com a Constituição. Kelsen sustentou a Constituição como norma fundamental, pressuposto de validade das leis. Encontrando nessas o fundamento de sua validade, a sentença judicial reproduziria automaticamente a vontade da Constituição; a construção da decisão judicial estaria vinculada à Constituição e por ela (pré)determinada (BINENBOJM, 2004, p. 56-61 e 63-64).

Dessa abertura promovida no positivismo kelseniano, a determinação pela norma nunca estaria completa, subsistindo uma inevitável indeterminação, provocada intencionalmente ou não. O que significa que o direito a se aplicar forma, em todas as hipóteses, uma *moldura* dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, considerando-se conforme o direito o ato que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Portanto, legislador e juiz criam<sup>28</sup> o direito, embora o primeiro tenha maior margem de conformação (discricionariedade) que o segundo. A atividade jurisdicional não se reduz à mera aplicação de uma vontade preexistente do legislador, mas é constituída, simultaneamente, por um ato cognitivo (definição das possibilidades abertas na moldura) e outro volitivo (escolha dentre as possibilidades) - (BINENBOJM, 2004, p. 65-66).

A liberdade (o poder) de conformação conferida ao Judiciário na vertente kelseniana normativista fica mais clara na atuação do Tribunal Constitucional, que reescreve a Constituição ao interpretá-la com base em princípios “cuja ponderação e concretização admitem larga margem criativa.” Para além da função de “legislador negativo”, o Tribunal Constitucional, concebido no contexto de crise do Estado liberal (primeiro pós-guerra), se fortalece como instituição de proteção da democracia, da liberdade e da igualdade e, após a queda do regime nazista, sedimenta a ideia da jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos humanos (BINENBOJM, 2004, p. 67-71).

A decadência do positivismo, mesmo após a intervenção de Kelsen, está, histórica e filosoficamente, relacionada à derrota do nazismo e do fascismo, regimes que promoveram a barbárie em nome da legalidade (BARROSO, 2013, p. 270). E, ademais, conforme Gustavo Zagrebelsky, uma ciência do direito reduzida ao positivismo jurídico não podia reivindicar nenhum valor autônomo, sendo por isso “apropriada a afirmação depreciativa: três palavras retificadoras do legislador transformam bibliotecas inteiras em lixo” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 33, tradução nossa<sup>29</sup>).

Surge, assim, após a Segunda-Guerra, um breve *renascimento* do direito natural visando a resgatar o vínculo entre direito e moral, ou entre legalidade e legitimidade. A pluralidade e a complexidade das sociedades do segundo pós-guerra

---

<sup>28</sup> Kelsen foi mal compreendido. Ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”. (STRECK, 2011, p. 34)

<sup>29</sup> “[...] Era, pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.”

levaram ao insucesso da investida jusnaturalista, o que marcou o início da busca por “um *novo paradigma jusfilosófico*, que, na falta de uma denominação mais própria tem sido chamado *pós-positivista*” (SOUZA NETO, 2002, p. 133).

No modelo “pós-positivista” os estudos voltam-se à interpretação e aplicação do direito. Compreende um conjunto inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação (BARROSO, 2013, p. 264), ou, simplesmente, “consequência filosófica do neoconstitucionalismo”<sup>30</sup> que se apresenta “como uma nova forma de interpretação e aplicação do direito” (CAMBI, 2011, p. 84).

É uma fase (em curso) da evolução do Direito e sua interpretação na qual disputam espaço várias teorias, todas não abstraindo a nova concepção do princípio da separação dos poderes (divisão de funções), a força normativa da Constituição e, paralelamente, sua inefetividade; e a teoria dos direitos fundamentais.

Essa nova doutrina<sup>31</sup> guarda relação direta com o exercício da jurisdição e seus limites. Ganha destaque a figura da *produção do direito no caso concreto*, enquanto resultado da interpretação-aplicação da norma.

Uma das propostas apresentadas nesse movimento de superação do positivismo é a *tópica*. Desenvolvida na década de 1950, a *tópica pura* é uma reação aos modelos positivistas - tradicional e normativista -, que preconiza uma criatividade controlável do intérprete judicial. Essencialmente dialógica, a *tópica* enfatiza o poder de persuasão dos melhores argumentos compartilhados pelo auditório - “conjunto

---

<sup>30</sup> Lembre-se que no neoconstitucionalismo um dos níveis de redimensionamento da práxis política-jurídica se dá no plano da teoria do direito, cedendo a supremacia da lei à onipresença da Constituição, e na teoria das normas, dotando-se de normatividade os princípios, tudo influenciando a interpretação (STRECK, 2011, p. 37).

<sup>31</sup> Nesse sentido, ver Eduardo Cambi, que enumera vários traços característicos do neopositivismo, interligando-os, dentre os quais destacam-se: 1) a superação do legalismo (a norma jurídica não se confunde com o texto da lei ou da Constituição, que se constitui, apenas, no ponto de partida do processo de interpretação-concretização normativa); 2) as Constituições, além de imporem limites ao legislador, preveem um programa positivo de valores; 3) a construção da nova interpretação constitucional exige a distinção entre regras e princípios; 4) os direitos fundamentais devem ser identificados como comandos *prima facie*, realizando-se na melhor medida possível (têm caráter geralmente principiológico); 5) os direitos fundamentais contêm dimensões objetiva (condicionam a interpretação do ordenamento jurídico e atuação do Poder Público) e subjetiva (autorizam reivindicação quanto ao mínimo essencial à dignidade da pessoa humana); 6) a norma não é mera descrição da lei ou da Constituição, mas é resultado da interpretação - concretização da norma é construção da norma (o método concretista aposta na teoria da argumentação); 7) a superação do formalismo jurídico e processual (destaca o *neoprocessualismo*, com a construção de técnicas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional, e um processo marcadamente colaborativo); 8) a rejeição do império do silogismo judicial, exercício de lógica formal; 9) a interpretação é argumentação, cabendo ao juiz fundamentar suas decisões; 10) a pós-modernidade abandona as fórmulas abstratas e o paradigma jurídico transfere-se da lei para o caso concreto; 11) o fim da rígida separação entre direito e moral – superação da neutralização do Judiciário (CAMBI, 2011, p. 84-171).

daqueles que se propõe a influenciar” -, ou dos pontos de vista compartilhados pela comunidade jurídica chamados tópicos, *topoi*, ou lugares comuns, que constituem premissas de ordem geral que permitem fundar valores e hierarquias que intervêm para justificar a maior parte das escolhas. A norma seria apenas mais um *topoi*, mais um dos valores a serem levados em consideração no processo argumentativo que conduz à decisão do caso concreto (SOUZA NETO, 2002, p. 142).

A insuficiência do positivismo lógico-formal leva à moderna interpretação da Constituição, cujos métodos buscam o sentido mais profundo das Constituições enquanto “instrumentos destinados a estabelecer a adequação rigorosa do Direito com a Sociedade; do Estado com a legitimidade que lhe serve de fundamento; da ordem governativa com os valores, as exigências, as necessidades do meio social” (BONAVIDES, 2002, p. 434).

Essa nova metodologia, concretizadora<sup>32</sup>, defende a atuação judicial promocional de uma convergência entre constituição normativa e constituição sociológica, que, para tanto, preenche argumentativamente o espaço deixado pela estrutura aberta da norma. Konrad Hesse aponta a incompletude do texto constitucional: “as regulações da constituição não são nem completas nem perfeitas”; a “Constituição regula somente [...] aquilo que aparece como importante e carente de determinação” (HESSE, 1998, p. 38-39).

Esse *método concretista* considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da Constituição. Essa concretização pressupõe uma compreensão do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a compreensão prévia do intérprete ao problema cuja solução busca (BONAVIDES, 2002, p. 439).

---

<sup>32</sup> Em Paulo Bonavides, o método integrativo de R. Smend concebe a Constituição como um conjunto para a ordenação jurídica do Estado – “um ordenamento em cujo seio transcorre a realidade vivencial do Estado, seu processo de integração”. Portanto, não apenas um conjunto de normas, mas um ordenamento cujo sentido se extrai validamente desde que o hermeneuta encontre-se fixado na realidade da vida (mundo do ser), tanto que esta concepção recebe o tratamento de espiritualista. “O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à ‘concretude’ da existência, compreendida esta sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração. Nenhuma forma ou instituto de Direito Constitucional poderá ser compreendido em si, fora da conexão que guarda com o sentido de conjunto e universalidade expresso pela Constituição [...] A Constituição se torna por consequência mais política do que jurídica. Reflete-se assim essa nova tomada de sentido na interpretação, que também se ‘politiza’ consideravelmente [...]” Sendo assim, a politização da interpretação da norma constitucional proposta pelo método integrativo a torna mais flexível, permitindo a conformação da Constituição às novas realidades sociais (BONAVIDES, 2002, p. 437).

E suma, uma Constituição será eficaz do ponto de vista social se não estiver separada das condições históricas em que está inserida, pois “não existe interpretação constitucional independente de problemas concretos” (HESSE, 1998, p. 61-62).

As concepções de Hesse e Müller diferenciam-se tão somente no que tange ao maior aprofundamento do procedimento de concretização enunciado na metódica estruturante.

Buscando um modelo de interpretação concretista com precisão metodológica, Friedrich Müller desenvolveu a teoria estruturante do direito. A norma jurídica tem um conceito complexo e sua estrutura é dívida em programa (da norma) e âmbito (da norma). Enquanto o programa expressa o teor literal, a ordem jurídica tradicionalmente assim compreendida, ou seja, corresponde ao texto normativo e se refere a dados linguísticos, o âmbito é integrado pelos dados da realidade, do caso concreto, recortados pela norma (MÜLLER, 2005, p. 38-41).

O texto da norma é considerado apenas a “ponta do iceberg”, embora fundamental para a obtenção do programa. Métodos tradicionais (de interpretação) – histórico, gramatical, sistemático, teleológico – são utilizados na interpretação do texto. Obtido o programa normativo, passa-se à definição - empírica - do âmbito da norma, em cuja fase influenciam “dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda’ [...]” (MÜLLER, 2005, p. 38 e 59-70).

É, portanto, nesses dois âmbitos ou níveis que se diferenciam os conceitos de interpretação e concretização. São dois momentos diferentes. Enquanto a interpretação atua definindo o programa da norma (nesta fase de atribuição de significados às palavras está presente a ideia de pré-compreensão do intérprete - o contexto sociocultural e histórico em que ele vive), a concretização é considerada um processo que parte da definição do programa da norma (inclui a atividade interpretativa) e vai até a decisão no caso concreto passando pelo âmbito normativo (na definição do âmbito da norma entram em cena os fatos sociais a serem regulados – esse âmbito fornece os *topoi* fundamentais para a resolução do problema) (MÜLLER, 2005, p. 131-133). No mesmo sentido: CAMBI, 2011, p. 87-88.

Do estudo da metódica estruturante também se ocupou Elival da Silva Ramos, que lhe confere a natureza de “densa reflexão sobre os pressupostos e as condições das regras técnicas de interpretação, tendo sempre em vista a aplicação

da norma produzida, a partir do texto interpretado, aos fatos a ela vinculados.” Reconhece a metódica estruturante como interpretação-aplicação da Constituição a partir de um processo dialético: “as normas constitucionais vão sendo concretizadas tendo como referência elementos normativos e não normativos - um conjunto de fatos recortados da realidade material do âmbito na norma” (RAMOS, 2010, p. 87).

Mas essa abertura consistente na concretização da norma segundo elementos não normativos não é ilimitada nem absoluta. O texto da norma constitucional, em que pese considerado apenas o ponto de partida do processo de interpretação-concretização, representa um limite insuperável para a atividade criativa do aplicador. “O teor literal demarca as fronteiras extremas das possibilidades variantes de sentido, i. é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”. Em outras palavras, apesar de os elementos do âmbito da norma serem hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação do texto da norma, precedem os elementos de interpretação do texto da norma sobre o problema no que se refere à fixação dos limites de resultados admissíveis (MÜLLER, 2005, p. 64).

O programa da norma funciona como um campo dentro do qual a decisão terá de se situar, compreendendo, assim, algo como uma moldura. Diferentemente da tópica pura, no método concretista a norma não é mais um *topoi*, devendo ser observada em sua força vinculante.

Ganha importância a noção de “espaço de interpretação”, ou âmbito dentro do qual o programa normativo se considera ainda compatível com o texto da norma. A hermenêutica estruturante se afasta do decisionismo e da jurisprudência dos valores (do moralismo jurídico). Em caso de conflito ou de dúvida, Friedrich Müller destaca a prevalência do texto da norma, “ponto de referência hierarquicamente precedente da concretização enquanto determinação do limite das possibilidades decisórias admissíveis” (MÜLLER, 2005, p. 95-96).

Outro traço marcante do pós-positivismo é o reconhecimento de *normatividade aos princípios*.

Os princípios sempre estiveram presentes no pensamento jurídico. Antes utilizados subsidiariamente na integração do Direito, hoje, com o neopositivismo, colocam-se no centro do sistema jurídico e influenciam (e determinam) a interpretação e aplicação nas normas jurídicas, “permitindo a leitura moral da

Constituição” (BARROSO, 2013, p. 227). A teoria dos princípios é “o coração das Constituições” (BONAVIDES, 2002, p. 253).

Especialmente no Direito Constitucional, concebe-se a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras. Distintas em seus conteúdo e estrutura normativa, estas espécies de normas não são interpretadas-aplicadas<sup>33</sup> do mesmo modo, suscitando dúvidas quanto ao método apropriado para se chegar a teoria da decisão, especialmente na quadra da atuação jurisdicional. A discussão a esse respeito ganhou força com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Segundo Dworkin, o positivismo, ao entender o direito como um sistema composto exclusivamente de regras, não consegue fundamentar as decisões de casos complexos, para as quais o intérprete (especialmente o judicial) não dispõe de nenhuma regra aplicável, levando-o ao recurso da discricionariedade e à criação de direito novo. Ao lado das regras jurídicas, há também os princípios (padrão a ser observado por uma questão de justiça ou de equidade ou por outra dimensão da moralidade), que, diversamente daquelas (possuem apenas a dimensão da validade), possuem também dimensão de peso. Regras valem (e assim são aplicadas em sua inteireza) ou não valem (são inaplicáveis). Em se tratando dos princípios, essa indagação acerca da validade não faz sentido, pois, em caso de colisão (entre princípios), não se questiona sobre problemas de validade, mas somente de peso. No caso concreto, terá prevalência o princípio que for mais importante - aquele que tiver maior peso. O outro, vencido na casuística, não deixa de valer e mantém-se no ordenamento jurídico (DWORKIN, 2002, p. 36-45).

Alexy, que também distingue (qualitativamente) princípios de regras, traz como principal contribuição a concepção dos princípios como “mandamentos de otimização”, isto é, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas presentes”. Regras, por outro lado, “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”. Distinguem-se, ainda, pelo caráter “prima facie” de seus comandos normativos. Princípios contêm um mandamento definitivo apenas “prima facie” e suas razões podem ser afastadas por razões antagônicas (situação de tensão), enquanto que as regras possuem uma “determinação da extensão de seu conteúdo” (mandados ou comandos definitivos),

---

<sup>33</sup> Para as pretensões deste trabalho, mostra-se despendioso empreender um estudo completo sobre a teoria dos princípios. Daí limitar-se à distinção entre ambas normas jurídicas (regras e princípios) quanto ao modo de aplicação.

exigindo seja realizado exatamente aquilo que elas ordenam. A construção teórica alexyana assume que a realização de um princípio pode ser bloqueada pela realização de outro, quando “colidentes”. A solução apontada é a aplicação da “lei de colisão”, o sopesamento, cujo objetivo é “definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto”. Para se chegar ao resultado ótimo, um princípio cede lugar a outro antagônico de “maior peso” (ALEXY, 2008, p. 90-106).

Regras se aplicam mediante subsunção, na modalidade “tudo ou nada”; mandados ou comandos definitivos, só deixarão de ser aplicadas se invalidadas ou se outra a excepcionar. Princípios não. São aplicados segundo a dimensão de peso ou importância que assumem na situação específica, cabendo ao intérprete proceder à ponderação; mandados de otimização que são, devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese. Os direitos estabelecidos nos princípios os são *prima facie*, podendo ser exercidos na medida do possível (BARROSO, 2013, p. 231) Como não podem ser reputados “direitos definitivos”, o conteúdo e a prevalência de um dos princípios serão revelados após a ponderação - consideradas as circunstâncias concretas, exigidas para a proteção de outros bens em colisão (CAMBI, 2011, p. 92).

Ambos jusfilósofos apresentam formas semelhantes de se chegar à resposta (decisão) pretensamente correta a partir de normas-princípio, especialmente visando à solução de casos difíceis.

Em Dworkin *resposta correta* é a considerada mais adequada para o momento. Chegar até ela não é fácil, por isso confiada ao juiz Hércules, um juiz ideal, “um jurista com capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” e que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 2002, p. 165).

Alexy critica esse ponto de vista da teoria dworkiniana, ao discordar do exercício da atividade complexa de ponderação e obtenção de uma decisão correta por um juiz ideal. Recusando teorias morais materiais para se chegar à resposta correta, substitui “Hércules” pelo procedimento e propugna pela adoção de teorias morais procedimentais que formulem regras ou condições da argumentação prática racional. Para Alexy, se o processo argumentativo está de acordo com as regras de razão prática - sistema de regras procedimentais que assegura a racionalidade da argumentação e de seus resultados -, pode-se obter uma “correção relativa” (ALEXY, 1993, p. 10-22).

Em suma, a ponderação se desenvolve num procedimento racional que permite a fundamentação dos enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre valores e princípios opostos; proporcionando, pois, um critério racional de fundamentação das decisões sobre princípios contrapostos e que exigem uma concordância prática (PADILHA, 2006, p. 115-116).

Nessa quadra, não se pode olvidar a crítica de Lenio Streck à tese alexyana da ponderação, por ele rejeitada diante do problema de “saber como é feita a escolha” na hierarquização axiológica dos princípios (precedentes em relação aos outros). O autor diz que os princípios passam a compor o novo perfil da sociedade contemporânea, como resposta às insuficiências jurídico-políticas decorrentes das fases anteriores do Estado e do direito. Como eles (os princípios) acontecem sempre no caso concreto, nos fatos, na facticidade, é impossível se hierarquizar ou *metodologizar* a sua aplicação a partir de critérios *prima facie*. Normas que são, e neles, princípios, institucionalizada a moral, a facticidade penetra no território jurídico. Ou seja, as contingências históricas fazem com que a moral se institucionalize no direito a partir da facticidade. Expulsa pelo positivismo, a moral retorna agora como uma necessidade (reinserção moral no direito), traduzindo as insuficiências do direito; é por ela que o direito se abre ao déficit social representado pelo superado modelo liberal-individualista. Por isso a afirmação que as regras não subsistem autonomamente, como se fosse possível isolar o direito no interior da regra (“purificada” da moral). Isto é, se *por traz de toda regra há um princípio*, é impossível se falar em exercícios meramente subsuntivo-dedutivos. Há sempre a dimensão da pré-compreensão (algo que se antecipa e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação, algo que constitui a razão hermenêutica; um existencial sobre o qual não temos domínio) forjada no mundo prático, da facticidade (não se trata de um elemento formal, traduzível por regras de argumentação), que ocorre na totalidade da nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais que fazem parte da nossa experiência. Daí ser problemático estabelecer *standards* conceituais aptos à prática de raciocínios subsuntivo-dedutivos, porque isso elimina as situações concretas e, assim ocorrendo, surge o terreno fértil para o exercício daquilo que é o cerne do positivismo (normativista): a discricionariedade interpretativa e a conseqüente multiplicidade de respostas. A interpretação-aplicação não abstrai a contedística, diversamente do procedimentalismo, no qual se insere a teoria da argumentação de Alexy, diz o renomado jurista. Conforme acentua Streck,

com a ponderação volta-se ao problema tão criticado da discricionariedade, que para o positivismo é resolvido por delegação ao juiz, ou seja, nos casos difíceis haveria a “represtinação da antiga delegação positivista”, cabendo ao intérprete dizer qual o princípio aplicável ou decidir nas “zonas de penumbra” (Hart) e dentro do “perímetro da moldura” (Kelsen). Para o autor, a ponderação é “o mecanismo exterior pelo qual se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão)”, estando umbilicalmente ligada à discricionariedade judicial, ponto que vincula a teoria alexyana ao protagonismo judicial. Enfim, a subjetividade inerente à ponderação é o seu “calcanhar de aquiles”, pois dá continuidade à delegação em favor do sujeito da relação sujeito-objeto (STRECK, 2011, p. 226-242).

O autor traz a *crítica hermenêutica do direito* (CHD), a hermenêutica filosófica, para alcançar a resposta correta, que reputa aquela hermeneuticamente adequada à Constituição. Substancialista, recusa o procedimentalismo habermasiano (resposta correta dependente da estrutura do processo argumentativo e não da qualidade dos argumentos). Segundo a CHD, fundamentação (justificação) e aplicação não se separam, e texto (evento, fato) e norma (o sentido enunciativo do texto) são incidíveis. O texto, assim, só pode ser entendido a partir de sua aplicação, compreendendo-se a *applicatio* como a normatização do texto. Ao sustentar que a compreensão sobre a *Constituição faz a diferença* e que, portanto, a baixa compreensão leva à baixa aplicação, com prejuízo para a concretização de direitos sociais, Streck chama a atenção para a dependência da interpretação adequada à força normativa da Constituição. Ter-se-á uma resposta correta, ou, como diz o autor, constitucionalmente adequada, na medida da compreensão da Constituição. Essa correção, todavia, não se restringe, apenas, à tal compreensão, antes, exigindo-se da escolha, decisão ou resposta correta a sua compatibilidade com a coerência e a *integridade do direito* fundado na materialidade da Constituição; isto é, levar em conta a diferença constitucional, o vetor de sentido que demarca os limites hermenêuticos no momento da *applicatio* (STRECK, 2011, p. 327-345 e 479).

O “direito como integridade” é uma concepção (do direito) apresentada por Dworkin, em resposta aos conceitos convencionalista e pragmático do direito. O convencionalismo pode-se dizer uma interpretação positivista, pois, a despeito de considerar a grande maioria dos casos resolúveis pelas convenções já estabelecidas (no que diz assegurar a segurança e a previsibilidade do direito), nos casos difíceis

(ou novos para o convencionalismo) libera o juiz da legislação e dos precedentes (essas convenções ou decisões políticas do passado não são suficientes para decidir tais casos), autorizando-lhe a criar o direito a ser aplicado sem qualquer limitação. De seu turno, o pragmatismo jurídico recusa que as decisões políticas do passado, por si só, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado; essa concepção contesta o argumento de que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas pretéritas. Assim, deixa os juízes livres para o desenvolvimento do direito, alterando-o sempre que os benefícios da mudança superem o desgaste causado pela redução de previsibilidade (DWORKIN, 1999, p. 141-158 e 185-198).

O direito como integridade é uma interpretação que o considera (o direito) um todo coerente, como se tivesse sido criado por um único legislador (a comunidade personificada); supõe que as pessoas têm direitos que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. No direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. Reconhecendo no direito como integridade uma “complexa estrutura da interpretação jurídica”, o autor atribui a tarefa ao juiz Hércules (DWORKIN, 1999, p. 271-279 e 287).

Lenio Streck aponta as finalidades e os benefícios da integridade e sua coerência: amarram o intérprete evitando arbitrariedades e decisionismos, e objetivam “estabelecer efetivas barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmati(ci)stas em geral.” Umbilicalmente ligada à democracia, a integridade do direito exige que “os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito”, afastando-se os pontos de vista objetivista (convencionalista) e subjetivista (pragmatista). Diz que a integridade do direito contempla princípios interpretativos da Constituição, como o da unidade, da concordância prática entre normas, da eficácia integradora e da proporcionalidade ou da razoabilidade (STRECK, 2014, p.335-339).

E a Constituição deve ser entendida (compreendida) nos moldes do Estado Democrático de Direito, como um plus normativo e qualitativo sustentado em dois pilares: “democracia e concretização dos direitos sociais (o resgate das promessas incumpridas da modernidade).” É que para a teoria crítica do direito, a resposta correta - hermeneuticamente adequada à Constituição - “tem um caráter corretivo a

partir desse tipo de constituição jurídica”; o intérprete está vinculado ao *significado da Constituição* (à pré-compreensão), “um existencial” que faz parte “do modo-de-ser-no-mundo do intérprete”; a partir dela que se afere a correção do texto (STRECK, 2011, p. 348-354).

Elival da Silva Ramos também fez considerações sobre a “moderna teoria da interpretação”. Abordando, especificamente, a hermenêutica jurídica gadameriana, base da hermenêutica crítica do direito, pressupõe a incindibilidade das etapas lógicas da interpretação e da aplicação<sup>34</sup>. Daí que a interpretação de um texto normativo não é feita de um modo totalmente aberto e neutro em relação ao objeto, pois parte-se de uma pré-compreensão, momento “em que se amalgamam conceitos jurídicos, classificações, o sentido de outros dispositivos correlatos, o conhecimento da matéria fática, juízos de valor pessoais etc.”. Essa pré-compreensão auxiliará na composição do projeto prévio “decorrente de uma primeira leitura do texto interpretado”. Trata-se, pois, de um projetar, um projeto ou opinião prévia que se dá antes da compreensão de um texto e que se realiza naturalmente e mostra viabilidade se não resultar do arbítrio. A atividade intelectual conjuga interpretação-aplicação na compreensão, conduzindo à concretização – a construção da norma no caso individual a ser decidido. A partir das pré-compreensões, do texto normativo e dos elementos fáticos do caso concreto o intérprete vai construindo a norma de decisão, até concretizá-la (RAMOS, 2010, p. 77-83).

O autor também é crítico de Alexy e Dworkin, cujas teorias situa no moralismo jurídico (jurisprudência dos valores ou constitucionalismo dos valores), vertente anti-positivista que desloca a limitação do órgão responsável pela tarefa de concretização do plano jurídico normativo para uma dimensão axiológica, externa ao ordenamento jurídico. Segundo Ramos, Dworkin “também se valeu da estratégia de ‘principiologização’ da interpretação constitucional para encetar seu ‘ataque geral ao positivismo’, partindo da distinção qualitativa entre princípios e regras [...]”. Assinala, assim, que em Dworkin há a abertura de espaço para uma atuação fortemente corretiva do Judiciário, o que, todavia, não significa o uso de discricionariedade judicial, uma vez que, “mesmo nos casos difíceis, haverá uma interpretação que será a mais indicada, algo que se afere a partir da concordância com a ordem de valores objetiva [...]” (RAMOS, 2010, p. 93-96).

---

<sup>34</sup> “O conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário” (GADAMER, 1999, p. 463).

A obra de Elival da Silva Ramos tem relevância na atualidade por questionar acerca do abandono efetivo do positivismo por conta dos avanços hermenêuticos já referidos, ou se com estes ele se mostra compatível<sup>35</sup>. Considerando a teoria estruturante do direito alicerçada em bases juspositivistas, responde negativamente e propugna por um positivismo reflexivo e integral e vislumbra sua compatibilidade com a nova hermenêutica (pós-positivista). Diz que a noção de espaço de interpretação (âmbito no qual o órgão concretizador é livre para construir o programa normativo) deve se ajustar à tese do *positivismo moderado ou renovado*, que admite alguma discricionariedade no exercício da jurisdição, constitucional ou não. Afirma que os textos normativos têm algo de objetivo que não pode ser eliminado pela vontade do juiz, no momento da interpretação-aplicação. Entretanto, dadas as limitações do ordenamento jurídico, o positivismo moderado ou renovado assume a existência da necessidade de que os juízes exerçam “um certo grau de discricionariedade na escolha da variante exegética” - o programa normativo -, admitindo-se, pois, a influência da consciência ética que o intérprete-aplicador partilha com a sociedade em que vive, ou seja, a expressão do sentimento de justiça que radicado no meio social de onde provém o operador do direito e para o qual se dirige. Mas adverte, diferentemente do positivismo normativista, no qual admitida a discricionariedade legislativa e judicial, o constitucionalismo contemporâneo situa a discricionariedade envolvida na tarefa de atuação da Constituição no plano dogmático, submetendo o legislador e o juiz ao Estado de Direito (RAMOS, 2010, p. 99-102).

Para o autor, são características dessa *renovação do positivismo jurídico*: o caráter relativo da liberdade de criação (da norma) pelo responsável pela norma de decisão; há um espaço de interpretação dentro do programa normativo que delimita a interpretação; rejeição da discricionariedade desenfreada, bem como de sua eliminação. Ciente da existência de autores que se dizem antipositivistas ou pós-positivistas, o autor defende a subsistência/validade do modelo positivista, condicionando-a à possibilidade de completar suas lacunas teóricas nesse campo

---

<sup>35</sup> Assiste razão a Dimitri Dimoulis quando afirma que “o êxito teórico da abordagem positivista lato sensu é ignorada pela maioria dos autores nacionais que insistem em indicar os ‘fracassos’ do positivismo jurídico, sem levar em consideração que quase todos os estudiosos modernos admitem a positividade do direito e sua mutabilidade no tempo, de acordo com decisões dos detentores do poder, rejeitando a possibilidade de um direito paralelo, independentemente da vontade política dos legisladores humanos.” (RAMOS, 2010, 37-38).

e desde que não comprometida a sua identidade enquanto proposta de compreensão do direito (RAMOS, 2010, p. 58-59)

Teorias pós-positivistas como as reproduzidas aqui, são acusadas de relativistas e de fazerem apologia à discricionariedade judicial, suscitando, assim, a advertência de Paulo Bonavides: se interpretação excede os limites da razoabilidade que lhe servem de contenção, ou cria ou ‘inventa’ *contra legem*, à sombra da lei, é perniciosa à garantia e à certeza das instituições. Referindo-se à moderna metodologia de interpretação da Constituição, o autor a vislumbra demasiadamente casuística e ampliativa da importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, levando-a à beira da própria desintegração ou ao empobrecimento de sua consistência jurídica e, em consequência, provocando incerteza e insegurança com respeito ao Direito Constitucional. Coerente com sua obra, o festejado constitucionalista suaviza o tom de sua censura à utilização dos modernos métodos de interpretação constitucional, haja vista que “compõem uma metodologia de crise, são métodos por excelência afeiçoados a um constitucionalismo periclitante”, justificando-se a adoção dessa metodologia nos países onde a democracia não resolveu ainda a questão social e cabe à nova hermenêutica exercer “sua função estabilizadora dos sistemas políticos, tornando exequível a possibilidade de o Estado social compadecer-se com o Estado de Direito num regime de equilíbrio [...]” (BONAVIDES, 2002, p. 441-445).

Oportuno citar, ainda, a crítica severa de Eros Grau, em seu (novo) “Por que tenho medo dos juízes”, no qual promove uma revisão de “tudo que pensava a respeito dos princípios”, de todo justificada no temor causado pelos juízes que fazem suas próprias leis quando abusam dos princípios. O autor defende a legalidade, o direito positivo, contrapondo-se à *ponderação entre princípios*. Juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, eis que vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Grau considera a ponderação entre princípios uma formulação arbitrária de juízos de valor que despedaça a segurança jurídica (GRAU, 2013, p.11 e 22).

Nega, é evidente, a interpretação como mera subsunção. Assume que a norma é resultado da interpretação (do direito, dos textos e da realidade histórica, que constituiu o sentido do direito); interpretação-aplicação constitutiva e não simplesmente declaratória, que se faz necessária para compreender a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado. A norma é produzida pelo intérprete não

apenas a partir de elementos que se desprendem do texto - mundo do dever-ser -, mas também a partir de elementos da realidade e do caso ao qual será ela aplicada - mundo do ser (GRAU, 2013, p. 31 e 46-47).

Conforme o autor, que (agora) confere aos princípios o status de regras, “a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma de decisão”, posteriormente à “produção da norma jurídica pelo intérprete”, isto é, depois que o intérprete decidir o caso. A ponderação permite dupla discricionariedade do intérprete em momentos distintos: ao criar uma hierarquia axiológica (dá maior peso a um princípio que prevalece) e quando altera o valor comparativo entre os mesmos princípios diante de outra controvérsia a resolver. A ponderação, portanto, não atribui significados aos textos dos princípios mas sobre eles formula um juízo de valor, ou seja, “juízo não de legalidade”. E os juízes tomam os princípios como valores, e não como normas; isto é, “a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definiria como norma jurídica”, sendo curioso que a doutrina tenha “princípios como normas, mas, quando em conflito, deixariam de sê-lo”, funcionando, então, como valores (GRAU, 2013, p. 116-117).

Eros Grau rejeita a concepção dworkniana da única resposta correta. Nem o juiz Hércules está em condições de encontrá-la para cada caso. Tal como Streck, se reporta ao método hermenêutica gadameriano, colocando a pré-compreensão no momento inicial do processo de interpretação<sup>36</sup> dos textos (GRAU, 2013, p. 64).

Com a superação do positivismo, a interpretação jurídica levada a cabo a partir das vertentes pós-positivistas dificilmente conterá a discricionariedade judicial, resultando no que se tem denominado de *ativismo judicial*; mais uma expressão polissêmica, cujo exame é complementar daquilo até então estudado e ao mesmo tempo preparatório das conclusões deste trabalho.

---

<sup>36</sup> Há, pois, um roteiro para o desenvolvimento da interpretação segundo o círculo hermenêutico gadameriano. Toda interpretação correta tem de se proteger contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, e orientar seu mirar à coisa mesma (que, para o filósofo, são textos com sentido que, por sua vez, tratam de coisas). A pré-compreensão instala os parâmetros que presidirão o empreendimento da tarefa interpretativa. Nesse momento, o intérprete opera seus juízos de valor, “que prevalecem por inexistirem regras postas sobre a interpretação do direito.” Quem deseja compreender um texto realiza sempre um projetar. Aparecendo no texto um primeiro sentido, o intérprete imediatamente projeta um sentido no todo, que se manifesta porque aquele que lê o texto o faz desde determinadas expectativas. Elaborar-se um projeto prévio. A interpretação começa sempre com conceitos prévios que, constantemente revisado, podem conflitar entre si, fazendo-se necessário sua substituição progressiva por outros mais adequados. A compreensão alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias com as quais ela se inicia não são arbitrarias. Segue-se a ela a produção da norma jurídica e depois a formulação da norma de decisão (GRAU, 2013, p. 68-72).

## 2.3 Ativismo judicial

Certamente ativismo judicial não significa judicialização, porquanto esta é intrínseca à justicialidade, à inafastabilidade da jurisdição, cláusula constitucional que veda a exclusão, do Poder Judiciário, de qualquer ameaça ou lesão a direito - Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV (BRASIL, 1988). A possibilidade de judicialização do conflito é inevitável.

No Brasil, a judicialização tem o incentivo da compreensão segundo a qual por ser “menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil”, deveria ser aumentada a “responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais”, atribuindo-se a ele (Poder Judiciário) a função de implementar o projeto social preestabelecido ou de controlar a sua implementação (CANOTILHO, 2001, p. 350).

Essa compreensão a respeito da sociedade civil é confirmada no *voluntarismo* confesso do Ministério Público, posto fomentado pela “caracterização da sociedade brasileira como hipossuficiente - ou incapaz de defender-se a si mesma.” Segundo o autor, a “ideia [extraída de pesquisa que indica] é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais”, sendo que, “frequentemente, é o próprio poder público quem mais desrespeita esses mesmos direitos”, do que “resulta a proposta, de natureza instrumental [até que o cidadão, conscientizado pelo exemplo da ação do seu protetor, desenvolva autonomamente a defesa de seus interesses], de que ‘alguém’ deve interferir na relação estado-sociedade em defesa dessa última”. A decepção com o funcionamento do regime representativo e a (suposta) fragilidade da sociedade civil incentiva contornar a esfera política em busca da efetividade dos direitos. Assim como diz o autor: “Sobre o Judiciário estaria depositada a última esperança do Jeca” (ARANTES, 2002, p. 127-131).

Antes reservado ao exercício do controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário da atual quadra histórica não se limita à mera subsunção do fato à norma, e, politicamente desneutralizado, passa a “exercer uma função socioterapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais” (CAMBI, 2011, p. 196).

O faz diante da omissão do Legislador, para dar sentido a norma ou mesmo mudar o sentido dela, invocando, não raras vezes, um espaço de discricionariedade

ou manobra, que se justificaria, no caso concreto, na efetivação de direitos fundamentais em atendimento ao comando constitucional.

Não há consenso quanto ao conceito ou mesmo à definição de ativismo judicial.

Lenio Streck critica o modo como o termo “ativismo judicial” tem sido empregado no Brasil, pois nos Estados Unidos – sua origem – a atuação da Suprema Corte se deu em sentido contrário, às avessas, isto é, para barrar medidas intervencionistas do governo Roosevelt favoráveis aos direitos humanos (STRECK, 2011, p. 51). Na dicção de Luís Roberto Barroso, a pro-atividade da Suprema Corte americana, nas décadas de 1930-1940, foi conservadora, de segregação racial e para a invalidação das leis sociais em geral<sup>37</sup>, situação que se inverteu na década de 1950, com a produção de jurisprudência progressista a respeito de direitos fundamentais (BARROSO, 2013, p. 414-415).

Ao fazer referência ao resultado do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, pelo Supremo Tribunal Federal, mais especificamente ao voto do Ministro Gilmar Mendes, Lenio Streck considera ativista a decisão que revela a falta de limites no processo interpretativo, designação que confirma ao distinguir ativismo de judicialização (ou judicialismo): “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); [...]” (STRECK, 2011, p. 589).

Luís Roberto Barroso compreende ativismo judicial como uma atitude que corresponde à escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Aponta como suas causas a retração do Poder Legislativo e um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, criando óbice a que demandas sociais sejam efetivamente atendidas. A ideia de ativismo judicial “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”, e coloca dentre as manifestações mais comuns da postura ativista a imposição de condutas

---

<sup>37</sup> Após a crise de 1929, Roosevelt irrompe com o New Deal, um programa econômico e social caracterizado pela intervenção do estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social (BARROSO, 2013, p. 414, nota).

ou de abstenções ao Poder Público, especialmente no que tange às políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Do ativismo judicial também cuida Elival da Silva Ramos, que inicia sua abordagem destacando a distinção do papel da decisão judicial - enquanto *fonte do direito* - nos sistemas de *common law* e romano-germânico (*civil law*). Naquele, a jurisprudência desempenha papel principal com dupla função: a decisão judicial define a controvérsia e tem valor de precedente, donde conclui que no sistema de *common law* “ativismo judicial” não tem uma conotação negativa, interventiva, antes, essa postura chega a ser até mesmo elogiada por promover a adaptação do direito às novas exigências sociais e pautas axiológicas (RAMOS, 2010, p. 105-110).

Reportando-se à evolução do modelo estatal, especificamente no que toca à separação de poderes, Elival da Silva Ramos destaca que “as funções estatais se alteram em razão da concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado”, donde admissível a modificação do “rateio funcional” - “o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão” - no contexto de um Estado que “combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade”. Como diferentes órgãos estatais exercem funções típicas e atípicas, considerando-se típicas aquelas que (sob um olhar substancial) se identificam com os respectivos Poderes, daquele “compartilhamento interorgânico” deve-se ressaltar “um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente”. Diante dessas premissas, o mesmo autor delimita o ativismo judicial à “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Trata-se da “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010, p. 114-117).

Quando então, a decisão judicial, por desrespeitar os marcos normativos substanciais da função jurisdicional, reputar-se-á ativista? Elival da Silva Ramos procura responder a esta indagação no contexto da aplicação da Constituição. Parte em busca de parâmetros que permitam a identificação do ativismo, exame que não se restringe ao controle de constitucionalidade, alcançando “qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por órgão judicial”. Afirmando que do próprio texto constitucional deflui a “gradação” do controle (a ser) exercido pelo Judiciário

em relação a atos dos demais Poderes (ou dele mesmo – atos administrativos), vincula a possibilidade de controle judicial à natureza do objeto controlado. Coloca-se contrariamente à possibilidade de controle de atos inerentes à função de governo, que se mantém no plano exclusivamente político, e admite os controles “mínimo”, “médio fraco”, “médio forte” e “máximo”, neste caso quanto aos atos plenamente vinculados (RAMOS, 2010, p. 138-141 e 153-167).

Afora a adoção da diretriz constitucional, propõe o condicionamento do controle à vinculação da interpretação (judicial) ao texto-base, e, admitindo a concretização da norma constitucional por via de sua interpretação-aplicação (atribuição de sentido ao enunciado normativo), recomenda a utilização combinada dos elementos interpretativos gramatical, lógico-sistemático, histórico e finalístico; claro, dando-se preferência aos resultados das interpretações gramatical e sistêmica, a qual (preferência), todavia, diz relativa, ou seja, podendo vir a ceder diante das circunstâncias do caso concreto e do dever ético-funcional de se buscar a solução mais justa (mas) “nos limites que o texto normativo comporta”, é evidente. A atuação judicial deve observar “exigências sistêmicas”, isto é, o julgador deve ater-se aos princípios expressos e implícitos e considerar os nexos funcionais entre os elementos normativos do sistema para autolimitação de sua atuação. Deve, ainda, levar em conta “a necessária intervenção legislativa para o desdobramento de princípios constitucionais” e a “limitação eficaz das normas constitucionais”, notadamente as programáticas e os elementos pertinentes ao seu âmbito material (RAMOS, 2010, p. 168-198).

À luz do que expôs, o autor citado conclui que entende-se por ativismo judicial “o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar”, ultrapassagem – “das linhas demarcatórias da função jurisdicional” – que se faz em detrimento das demais funções, particularmente legislativa, descaracterizando a função típica do Poder Judiciário, “com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” Afinal, se no “positivismo moderado ou renovado” o texto normativo não pode ser desconsiderado pelo intérprete, pois constitui “um limite no trabalho de construção da norma de decisão”, “é nos limites substanciais que o próprio direito a aplicar lhe impõe [...] que se não de buscar os critérios para a aferição da existência ou não de ativismo judicial” (RAMOS, 2010, p. 129 e 308).

De seu turno, Cláudio Pereira de Souza Neto, contextualizando a controvérsia no modelo da democracia deliberativa, critica a “judicialização” generalizada da política e a hegemonia do Judiciário, que considera exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular. Segundo a teoria da Constituição que ele adota, a judicialização da política deve-se restringir às reivindicações pela efetiva observância das “condições para a cooperação na deliberação democrática”, ou, em outras palavras, à implementação de direitos fundamentais que constituem condições para o bom funcionamento da democracia. Por outro lado, é ativista a concretização judicial de direitos contemplados em “normas que instituem um projeto abrangente” (normalmente de eficácia limitada), uma vez que “a formulação ou a implementação de tais projetos devem ser deixadas à deliberação majoritária em cada momento da história nacional” (SOUZA NETO, 2006, p. 275-282).

Conquanto empregada para traduzir a postura proativa do Judiciário, também no campo da correção de atos – ou omissões – dos demais Poderes, notadamente quando tendentes à concretização de direitos fundamentais, a expressão “ativismo judicial”, no *sentido negativo* que a acompanha desde a sua recepção no Brasil, deve ser utilizada nas hipóteses de extrapolação dos limites de exercício da atividade jurisdicional, isto é, se e quando a decisão funda-se em argumentos meramente políticos, de cunho moral, segundo a convicção pessoal do julgador, ou seja, quando ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico e o faz em detrimento dos demais Poderes, usurpando as competências destes.

Adequadamente realizada, a concretização judicial de direitos fundamentais não implica a usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo, nem tampouco violação da legitimidade democrática, podendo, pelo contrário, incrementar a democracia. O ativismo de que trata o presente trabalho se manifesta na seara das políticas públicas, na medida em que o Judiciário, monoliticamente, no espaço restrito dos processos judiciais, toma a decisão (que é) política, estabelecendo programas de ações “governamentais” e determinando a sua implementação.

### **3 A CONCREÇÃO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PARÂMETROS SUBSTANCIAIS E PROCEDIMENTAIS**

Nesta última seção, busca-se responder às indagações referentes à legitimidade democrática do controle judicial das políticas públicas e aos limites e parâmetros a ele aplicados, e apresentar alternativas à judicialização e que podem democratizá-la quando inevitável.

Para tanto, é necessário conhecer o significado de “políticas públicas”, seu conceito e alguns de seus traços característicos fundamentais para as conclusões deste trabalho.

#### **3.1 Políticas Públicas**

À evidência, a noção de política pública não divorcia do papel atribuído aos Estados sociais, que, afora as funções de articulação, coordenação e fomentação dos agentes econômicos e não econômicos, privados e públicos, têm a responsabilidade por atender às demandas sociais próprias dos países com sérios défices de desenvolvimento social e humano.

Dos artigos 1º, 3º, 5º, e seus incisos, 6º e 174, todos da Constituição Federal, para citar alguns, extrai-se a intensificação e a preponderância de valores sociais em relação a outros próprios do modelo liberal (BRASIL, 1988).

Adotou-se o modelo de Estado Social (e Democrático de Direito), o que importa nova concepção dos fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado, e a ruptura do constitucionalismo liberal. Ou seja, houve um reposicionamento no campo econômico que informa a implementação das políticas públicas voltadas à concretização da Constituição (HORTA, 2003, p. 260-261).

A inerência das políticas públicas ao Estado social é destacada por Maria Paula Dallari Bucci, já que este absorve algumas das figuras criadas no modelo de bem-estar, “dando a elas um novo sentido, agora não mais de intervenção sobre a atividade privada, mas de diretriz geral, tanto para a ação do indivíduo e organizações, como do próprio Estado” (BUCCI, 2006a, p. 247).

Conforme expôs Fábio Konder Comparato, nesse modelo torna-se indispensável a reorganização da atividade estatal em atenção às finalidades coletivas, cumprindo aos Poderes Públicos atuar, prioritariamente, “na progressiva constituição de condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país” (COMPARATO, 1998, p. 43).

Extraí-se da Carta de 88 que justiça social é a ideologia, a finalidade, o ideário da República Federativa do Brasil. Esse (deve ser) o paradigma de atuação dos Poderes e dos órgãos estatais.

No que concerne à formulação e execução das políticas públicas, o Estado brasileiro deve ser considerado em suas peculiaridades socioeconômicas, culturais e geográficas. Não se faz apropriado adotar como padrão de solução dos problemas locais modelos abstratos concebidos conforme as realidades europeias, por exemplo. Atraso econômico, desigualdade social e cultural, desnível de distribuição de renda, perpetuados pelos sistemas político e econômico, são condições caracteristicamente periféricas que devem ser levadas em conta na reflexão sobre a redefinição do Estado e sua atuação, notadamente da Administração Pública (BUCCI, 2002, p. 3-4).

Não é apropriado adotar modelos jurídicos estrangeiros ou importar soluções prontas sem ponderar a peculiaridade local das nossas circunstâncias históricas, políticas e econômicas que nos fazem peculiares.

Estabelecido que o Direito da Constituição dirigente volta-se “à concretização, pela Administração Pública, dos ditames constitucionais e, em decorrência, de políticas públicas” (BUCCI, 2002, p. 248), segue-se o estudo das políticas públicas: o que se entende por elas, sua finalidade, como são feitas as escolhas ou tomadas as decisões e porque não devem ser feitas no ambiente judicial.

### **3.1.1 Conceito**

Como área do conhecimento, as políticas públicas passaram a despertar interesse e a ganhar autonomia em meados do século XX, na Europa e nos Estados Unidos. Harold D. Lasswell publicou, em 1936, o livro *Política: quem ganha o quê, quando e como*. Mas foi em 1951, com duas publicações, *O processo*

*governamental* (David B. Truman) e *As ciências políticas* (Daniel Lerner e Harold D. Lasswell), “que as políticas públicas foram constituindo uma área disciplinar específica.” No Brasil, os estudos sobre a formação das políticas públicas têm início no final dos anos 1970 e início dos anos 1980 (DIAS; MATOS, 2012, p. 10-11).<sup>38</sup>

A polissemia que caracteriza a locução “políticas públicas” faz dificultosa a busca por um conceito. Na doutrina estudada foram encontradas noções restritivas e outras demasiadamente ampliativas.

Antes, porém, se afigura oportuno ter-se uma noção a respeito das expressões “política” e “pública”. Com Maria Paula Dallari Bucci, adota-se *política* num sentido amplo - de atividade de conhecimento e organização do poder<sup>39</sup>. Quanto ao “adjetivo ‘pública’, justaposto ao substantivo ‘política’, deve indicar tanto os destinatários como os autores da política. Uma política é pública quando contempla interesses públicos, isto é, a coletividade, como realização desejada pela sociedade” (BUCCI, 2002, p. 242 e 269).

Contribuindo para a messe, porém confirmando a dificuldade acima apontada, Walter Claudius Rothenburg (2011) apresenta alguns significados, aspectos ou dimensões da expressão. Quanto ao aspecto *político*, reconhece que, conquanto “políticas públicas” tenham menos a ver com ideologia, partidos e poder, e mais com meios e modelos a atender o interesse público, o fundamento ideológico influencia na elaboração e implementação dos programas de governo. Logo, o modo de tratar o mesmo tema, por exemplo, a geração de renda, varia de acordo com a orientação do grupo que está no governo, se neoliberal ou assistencial. No que tange à *formulação*, diz pressupor um plano, uma diretriz, que orientará a sua constituição e servirá de referência para a execução, a avaliação e o controle. Neste plano, destaca a importância das leis orçamentárias. Como aspecto mais evidente das políticas públicas o autor cita o da *execução*, isto é, “essencialmente a implementação de planos, a consecução dos objetivos, a materialização das diretrizes”, e enfatiza a participação colaborativa dos diversos atores sociais no alcance do interesse público, especialmente o “terceiro setor”. Adverte, ainda, sobre

---

<sup>38</sup> Como fonte de reflexão sobre a judicialização das políticas públicas, este trabalho, além das doutrinas jurídica e jusfilosófica, dá importância à análise de documentos de outras áreas das ciências sociais que guardam relação interdisciplinar com o direito público: a sociologia e a administração estudadas em conjunto. Por isso a referência às obras de Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012), Tatiana Vargas de Faria Baptista e Mônica de Rezende (2011) e Celina Souza (2008).

<sup>39</sup> Acrescenta-se: atividade de organização, direção e administração do Estado, ou ainda, medidas tomadas visando alcançar um fim.

a necessidade de se incluir a dimensão *normativa* no conceito de políticas públicas, pois, estas são formuladas ou planejadas no nível normativo. A esses quatro aspectos o autor acrescenta o da *pluralidade de sujeitos*, segundo o qual “as políticas públicas não se resumem à atuação protagonista do Poder Executivo. Todos os órgãos do Poder Público desenvolvem políticas públicas” (ROTHENBURG, 2011, prefácio).

De seu turno, a *ciência política* compreende “política pública” como mecanismo de contenção ou restrição de gastos públicos, uma necessidade típica do pós-guerra que busca tornar eficiente (economicamente) a atividade administrativa. Por isso reconhece que as definições de políticas públicas levam em conta “o *locus* onde os embates em torno de interesses, preferências e ideias se desenvolvem, isto é, os *governos*”, assumindo, em geral, uma visão holística do tema. Política pública é vista segundo uma perspectiva de que o todo é mais importante que a soma das partes, e todos (indivíduos, instituições, interações, ideologia e interesses) contam, mesmo havendo diferenças sobre a importância relativa destes fatores (SOUZA, 2008, p. 1 e 6).

Esse conceito dá ênfase ao planejamento financeiro-orçamentário, à eficiência dos gastos e ao ambiente apropriado para a tomada de decisão.

Na quadra do estudo sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe um significado para políticas públicas: “É o conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objeto comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país.” O administrativista destaca duas características ínsitas à Administração Pública: a atividade administrativa e a sua finalidade (MELLO, 2009, p. 808).

Por sua vez, Valter Foleto Santin conceitua políticas públicas como “execuções das normas legais e constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para execução da lei).” Para o autor, políticas públicas não se limitam a atos meramente políticos, de governo, atos de gestão, antes, configurando meios de planejamento para a execução dos serviços públicos ou desempenho das atividades estatais. Acrescenta que, enquanto programa, obrigam o Estado às prestações positivas que podem ser vindicados pelo cidadão. O conceito é mais amplo e faz referência à dimensão normativa das políticas públicas (SANTIN, 2004, p. 33-34 e 40-41).

Maria Paula Dallari Bucci conceitua políticas públicas como sendo “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. [...] ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.” Reportando-se a Odete Medauar, a autora ensina que as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos (procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório) que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a identificação dos interesses públicos reconhecidos pelo direito (BUCCI, 2006a, p. 241 e 264-265) A formulação da política consistiria num processo e os programas de ação do governo seriam as decisões decorrentes desse processo. Nesse sentido, o incremento das atividades concernentes à elaboração das políticas públicas e à sua execução insere-se num movimento de “procedimentalização das relações entre os poderes públicos” (BUCCI, 2002, p. 264-268).

Noutro título de sua autoria, específico quanto ao conceito jurídico de políticas públicas, apresenta a definição de política pública como programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (processos eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo e administrativo, não descartando o processo judicial), os quais atuam para coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas voltadas à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Diz, ainda, que a política pública deve visar a “realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2006b, p. 39).

Eduardo Appio também contribuiu para a conceituação de políticas públicas. Concebe-as como instrumentos de execução de programas políticos que demandam a intervenção do Estado na sociedade para garantir a igualdade de oportunidades aos indivíduos, cuja finalidade é assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos (APPIO, 2005, p. 136).

Há, ainda, conceitos amplíssimos de políticas públicas, alcançando todas as atuações do Estado e formas de intervenção, planos e diretrizes, a prática de atos administrativos (GONÇALVES, 2009, p. 183-216).

Dos vários conceitos citados, pode-se concluir não existir um consenso quanto ao significado exato de políticas públicas, uma definição mais apropriada ou fechada. Mas é certo afirmar que alguns aspectos importantes – que podem ser considerados *elementos integrantes do conceito* - estão presentes em todas as concepções apresentadas, quais sejam: a juridicidade (dimensão normativa), a finalidade de atendimento do interesse público (dimensão política) e a existência de um processo para tomada de decisões, no qual são destacados a participação e o planejamento (dimensões da pluralidade e da formulação).

É, assim, acertada a esquematização dos “aspectos das políticas públicas” levada a cabo por Walter Claudius Rothenburg, vez que se formam e são compreendidas segundo um todo composto de elementos de natureza política, normativa e programática, estão presentes nos diferentes Poderes Públicos e são executadas conforme a formulação planejada num ambiente processual.

A respeito da juridicidade, considerando-se que o tema deste trabalho diz respeito às políticas públicas enquanto via de efetivação dos direitos sociais prestacionais, deve-se reportar à questão relativa à eficácia das normas constitucionais da ordem social. Ora, os direitos sociais ostentam fundamentalidade material e suas normas - programáticas - têm alguma aplicabilidade imediata, mas conferem direito subjetivo (justiciabilidade) apenas no que tange ao núcleo essencial do interesse tutelado, o mínimo existencial.

Quanto à finalidade das políticas públicas (o interesse público), diga-se que não condiz apenas com o interesse do aparato estatal, o interesse público secundário, aproximando-se também do conceito de interesse coletivo apresentado por Bandeira de Mello: “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quanto considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2009, p. 61 e 66).

Não obstante, cita-se a descrição de Hely Lopes Meirelles sobre os “fins da administração pública”, seu “único objetivo”: “o bem comum da coletividade administrada”, ou a “defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros” (MEIRELLES, 1987, p. 60-61).

Adaptando-se o discurso do saudoso administrativista à atualidade, lembre-se que o conceito de interesse público (e, conseqüentemente, o de finalidade

administrativa) também sofreu a influência da *constitucionalização do direito*<sup>40</sup> (administrativo). Logo, vinculada que está - a Administração Pública - diretamente à Constituição, a concepção sobre interesse público deve corresponder aos valores constitucionais, mais especificamente, neste estudo, à concretização adequada dos direitos sociais.

Na sequência, o aspecto da procedimentalização das políticas públicas.

Como foi visto, o programa de ação governamental que constitui a política pública resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados ou disciplinados, a saber, o administrativo, o legislativo, o de alocação de meios para a ação governamental (processos orçamentário e de planejamento), o judicial e o político-eleitoral, assim especificados por Maria Paula Dallari Bucci (2006b, p. 39; 2013, p. 145-204)

Dessa processualidade das políticas públicas destacam-se dois elementos de relevância ímpar: a participação democrática e o planejamento. Ambos atuam na eficácia e eficiência dos programas e ações, e viabilizam o controle da Administração.

### **3.1.2 Processualidade, participação e planejamento**

A democracia tem uma acepção socioeconômica, a exigir a concretização de direitos (sociais) que propiciem o desenvolvimento humano, conduzindo à liberdade e assegurando a possibilidade de participação nas escolhas ou de aceitação delas. A plenitude da democracia política pressupõe a econômica e social. Cuida-se de estudo já apresentado.

Na reflexão acerca do constitucionalismo, acima apresentada, não escaparam as conquistas próprias do modelo social de Estado, tais como a previsão de direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, as reivindicações contemporâneas dizem (dirão) respeito à concretização plena desses direitos, para a qual se faz necessário implementar as respectivas políticas públicas; medidas que têm sede no plano governamental.

---

<sup>40</sup> A constitucionalização do direito administrativo promoveu (ainda promove) a revisitação de postulados do regime jurídico administrativo. Legalidade e supremacia do interesse público sobre o particular sofreram as mais profundas mudanças. Sobre o assunto, consulte-se Daniel Sarmento (2006) e Gustavo Binenbojm (2008).

Maria Paula Dallari Bucci diz tratar-se de alteração do âmbito do exercício do papel da política, que afirma não ter sido reduzido e, sim, que está *relocalizado*. Argumenta que “o papel da chamada ‘grande política’ desce ao plano dos mecanismos de funcionamento efetivo e operacional do Estado e do governo” (BUCCI, 2013, p. 99).

Como se viu, a formulação das ações e programas que atendam às necessidades da população ou que se destinam à efetivação de interesses dos indivíduos - da coletividade -, reclama o exercício do poder político no âmbito de um processo; políticas públicas resultam de “um processo ou de um conjunto de processos” (BUCCI, 2006b, p. 39). Exercício (do poder político) que, todavia, não se encerra na ação governamental.

A democracia contemporânea das sociedades pluralistas - e por isso conflitivas - é (deve ser) participativo-deliberativa, enfatizando a procedimentalização das decisões políticas-públicas como medida de fortalecimento da cidadania. Quais as ações concretas a serem tomadas para solução dos problemas? Quais os custos? E os beneficiários? São decisões que se deve tomar coletivamente e segundo o melhor argumento (BUCCI, 2013, p. 133-134).

A abertura ao processo evitará que o terreno das políticas públicas seja espaço reservado aos fatores reais de poder (ao modo Lassale) ativos na sociedade de determinado momento histórico, em relação a um objeto de interesse público - do público (BUCCI, 2002, p. 242).

A respeito do crescimento da importância da atividade processual da Administração Pública, a autora, forte em Maria João Estorninho, consigna que a ação administrativa ganha um novo sentido, qual seja, “dar vida, através da participação e do confronto de todos os interessados co-envolvidos, a uma justa e original composição de interesses”, vale dizer, não mais se limitando à mera conformidade da atividade administrativa à legalidade (BUCCI, 2002, p. 267).

A coletivização da deliberação confere mais qualidade decisória e assegura a eficácia da política pública e a sua eficiência, potencializando seu êxito - uma questão também de economicidade. A estruturação do contraditório no processo público de escolhas é de suma importância em sociedades complexas como a brasileira, possibilitando diferentes postulações e respostas. Daí assentar a autora, que no Estado democrático “a atividade administrativa deve exprimir não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas as escolhas politicamente informadas,

contribuindo para a *redução do déficit democrático* e maximizando a probabilidade de adoção de ações eficientes” (BUCCI, 2002, p. 267-269).

Coerente com o movimento da democracia deliberativa surgido em meados do século XX, a Constituição Federal brasileira exige a disponibilização de formas de participação dos administrados na Administração Pública, conforme se denota do disposto no parágrafo 3º do seu artigo 37<sup>41</sup>, não se contentando com o modelo da democracia representativa.

Estabelece a Carta de 88 que o conteúdo do valor democrático é de cunho participativo, exigindo-se do Estado a estruturação de processos que efetivamente possibilitem aos cidadãos “aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controle crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos.” Esse princípio de participação, na lição de Canotilho, se concretiza com a democratização da sociedade, a democratização da democracia, mediante a participação, ou a intensificação da otimização de participação direta e ativa no processo de decisão (CANOTILHO, 2003a, p. 288 e 301).

Gustavo Binenbojm desenvolve o tema no estudo das formas de *legitimação da ação administrativa*. Aponta como uma das vertentes a baseada na democratização do exercício da atividade administrativa, que diz ter como traço marcante o fenômeno da processualização desta atividade, com a exigência de fomento à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas (BINENBOJM, 2008, p. 29-32).

Nessa mesma linha de democratização, Reinaldo Dias e Fernanda Matos concebem as políticas públicas como cursos de ação e fluxos de informação, relacionados com um objetivo público definido de forma democrática e desenvolvidos pelo setor público, frequentemente com a participação da comunidade e do setor privado (DIAS; MATOS, 2012, p. 136).

---

<sup>41</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. (BRASIL, 1988)

É evidente que não se trata de exigir a participação como na *Ágora*. Seria uma afirmação pueril, de impossível realização se levadas em conta as peculiaridades locais e a dimensão continental do território brasileiro. As formas representativas devem ser buscadas, e as participativas, de consulta e filtragem, melhor e mais utilizadas.

Em seu livro mais recente, Maria Paula Dallari Bucci trabalha a processualidade (relação processual) inerente às políticas públicas e a aplica aos processos jurídicos que as materializam - o administrativo, o judicial, o legislativo e o orçamentário/de planejamento. A autora propõe-se a “explicitar e sistematizar os elementos e peculiaridades jurídicas dos diversos processos” e a indicar “aspectos explicativos de possíveis disfuncionalidades jurídicas ou extrajurídicas” dos mesmos (BUCCI, 2013, p. 40-41 e 145-203).

Com muita propriedade, a mesma autora descreve o processo administrativo brasileiro, os objetivos da legislação a ele inerente, e seus elementos. Tece críticas de todo pertinentes a falta de domínio pleno, na Administração Pública, da disciplina processual. Reclama a profissionalização da força de trabalho, a valorização do desempenho e a adoção de formas de racionalização. Enfatiza a necessidade de mecanismos de coordenação para o desenvolvimento das políticas públicas, que diz subsistirem de maneira isolada. Exemplifica com a solução arbitral de conflitos entre entes da Administração Federal, tal como previsto no artigo 11<sup>42</sup> da Medida Provisória n. 2.180-35/2001 (BUCCI, 2013, p. 149-156).

Todavia, registra como “questão relevante para as políticas públicas em relação ao processo administrativo”, “saber como se dá [...] o exercício do contraditório, em que termos, com base em quais pressupostos.” Afinal, a decisão (a vontade do Poder Público) produzida no âmbito do processo é o fim e o fundamento da organização administrativa, e o exercício do contraditório é apontado como gerador da “legitimidade processual, a qual, por sua vez, repercute sobre a legitimidade substantiva do governante.” Cita como exemplos de ocorrência do contraditório as consultas e audiências públicas, ainda que sem caráter obrigatório e vinculante (BUCCI, 2013, p. 158-159 e 161-162).

---

<sup>42</sup> Essa norma autorizou a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, no âmbito da Advocacia-Geral da União, instrumento de composição extrajudicial que será explorado no último capítulo, nas sugestões para a *desjudicialização* das políticas públicas.

Por derradeiro, depois de se reportar à *accountability*, salienta a transparência administrativa, de modo particular quanto à qualidade da informação sobre o alcance e o custo das políticas públicas, “essencial para o debate público” (BUCCI, 2013, p. 165-166).

De fato, quanto mais se conhece o objeto da política pública, maior é a possibilidade de efetividade e eficácia do programa de ação governamental. Assim o é também, e especialmente, no trato dos direitos sociais, em que as prestações do Estado provêm do funcionamento articulado de um sistema complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política efetiva e bem-sucedida (BUCCI, 2002, p. 249).

Foram, pois, destacados alguns elementos reputados necessários à legitimidade - processual e substancial - da decisão estatal na esfera administrativa.

Tendo em vista a ênfase conferida ao *alcance* e aos *custos* das políticas públicas, impõe-se refletir, brevemente, sobre o *planejamento*, considerado em sua dimensão de processo de elaboração de um plano para alocação de recursos orçamentários<sup>43</sup> necessário à implementação de ações e programas.

O planejamento é considerado pressuposto indispensável de todo programa de ação política, econômica ou social, ou seja, condiciona a tomada de decisão acerca da política pública. Cuida-se de aspecto relevante que informa a escolha do programa ou da ação contemplados na política pública, bem como, senão principalmente, que define o *locus* apropriado para a tomada de decisão.

Reinaldo Dias e Fernanda Matos estabelecem que “o planejamento é um ato racional de escolha de um determinado futuro” e que seu objetivo, no âmbito público, é “estruturar diversos elementos para que se alcance determinado cenário futuro entre muitos possíveis.” Os autores afirmam que, na seara do poder público, o planejamento é definido como “uma técnica de tomada de decisão que dá importância para a escolha de objetivos bem determinados e determina os meios

---

<sup>43</sup> Não se cuida de outros meios públicos de alocação de meios aptos a realizar ou viabilizar políticas públicas (concessão de créditos fiscais, empréstimos públicos ou de uso de bens públicos etc.), conquanto sujeitos ao controle judicial. Se afigura inoportuno abordar, ainda, as formas de alocação de meios, como a influência política (o problema da barganha na condução das emendas parlamentares orçamentárias no âmbito do Congresso Nacional e do Poder Executivo) e a questão da dificuldade de se gastar – legalmente – o recurso público, problema situado na fase da execução orçamentária (e da execução das políticas públicas), no bojo do qual se discute o instituto da licitação, e que pode ser considerado uma das causas da expansão do controle judicial das políticas públicas. Seria por demais expandido o tema e extrapolados os objetivos aqui definidos. Sobre o assunto, consultar Maria Paula Dallari Bucci (2013, p. 177-191).

mais apropriados para atingi-los”, razão pela qual no *processo de planejamento* de políticas públicas são observados os seguintes elementos (principais): “a definição clara do objeto, o planejamento e os mecanismos de avaliação” (DIAS; MATOS, 2012, p. 132-135).

Executa-se uma política pública tendo em vista o planejamento (prévio) em todos os seus aspectos, em especial o financeiro-orçamentário e seus instrumentos – o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) – e os condicionamentos estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal e na Constituição Federal. A fiscalização e o controle - interno e externo - da gestão pública incidirá segundo tais diretrizes.

Sob o ângulo político, da ciência política, o estudo da processualidade das políticas públicas, confere com a divisão do processo em fases ou ciclos – os *ciclos de políticas públicas*.

Afinal, o conceito de processualidade se abre em três momentos distintos, mas intercalados e sequenciais: da formação (apresentação dos pressupostos técnicos e materiais pela Administração ou pelos interessados para confronto com os trazidos pelos demais), da execução (compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa) e da avaliação (apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, novamente sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em virtude dos pressupostos apresentados) (BUCCI, 2002, p. 266).

A decomposição do processo em ciclos é salutar já que permite a melhor análise de cada elemento considerado na formulação da política pública.

Tatiana W. F. Baptista e Mônica de Rezende creditam a Harold Lasswell a *identificação de fases distintas do processo* e contam que em 1951, em livro coeditado com Daniel Lerner (*The Policy Sciences*), Lasswell propôs a simplificação e a divisão do processo de construção e desenvolvimento da política pública em sete estágios circunscritos ao âmbito governamental, a saber: informação, promoção, prescrição, invocação, aplicação, término e avaliação (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 139-141).

Não existe consenso a respeito do número de etapas que devem compor o ciclo das políticas públicas.

As autoras acima descrevem que nos anos 1990, Howlett e Ramesh condensaram as fases do processo da política pública em cinco etapas: 1) definição

ou montagem da agenda, 2) formulação da política, 3) tomada de decisão, 4) implementação e 5) avaliação, que denominaram 'improved model', no qual prevalece a ideia de que uma política se inicia a partir da percepção de problemas, passa por um processo de formulação de propostas e decisão, segue sendo implementada, para enfim ser avaliada e dar início a um novo processo de reconhecimento de problemas e formulação de política (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 141-142).

Reinaldo Dias e Fernanda Matos indicam treze modelos colhidos na literatura, cujas etapas variam de quatro a sete, e apresentam quadro demonstrativo de cinco estágios: 1) identificação do problema e formação da (entrada na) agenda pública; 2) formulação de uma solução (estudo de soluções); 3) tomada de decisão; 4) execução da ação (gestão/administração e produção de efeitos - impacto); 5) avaliação (juízo de valor sobre os efeitos e reajuste da política adotada ou o seu encerramento) (DIAS; MATOS, 2012, p. 64-67).

Convém delimitar esses estágios. Conhecer o conteúdo de cada um auxiliará na conclusão a respeito da incidência do controle judicial das políticas públicas, sua limitação e parametrização.

Na fase de *formação (ou montagem) da agenda*<sup>44</sup>, decide-se se o problema identificado por um dos atores políticos deve ser efetivamente inserido na pauta política, excluído ou adiado. Nem todo problema identificado "entra na agenda"; somente aquele considerado prioritário segundo critérios da Administração Pública (orçamento, atuação de grupos sociais específicos etc.). Atente-se que a incorporação de um problema à agenda "é resultado de divergências de opinião, normas formais e não formais, interesses, percepções e juízos que percorrem um caminho que passa pela opinião pública." Em outras palavras, "a transformação de um fenômeno em um problema que se torna objeto de uma política pública é uma construção social." Algumas características identificadas no problema (fenômeno ou tema) podem despertá-lo à atenção de um público mais amplo e contribuir para sua incorporação à agenda: o grau de generalização (problemas marginais que atingem poucas pessoas podem ficar de fora da agenda); a importância para a sociedade; a relevância temporal (duração do impacto do problema na sociedade); o grau de

---

<sup>44</sup> Kingdon denomina agenda "a lista de assuntos e problemas sobre os quais o governo e pessoas ligada a ele concentram sua atenção num determinado momento" (Apud BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 143).

complexidade (problemas mais simples e fáceis de serem compreendidos atingem uma audiência mais ampla); e a precedência categórica (problemas com precedentes similares atingirão mais rapidamente uma audiência maior) (DIAS; MATOS, 2012, p. 71-74).

Considerado prioritário, buscam-se respostas para o problema agora agendado. É o estágio de *formulação de solução* (da *política*), no qual são elaboradas alternativas; o problema é delimitado e as alternativas de planos e projetos ao seu enfrentamento são examinadas. É fase técnica, de atuação de especialistas, funcionários públicos qualificados, analistas de empenhos, instituições de pesquisa, dentre outros (DIAS; MATOS, 2012, p. 76-77).

Segue-se à fase de *tomada de decisões*, na qual o Estado faz a escolha de uma ou mais alternativas examinadas. A escolha é governamental, mas muitos atores participam e influenciam a tomada de decisão, que, por isso, pode não ser a mais racional. Essas escolhas vêm expressas em leis, decretos, resoluções, dentre outros atos administrativos, exceto quando a decisão é um não fazer, não agir. Nesta fase são delineadas as metas a serem atingidas, definidos os recursos a serem utilizados e demarcado o horizonte temporal da intervenção (DIAS; MATOS, 2012, p. 77-78).

No estágio seguinte tem-se a *implementação das políticas públicas*, sua concreção, a execução das atividades que permitem a realização de ações necessárias ao cumprimento das metas definidas no processo de formulação. Com o planejamento administrativo e de recursos humanos do processo político, adapta-se o programa escolhido às situações concretas a serem enfrentadas. Os resultados dessa aplicação (adaptação) constituem o impacto do programa ou política implementada. Dois modelos informam a implementação e podem explicar o resultado: *top-down* e *bottom-up*. No *top-down* o controle está nas mãos dos formuladores situados no topo das organizações, desenvolvendo-se a implementação “de cima para baixo”, ou do “centro para a periferia”. Este enfoque prende-se às técnicas tradicionais da administração, distinguindo – e distanciando – os âmbitos administrativo e político. Já no enfoque *bottom-up*, as decisões próprias do momento da implementação da política pública são tomadas no nível de sua concreção, de existência efetiva do problema. (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 149-150) Esta fase (implementação) está diretamente relacionada à da formulação, variando sua efetividade prática de acordo com o resultado da negociação a respeito

das alternativas. Assim, no estágio da implementação é que são analisados de modo mais estruturado os obstáculos e as falhas que podem acometer as políticas públicas (DIAS; MATOS, 2012, p. 83).

A *avaliação* resultante do acompanhamento ou monitoramento, “pode ser descrita como uma área de pesquisa que tem por objetivo medir a utilidade e benefícios da intervenção pública através do emprego de um conjunto de técnicas utilizadas em diferentes campos das ciências sociais” (DIAS; MATOS, 2012, p. 84). Embora apontada como sendo a última etapa do ciclo das políticas públicas, uma fase específica, tem sido utilizada como um instrumento de subsídio para a tomada de decisões em vários momentos em todas as fases do ciclo, não se restringindo, pois, apenas à avaliação final dos resultados. Numa perspectiva temporal, os momentos avaliatórios, segundo a doutrina, compreenderiam “avaliações *ex-ante*” (orientam a formulação das políticas públicas e as decisões mediante o levantamento de necessidades e estudos de factibilidade) e as “avaliações *ex-post*” (ocorrem após a implementação, ao término do programa), que se divide em avaliações de processo (correspondem às avaliações intermediárias e buscam identificar os fatores que operam ao longo da implementação, facilitando-a, dificultando-a ou obstaculizando-a, e que condicionam, positiva ou negativamente, o cumprimento de metas e objetivos) e avaliações de resultado (buscam saber se os programas cumpriram seus objetivos e se o fizeram com qualidade) (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 154-155; DIAS; MATOS, 2012, p. 84-89).

Nessa concepção de ciclo da política pública se observa uma clara substituição da noção de ato administrativo – próprio da visão liberalista-legalista da atuação estatal – pela de atividade.

Concomitantemente ao estudo do processo das políticas públicas, impõe-se analisar, sucintamente, a figura da *governança*, posto também referir-se a um instrumento (processo) voltado à eficiência administrativa e efetividade das políticas públicas. Pensada num contexto de globalização e para a governabilidade do sistema mundial, *governança global* “é um amplo, dinâmico e complexo processo interativo de tomada de decisão que está constantemente evoluindo e se ajustando a novas circunstâncias” (DIAS; MATOS, 2012, p. 93). A inter-relação e a interdependência (principalmente a econômica) entre os diversos países faz com que as decisões nacionais, regionais ou locais sejam influenciadas e fundamentadas pela ordem definida em nível global. Verifica-se, assim, a substituição da direção

hierárquica e do controle estrito dos processos políticos por novas modalidades de regulação fundadas “na coordenação e na direção horizontalizada que privilegia as redes articuladas de organizações e pessoas, a negociação e o convencimento na busca da mobilização de recursos privados e públicos dispersos”. Afora a governança global, fala-se na *governança local*, que pode ser compreendida como “a cooperação e o compartilhamento de responsabilidades entre o setor público, o setor privado e o terceiro setor na implantação e implementação de políticas públicas” (DIAS; MATOS, 2012, p. 94).

A noção de governança local está diretamente ligada à de democracia deliberativa. Indicando um mecanismo direto de participação dos indivíduos no exercício do governo, pressupõe uma estrutura que permita que os interesses das comunidades estejam representados nas estruturas de tomada de decisão de governo. A legitimidade democrática e os sistemas de prestação de contas, aliás, são considerados elementos políticos da *boa governança*, que conta, ainda, com componentes normativo, econômico e social. Esse processo interativo de compartilhamento, que é a governança, coloca-se como “um pré-requisito fundamental para ‘garantir o desenvolvimento de uma democracia forte e uma economia de mercado competitiva’” (DIAS; MATOS, 2012, p. 99).

Ainda no que toca à processualidade das políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci se refere ao âmbito do processo judicial enquanto momento decisório sobre políticas públicas. Assume que a questão não é se pode ou não haver controle judicial, mas qual o seu conteúdo e quais os limites da decisão judicial. Ensaia uma postura crítica ao que designou de juridificação da política na medida da ampliação do alcance da Constituição, o que diz ter alargado significativamente o fenômeno da judicialização da política e promovido a alternância do foco decisório, do Parlamento para a Corte, fenômeno que se aguça com a existência da crise da representatividade democrática. Adverte que o exercício da jurisdição constitucional em sua plenitude pode ameaçar a dimensão política dos direitos. Nesta quadra, se reporta a Karl Doehringer, que se diz impressionado com a pouca preocupação existente diante da geração do direito pela jurisprudência, a “um abandono duplo do desejo do povo”, seja “pela alteração do desejo do Legislativo”, seja “pela criação de direito por aqueles que não são politicamente responsáveis por isso” (BUCCI, 2013, p. 97-98).

Apontando como marco inicial dessa atuação judicial os anos 1990, a reputação incentivada por instrumentos legais e processuais como a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, a ampliação da tutela de urgência e a tutela antecipada. Considerando, pois, a existência de um movimento do Legislativo (produção das normas mencionadas) contra a procrastinação das decisões sobre conflitos, diz que o controle judicial mais contundente não advém do voluntarismo do juiz (foi ele municiado), pelo que nega a existência do *ativismo judicial*. Mas a publicista teceu considerações críticas à atuação do Ministério Público, “detentor de uma parcela do ‘contraditório social’”, cujas autonomia e independência geraram um vácuo de coordenação e isso motivou a pulverização de ações ancoradas muitas vezes na visão pessoal do promotor. Defende alternativas à “processualização” judicial das políticas públicas, quais sejam as que criem mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de “diálogos institucionais” que permitam o estabelecimento das etapas e meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas (BUCCI, 2013, p. 194-199).

Lidar com a formulação de políticas (públicas) é estabelecer objetivos e metas coletivas, que se sobrepõem à ideia de individualismo. Por isso a preferência às soluções plurais para as quais imprescindível a figura do Estado, “*locus* de decisão política”, “espaço central de convergências das ações políticas” (BUCCI, 2002, p. 9).

Cuida-se de posição coerente com a proposta democrática de Fernando de Brito Alves, que, a despeito do reconhecimento do “protagonismo da sociedade civil e dos movimentos sociais nos processos de inclusão dos grupos vulneráveis/minorias”, confere ao Estado a função de “coordenador geral de fluxos de interesse e articulador de uma ideia pluralista de bem comum”, um “‘novíssimo movimento social’, como exigência cosmopolita de um novo contrato social” (ALVES, 2013, p. 131-133).

Do que se expôs a respeito do processo de elaboração (e implementação) das políticas públicas, infere-se que a exigência de planejamento e de decisões construídas democraticamente, para a concreção das medidas necessárias à solução de problemas da coletividade, posiciona o Judiciário como agente ou sujeito deliberativo meramente subsidiário, isto é, a ele nega-se a condição de *locus* decisório primário sobre a escolha de ações e programas inerentes às políticas públicas.

### 3.2 Judicialização das políticas públicas: crítica e consenso

Pode-se afirmar que a judicialização das políticas públicas acompanha a expansão da jurisdição constitucional, cuja atuação recrudescera após a promulgação da Constituição de 1988 em virtude da nova ênfase dada ao controle concentrado de constitucionalidade, especialmente diante da ampliação do rol de legitimados ativos à ação direta de inconstitucionalidade e, porque não dizer, tendo em vista o uso político deste instrumento processual por partidos opositoristas.

Fustigada pelo “Poder político”, a sociedade redescobre o Judiciário no início da década de 1990, quando poupadores e correntistas foram à “Justiça” (federal) reclamar a liberação de ativos financeiros “bloqueados”, confisco previsto como uma das medidas de combate à hiperinflação contempladas no “Plano Brasil Novo” (“Plano Collor I”), formulado pela equipe econômica do primeiro Presidente da República escolhido democraticamente (em eleições diretas) após a ditadura militar, Fernando Collor de Mello. Desde 1989, é verdade, a mesma Justiça federal já julgava ações propostas por empresas individuais e coletivas questionando o aumento da alíquota de contribuições sociais, como a do “Fundo de Investimento Social” (FINSOCIAL – atual COFINS).

Relativamente às políticas públicas sociais, o marco temporal não é outro. Em 1993 a “judicialização da saúde” se materializa por meio de ações em busca de medicamentos para combater o avanço do vírus HIV. Liminares passaram a “obrigar” o Estado ao fornecimento gratuito de fármacos de alto custo que não tinham registro no Brasil e não constavam da lista do Sistema Único de Saúde, criado na nova Carta e regulamentado pela Lei 8.080, de 1990.

Afora o novo modelo social e democrático do Estado brasileiro, a constitucionalização de direitos, o acesso ao Judiciário e a maximização do controle de constitucionalidade, de um lado, a inefetividade da Constituição e a omissão e incapacidade do Estado para entregar direitos sociais, de outro, promoveram a expressiva judicialização de interesses sociais clausulados na Carta de 88.

Essa transferência de poder (função) do Executivo para o Judiciário permitiu a implementação de direitos sociais. Mas também abriu caminho para o cometimento de excessos e irresponsabilidades por órgãos da Justiça. Por isso as críticas dirigidas ao Judiciário: a falta de legitimidade democrática para fazer escolhas e desempenhar funções acometidas pela Constituição aos Poderes

Legislativo e Executivo, aos quais cumpre organizar os sistemas voltados à concretização de direitos sociais; a realização da microjustiça, com comprometimento da igualdade e da universalização; e a inobservância da reserva do financeiramente possível, levando à desorganização dos planos e programas governamentais.

Neste trabalho busca-se um consenso para a questão da (i)legitimidade democrática do controle judicial das políticas públicas. Inegável e pontualmente necessário, sugere-se sua delimitação. A judicialização, mesmo excessiva, se dá num contexto de crise de representatividade-governabilidade e da hiper-judicialização de direitos fundamentais prestacionais, cuja inefetividade coloca sob suspeita a idoneidade e a funcionalidade da regra da maioria e da democracia representativa, posto insuficientes para atender ao interesse de minorias e efetivar as promessas da modernidade.

Discorrendo sobre a judicialização das relações sociais, especialmente quanto ao controle das políticas públicas, Luís Roberto Barroso expõe a necessidade de se demarcar o “limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário” Diz que a doutrina passa a dedicar atenção à fixação de parâmetros objetivos para o controle judicial das políticas públicas, que, ao mesmo tempo, assegure a supremacia da Constituição (em todos os seus comandos – proteção dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas aptas a realizá-los, e atribuição da decisão sobre investimentos e despesas ao Legislativo e ao Executivo) e não promova a hegemonia judicial (BARROSO, 2013, p. 413-414).

O mesmo autor, em que pese vislumbre na intervenção do Poder Judiciário a realização da promessa constitucional da prestação universalizada do serviço de saúde, adverte sobre a falta de critérios de decidibilidade, a presença de voluntarismos, a proliferação de decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis (inacessíveis ou destituídos de essencialidade), ao fornecimento de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Denuncia que a disfunção da prestação jurisdicional não é problemática em si, mas põe em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, vez que desorganizam a atividade administrativa e impedem a alocação racional dos escassos recursos públicos. Em suma, condena o casuísmo da jurisprudência brasileira por impedir que

políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas, revelando uma hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal (BARROSO, 2007, p. 03-04).

A despeito de se reconhecer certa pertinência à concreção de políticas públicas pela via judicial, se o admite *cum grano salis*, rejeitando-se escolhas pessoais e decisões discricionárias, que, escudadas no subjetivismo do intérprete, negam aplicabilidade a outras pautas constitucionais. Deve-se demarcar e condicionar a deliberação judicial em termos de políticas públicas ao interesse de todos e à proteção do núcleo essencial de cada direito social (a satisfação do mínimo existencial).

Racionalizar a atuação do Judiciário nessa seara é a questão que tem suscitado polêmicas intensas. Em que grau de intensidade e de abrangência pode o Judiciário - legitimamente - concretizar direitos que demandam prestações positivas do Estado? Intensidade e abrangência excessivas revelam ativismo judicial na acepção negativa do termo, fenômeno que protagoniza o Judiciário, coloca-o sob os holofotes, politiza-o, despertando a preocupação de doutrinadores de escol. A atuação judicial expansionista deságua no “governo dos juízes”, o que é visto negativamente.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, expressa que o reposicionamento do Judiciário exigiu sua desneutralização, o expondo à crítica pública, sobretudo nos meios de comunicação de massa, e criando uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, fazendo eclodir a tese do *controle externo*. Diz que essa “repolitização” o coloca diante de um problema de difícil solução: “como a expansão tecnológica faz da política um bem de consumo, e considerando-se que suas decisões passam a ter peso político, elas tornam-se produtos ‘normativos’, iguais àqueles oriundos da atividade dos demais Poderes” (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 19-21).

Por sua vez, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma que o controle judicial dos demais Poderes produziu “um efeito perverso”, o de “judicializar o tratamento de questões políticas ou político-administrativas e, conseqüentemente, de dar uma dimensão política à atuação do Judiciário”. Assim, diz o constitucionalista, a “justicialização da política tem como contrapartida inexorável a politização da justiça”, e, como a nossa Carta não permite o *judicial restraint* (diversamente do que

ocorre com a Suprema Corte americana), conflitos políticos podem tomar a forma de questões judiciais, restando ao juiz a mediação de litígios essencialmente políticos e sem a possibilidade de recorrer a meios políticos de solução: a negociação, a composição, a conciliação etc. Essa politização culmina por abalar a “confiança no juiz” e “não é condenada por aqueles que querem o ‘controle externo’ do Judiciário, que para isso invocam a democracia.” O discurso é este: juízes não eleitos pelo povo “formariam uma aristocracia e, assim, deviam ser controlados pelos representantes do povo” (FERREIRA FILHO, 2003, p. 190 e 213-214).

Essa inquietude se justifica.

A título de exemplo, cita-se a iniciativa do Parlamento brasileiro, de *partilhamento do controle de constitucionalidade*, tal como consta da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011<sup>45</sup> (BRASIL, 2011).

Por certo os atos decisórios do Supremo Tribunal Federal não são isentos de erro, podendo a Corte vir a produzir uma decisão inconstitucional e isso viabilizaria compartilhar o controle concentrado de constitucionalidade. Pode-se até discutir (noutro momento) se a proposta é formal ou materialmente constitucional.

Todavia, o que causa certa perplexidade e desconfiança é a submissão à consulta popular da divergência entre a Corte e o Parlamento a respeito da inconstitucionalidade material de emendas constitucionais. Noutra realidade a exortação da soberania popular - e sua manifestação direta - para tal desiderato seria aceitável e justificável. No entanto, numa sociedade desigual - inclusive economicamente e em oportunidades -, com destacado déficit educacional, despolitizada, diuturnamente manipulada, que depende (e que é mantida dependente) de programas de distribuição de renda, não há condições para confiar-lhe, em termos razoáveis, a superação da divergência jurídica e política havida entre os dois Poderes. Por mais que essa “sujeição da controvérsia à deliberação do

---

<sup>45</sup> Em linhas gerais, a PEC 33/2011 quer as seguintes alterações na Constituição: elevar para 4/5 o quórum de deliberação da declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; exigir o mesmo quórum para a propositura de súmula de efeito vinculante; condicionar a aprovação da súmula de efeito vinculante à deliberação do Congresso Nacional, no prazo de noventa dias, cuja inércia implicará aprovação tácita; retirar das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição, proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, a eficácia imediata e os efeitos erga omnes, as condicionando, bem como esses efeitos, à aprovação pelo Congresso Nacional, por votação de 3/5 de seus membros; submeter à consulta popular a controvérsia estabelecida entre a Corte e o Legislativo, quanto às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal (STF) em ações declaratórias da inconstitucionalidade material de emendas à Constituição; proibir ao STF a concessão de medida cautelar, em qualquer hipótese, para suspender a eficácia de emendas constitucionais.

povo” se afigure elogiável e encontre justificativa nas recentes manifestações populares verificadas no Brasil, fica a desconfiança de que a PEC 33/2011 se trata, na verdade, ou de investida demagógica, da adulação referida por Gustavo Zagrebelsky (2011, p. 129), ou de uma manifesta tentativa de absolutização do poder.

Eis uma demonstração do risco do *controle externo*<sup>46</sup> (efetivo), mencionado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Somando-se à politização (desneutralização) do Judiciário o exercício da função de legislador positivo<sup>47</sup> desempenhada pela Suprema Corte brasileira e a forma de escolha dos seus membros, vislumbra-se o risco da “partidarização política” da justiça; e o que é pior, o exercício de governança oligárquica e aristocrática, sob vestes democráticas, com a conivência (ou participação efetiva) do “Tribunal Constitucional”. A expansão da jurisdição constitucional pode gerar um risco democrático, à medida que as decisões da Corte Constitucional, imunes que estão a qualquer controle democrático, podem anular atos produzidos por um órgão legitimado democraticamente.

Tais ponderações forcem a necessidade de se repensar a judicialização excessiva, a sacralização do Judiciário, bem assim de invocar a democracia deliberativa, a participação da sociedade na tomada de decisões que a afeta diretamente. Certamente sem olvidar da realidade social, econômica e política brasileira, mundo do ser - da vida como ela é -, que desautoriza substituir o controle judicial das políticas públicas pela mera “desjudicialização”.

Procura-se uma via própria que compatibilize democracia e constitucionalismo, de observância dos limites substanciais impostos pelos direitos fundamentais e de respeito à decisão majoritária (MACHADO, 2011, p. 73).

É preciso chegar a um consenso acerca do controle judicial das políticas públicas; quanto à sua *legitimidade democrática* e aos limites à construção das decisões ou escolhas, evitando-se a *discricionariedade*, a quebra da *igualdade-universalização* e delineando-se a *integridade* das prestações de direitos sociais. Enfim, estabelecer parâmetros.

---

<sup>46</sup> Do Judiciário pelo Legislativo, que agiria por meio do povo, numa espécie de representação invertida.

<sup>47</sup> Efeito vinculativo das decisões plenárias no controle de constitucionalidade e das súmulas vinculantes.

### 3.2.1 Controle judicial (legitimamente democrático) das políticas públicas

Avocada pelo Judiciário a deliberação acerca de políticas públicas necessárias à concretização de direitos fundamentais, notadamente sociais de natureza prestacional, ter-se-á por atendido o princípio democrático e com isso estabelecida a legitimidade da atuação do órgão jurisdicional?

No Estado Democrático de Direito, o poder político decorre do poder dos cidadãos e nele se legitima. “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, estabelece a Carta de 88, no parágrafo único do artigo 2º (BRASIL, 1988).

Não sendo atribuição ou função do Poder Judiciário deliberar sobre políticas públicas e implementá-las, posto da competência dos Poderes Legislativo e Executivo, agiria desprovido de legitimidade democrática.

Gustavo Binbenojm equaciona a questão da legitimidade democrática em dois pontos básicos: a circunstância de as Cortes Constitucionais serem compostas de juízes não eleitos e que não se submetem a controles periódicos de aferição de legitimidade de sua atuação, próprios da democracia representativa; e a circunstância de as eleições das Cortes Constitucionais não estarem submetidas, em regra, a qualquer controle democrático, salvo por meio de emendas que venham a corrigir a jurisprudência do tribunal. O autor apresenta os argumentos teóricos liberais pós-positivistas, “que partem para a fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais e vêem no *judicial review* a garantia de sua indisponibilidade em face de majorias legislativas eventuais”, e também as ideias contrárias ao ativismo judicial, cujos defensores sustentam que as construções feitas pelo Judiciário, para além da letra expressa da Constituição, implicam uma subversão do sistema representativo, que pressupõe sejam as decisões políticas fundamentais tomadas por agentes públicos eleitos (BINENBOJM, 2004, p.51-54).

Discorrendo sobre o tema, John Hart Ely vê a Constituição como um documento com escopo precipuamente de natureza procedimental, de disciplina do procedimento democrático. Por isso propõe que os juízes constitucionais atuem para tutelar ou vigiar o processo democrático de representação política, tal como um árbitro, para manter abertos e desimpedidos os canais de discussão política e para assegurar e facilitar a representação das minorias; garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. A *judicial review* limita-se à

preservação da integridade do próprio regime democrático. Em vez de dispor sobre resultados substantivos, incluindo a conteudização de princípios e direitos, tarefa reservada nos Estados democráticos aos agentes políticos investidos pelo voto popular, somente caberia a intervenção da justiça constitucional quando o “mercado político” estiver funcionando mal de forma sistemática (ELY, 2000, p. 128-131).

Fernando de Brito Alves discorre sobre o tema e, em busca de uma teoria da democracia adequada a países de modernidade tardia, como o Brasil, não refuta a vertente procedimental segundo a qual a jurisdição constitucional não atua para ditar valores substantivos. Porém, concluiu que confiar aos juízes constitucionais apenas o papel de controlar a constitucionalidade das leis significa desprezar o sentido primordial da democracia, qual seja, “a inexistência de hierarquia entre os integrantes da comunidade política” (ALVES, 2013, p. 298-325).

Como se nota, a discussão em torno da inexistência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional surge e tem destaque no âmbito do exercício do controle de constitucionalidade, principalmente nos moldes do *judicial review*, no seio do qual debate-se acerca da relação paradoxal entre democracia e constitucionalismo<sup>48</sup>, ou sobre a tensão entre legislação e jurisdição.

Hodiernamente, a crítica se desloca para o ativismo judicial manifestado na seara das políticas públicas, na medida em que o Judiciário passa a definir programas governamentais. A gênese dessa atuação é a mesma que levou à expansão da jurisdição constitucional, porém subsistindo tensão entre os Poderes Judiciário e (primordialmente) Executivo.

Como já exposto, políticas públicas são vistas como procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos, ou entre estes e a Administração, que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a

---

<sup>48</sup> Sobre essa tensão entre constitucionalismo e democracia, Luís Roberto Barroso (2013, 415-416) destaca a corrente doutrinária norte-americana do constitucionalismo *popular*, que, resumidamente, defende a retirada da Constituição dos tribunais e sua restituição ao povo, a cautela judicial e o minimalismo. O autor também cita Robert Post e Reva Siegel, defensores do constitucionalismo democrático, teoria que rejeita o popular constitutionalism ao reconhecer, de um lado, o papel essencial do Judiciário na implementação dos direitos constitucionais, e de outro, o papel essencial que o engajamento popular desempenha ao direcionar e legitimar as instituições e as práticas do controle judicial. Ainda a respeito do tema, conferir artigo de Maria Eugenia Bunchaft (2011, p. 154-180), que, analisando conjuntamente os estudos de Post/Siegel (constitucionalismo democrático) e Cass Sunstein (minimalismo judicial), identificou a minimização da judicialização “quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo decisório”. Daí afirmar que “o nível de deferência do Poder Judiciário irá depender do grau de participação popular e de discussão pública anterior à aprovação da lei”. Quanto maior a participação democrática menor a interferência judicial.

identificação dos interesses públicos reconhecidos pelo direito (BUCCI, 2006a, p. 264-265).

A escolha, a decisão, portanto, deriva (deve derivar) de um processo de construção e desenvolvimento (da política pública), que se divide em estágios circunscritos ao âmbito governamental, o que se convencionou designar fases do ciclo das políticas públicas. A definição do plano, do programa, da ação, enfim, da política pública, não é decisão monolítica, isolada e pessoal do gestor, e sim escolha politicamente informada, discutida e da qual participa, ou deve participar, a população.

A decisão judicial, ao seu turno, faz o caminho inverso. Não há discussão e sim imposição, não raro via concessão de tutela de urgência. Haveria, assim, um *défice democrático* nessa atuação.

Observe-se que este estudo, embora para isso também se mostre pertinente, não questiona a legitimidade (democrática) do controle judicial desencadeado para dar cumprimento à política pública já formulada (pelo Poder competente) e que está em execução (v.g.: assegurar o fornecimento de fármaco constante da relação oficial de medicamentos), ou cujo objeto seja a fiscalização quanto ao resultado, ou ainda, que recai sobre a legalidade ou a probidade das práticas administrativas.

A crítica se dirige à intervenção judicial criadora de políticas públicas, inovadora ou modificadora das já existentes (e *adequadas*), porquanto impõe a superação do programa fixado pela legislação de regência e que atende aos critérios definidos na própria Constituição; não atinge a judicialização, mas seu excesso, a disfuncionalidade institucional, o ativismo. Portanto, concerne à extensão da intervenção judicial, sendo admissível o controle jurisdicional de políticas públicas que sobeje democraticamente legítimo.

O parâmetro para estabelecer a legitimidade democrática da atividade que se diz *jurisdição constitucional*<sup>49</sup> é dado por substancialistas e procedimentalistas, havendo, ainda, construções adequadas às democracias periféricas.

Doravante, portanto, busca-se delimitar o exercício legítimo da jurisdição constitucional (no que tange ao controle das políticas públicas) com base nas teorias da democracia já estudadas na seção n. 1 supra, para cá transportadas com a

---

<sup>49</sup> Relevante lembrar que este trabalho concebe a *jurisdição constitucional* numa acepção ampla, conforme delineado na seção n. 2 supra.

finalidade de encontrar o fundamento democrático da contribuição judicial na definição de políticas públicas.

Edinilson Donisete Machado delimita o controle judicial das políticas públicas, o admitindo para assegurar a qualidade democrática das decisões políticas - respeito aos direitos fundamentais -, desde que observada a separação dos poderes e outras pautas constitucionais. Vai além das prescrições de John Hart Ely. Contextualizado em realidade diversa da norte-americana, invoca a Constituição em todos os seus comandos, e conclui que a solução mais plausível não nega a situação fática, porém “limita a atuação judicial ao campo de competência definido pela vontade geral escrita, que é a Carta Magna.” Assim, cumpriria ao Judiciário “controlar eventuais falhas e devolver ao poder competente a adequação” da ação ou programa questionado, se lhe atribuindo, pois, a revisão de políticas públicas (mesmo não sendo seus membros eleitos e não sujeitos à responsabilização política), quando contrárias à Constituição (aos direitos fundamentais, que “funcionam como limites substanciais à deliberação da maioria e atribuem ao Judiciário o controle”), sendo-lhe, entretanto, vedado substituir os demais Poderes nas deliberações (MACHADO, 2011, p. 73-75).

A garantia judicial da qualidade democrática das decisões políticas se dá segundo um “paradigma material para a interpretação dos princípios constitucionais”, controle esse restrito às questões vinculadas aos princípios básicos do sistema, como é o caso da igualdade, e sem intervenção naquelas próprias do parlamento, baseadas na negociação e no compromisso dos partidos políticos (MACHADO, 2011, p. 124).

Cuida-se de delineamento compatível com o modelo de democracia consensual, com base no qual é possível “a revisão das opções realizadas, por via das normas constitucionais”, porém, sem a substituição da função política pela jurisdicional na escolha das políticas públicas (MACHADO, 2011, p. 136-140).

Portanto, para além da desobstrução dos canais democráticos e da defesa das minorias, admite-se a possibilidade de controle judicial dos atos das demais funções (a função jurisdicional também é política), se norteado em regras e em princípios constitucionais e desde que não seja usurpada a deliberação política primária pelas funções legislativa e executiva. Pode-se dizer que há certa flexibilização do modelo democrático procedimental (sem, no entanto, depositar nas mãos da jurisdição o resgate das promessas), o que se revela compatível com o

contexto socioeconômico brasileiro (como já se viu, diverso da realidade social dos países desenvolvidos, para os quais apropriados caminhos essencialmente procedimentais).

Assim, à jurisdição constitucional se reconhece importância no arranjo institucional do Estado Democrático de Direito, especialmente porque tem a função precípua de garantir as condições para a cooperação na deliberação democrática (igualdade e liberdade). Papel que exerce subsidiariamente - em relação à deliberação pública - e se desenvolve para a concretização das pré-condições necessárias à deliberação, em lugar das majorias parlamentares ou contra ela, incrementando, assim, “o potencial racionalizador da deliberação pública” (SOUZA NETO, 2006, p. 178).

É compreensível essa assertiva. Conquanto relevante o controle político “da política” pela via judicial, não pode tornar-se excessivo, ilimitado, levando-se à superação da própria democracia e correspondendo o Judiciário a um novo governo elitista; a aristocracia da toga, uma espécie de tecnocracia. Em que pese desejável a intensificação da participação democrática na política dos direitos fundamentais, não se nega legitimidade à abertura de espaço à judicialização da política dos direitos fundamentais, prestacionais ou não, a qual, todavia, não pretende conferir ao Judiciário a tarefa de realizar a implementação de um projeto constitucional abrangente.

Tal teoria (modelo cooperativo da democracia deliberativa) é crítica de uma judicialização generalizada da política, da hegemonia do Judiciário; “só dá suporte à judicialização da política dos direitos fundamentais” enquanto “reivindicações pela efetiva observância das condições para a cooperação na deliberação democrática” (SOUZA NETO, 2006, p. 276).

Marcos César Botelho empreendeu estudo com o objetivo de caracterizar a Corte Constitucional como “espaço público por excelência”, “aberto à participação de todos os interessados”. Como primeira premissa e ponto principal para a compreensão da questão da legitimidade das Cortes Constitucionais, estabelece, que “a atividade interpretativa pode ser considerada um prolongamento ou até mesmo uma fase do processo legislativo”. Em seguida, traz a ideia da necessidade de democratização da interpretação constitucional, uma vez que “só se pode garantir uma sociedade pluralista quando há consensos construídos racionalmente”, os quais dependem “da institucionalização legal das condições gerais de comunicação capaz

de garantir uma formação discursiva da vontade” que se dá no espaço público, um *locus* (do debate público) em que os diversos atores sociais se entrelaçam buscando “processos de formação democrática da opinião pública e da vontade política coletiva, de um lado, e da vinculação a um projeto de práxis democrática radical” (BOTELHO, 2010, p. 189-197).

O autor concluiu que as Cortes Constitucionais atuam como protetoras do processo de criação democrática do Direito, isto é, também exercem uma função de criação do Direito, que decorre da interpretação. E se para ser legítimo, o Direito de uma comunidade jurídica concreta tem de estar ao menos em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, a jurisdição deve levar em conta os diferentes tipos de argumentos que são introduzidos no processo de normatização (e fornecem uma base para as pretensões de legitimidade do direito vigente), o que se dá garantindo-se a abertura dos procedimentos a todos os interessados, a liberdade de acesso à práxis pública argumentativa, a defesa dos direitos humanos e a soberania popular. Num ambiente plural e complexo, próprio das sociedades contemporâneas, ter-se-á por legítima a atuação da Corte Constitucional se abrir-se “à práxis argumentativa, incluindo todos os possíveis afetados”, quando suas decisões refletirão o entendimento obtido na arena pública, de forma democrática, livre e inclusiva (BOTELHO, 2010, p. 204-210 e 226).

Noutro título, o autor, considerando a realidade nacional, afirma que o modelo de jurisdição constitucional brasileiro permite atribuir ao Supremo Tribunal Federal a condição de “espaço público capaz de fomentar a construção racional da hermenêutica constitucional”, cuja abertura decorre das audiências públicas realizadas no âmbito da Corte. (BOTELHO, 2009, p. 17).

Acerca do papel da jurisdição constitucional enquanto defesa dos direitos fundamentais e do procedimento democrático, Gustavo Binbenbojm pontua que a característica fundamental do Estado de Direito é o ideal de igualdade (igual respeito e consideração), que pressupõe indivíduos independentes e com oportunidade de influenciar a vida política (BINENBOJM, 2004, p. 84-85).

Infere-se que, se os direitos fundamentais (Estado de Direito) são uma exigência democrática e não uma limitação à democracia (limitação à maioria), não se reconhece entre esta e o constitucionalismo relação paradoxal ou contraditória, senão mera tensão entre os Poderes e suas funções, entendimento que une as

concepções dworkiniana e alexyana, já que ambas sustentam que os direitos fundamentais são compatíveis com a democracia.

Nessa quadra (da investigação da legitimidade da jurisdição constitucional), pode-se argumentar que as vertentes substancialistas e procedimentalistas da democracia, em que pesem partindo de bases filosóficas diferentes, convergem e apresentam *pontos de intersecção*. Um deles é a relação de (inter)dependência entre democracia e respeito aos direitos fundamentais.

Habermas explica as relações entre a teoria do discurso, o princípio da democracia e os direitos fundamentais ao abordar a ideia de *autolegislação*; afirma que a formação democrática da vontade adquire legitimidade com os pressupostos comunicativos e procedimentos, direitos cujo papel é assegurar a autonomia<sup>50</sup> pública e privada dos cidadãos para que possam deliberar num ambiente de liberdade e igualdade. O filósofo alemão apresenta a democracia como núcleo de um sistema de direitos fundamentais agrupados em categorias, uma das quais, a quinta e última, diz respeito a direitos que proporcionam condições materiais para o exercício dos demais direitos: os “direitos fundamentais à condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances”, dos demais direitos. Colocam-se como condição das liberdades subjetivas e garantem “a todas as pessoas igual proteção jurídica”. Sem a sua presença não é legítimo o direito produzido, a decisão tomada (HABERMAS, 1997 v. 1, p. 157-163).

À evidência, se incluem nesse grupo os direitos sociais básicos da essência da dignidade da pessoa humana, que asseguram o mínimo existencial.

---

<sup>50</sup> Luís Roberto Barroso bem explica o significado de autonomia ao delinear o “conteúdo jurídico da dignidade humana”. No *plano filosófico*, a autonomia é o elemento ético da dignidade, a qual, como autonomia, envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade; refere-se ao “poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.” A subtração da possibilidade de escolhas personalíssimas viola a dignidade do indivíduo. Já no *plano jurídico*, a autonomia envolve duas dimensões, a *privada* (diz respeito aos direitos individuais e às liberdades públicas) e a *pública* (condiz com os direitos políticos, “os direitos de participação na condução da coisa pública”). É inerente ao valor democrático, “identifica aspectos nucleares do direito de cada um participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também por meio do debate público e da organização social”, e tem “*como pressuposto necessário a satisfação do mínimo existencial*”: “para poder ser livre e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.” (BARROSO, 2013, p. 274-276)

Eis o espaço de atuação legítima da *jurisdição constitucional*: a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e política dos cidadãos, condição da produção/criação democrática das leis, é o espaço de atuação legítima da jurisdição constitucional, que, assim, resta justificada procedimentalmente quanto atua para assegurar a observância dos direitos fundamentais, posto condições viabilizadoras da participação dos cidadãos na formação do consenso democrático. Atuando para garantir esses direitos fundamentais, o Judiciário tutela a própria democracia.

Transportando-se essa exegese para a seara das políticas públicas, dir-se-ia que a judicialização estaria legitimada para garantir o mínimo existencial necessário para conformação das condições razoáveis à preservação da autonomia. Daí não haver nenhuma inconsistência lógica ao sustentar-se caber à jurisdição constitucional a guarda dos direitos fundamentais e da democracia. Impondo-se, é verdade, a construção de uma hermenêutica especificamente constitucional que coloque contenção à discricionariedade judicial.

Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella discorrem sobre o papel da jurisdição constitucional. Tal qual os demais autores aqui citados, buscam um ponto de equilíbrio entre procedimentos democráticos e respeito aos direitos substantivos, visando à construção de uma doutrina compatível com o contexto latino-americano.

Nino indica três situações excepcionais de atuação democraticamente legítima do Judiciário, fundadas em condições que fazem com que as decisões democráticas sejam “epistemicamente” confiáveis e eficazes. Primeiro para garantir as condições materiais de legitimidade do processo democrático, direitos a priori que são considerados pré-requisitos do processo democrático, como os direitos políticos ativos e passivos e a liberdade de expressão, direitos à participação igual e livre. A segunda diz respeito à relação entre a democracia epistêmica (deliberação da maioria) e a proteção da autonomia individual (imposição à minoria). Se a democracia deliberativa dotada de valor epistêmico é o melhor método para se tomar decisões imparciais de índole coletiva, então o modo de vida escolhido pela maioria poderia ser imposto à minoria. Se assim fosse, restaria violado o fundamento da própria democracia - a liberdade individual de autogoverno e de ser tratado com igual respeito e consideração. O Poder Judiciário assume um papel importante na solução desse tipo de questão, ao impedir a imposição de leis perfeccionistas e manter a integridade da autonomia dos indivíduos. A terceira exceção (lembre-se, no

controle de constitucionalidade) diz respeito à defesa da Constituição como prática social. Segundo Carlos Nino, é possível que uma decisão seja impecável do ponto de vista democrático (participação e respeito ao procedimento), mas atente contra o Estado de Direito, debilitando a Constituição como conquista e prática social e colocando-a abaixo das demais decisões democráticas (NINO, 1997, p. 269-282).

Buscando a democratização ou a legitimação democrática do controle judicial de constitucionalidade, Roberto Gargarella indica a “técnica de reenvio” como instrumento importante de garantir ao Judiciário o direito de dizer a última palavra e de *fortalecer o diálogo institucional*. Por esse mecanismo, o Judiciário poderia reenviar uma lei julgada inconstitucional para que o Legislativo a revisse e repensasse. Essa incumbência ficaria a cargo de outro órgão, distinto do Legislativo, cuja tarefa seria mostrar os erros cometidos na redação da lei ou reprovar as justificativas que motivaram a sua edição (GARGARELLA, 2011, p. 193-196).

Sustentando que a democracia deliberativa requer decisões públicas fundadas sobre uma base consensual ampla, formada pela participação da sociedade, tornando-as (decisões) cada vez mais imparciais, Gargarella reconhece que quanto menor o alcance e a intensidade da participação cívica, menores as razões para se considerar o resultado do processo de deliberação imparcial. Assim, se uma adequada situação social, econômica e educacional constitui pré-condição necessária para uma participação livre e igualitária no processo político, a ausência de políticas públicas destinadas a efetivar direitos sociais dificulta o envolvimento político das pessoas mais carentes e mina o valor do processo democrático, autorizando defender-se uma forma particular de controle judicial no que diz respeito à aplicação dos direitos sociais e a reconhecer-se o ativismo judicial na área dos direitos sociais como relevante, levando-se em conta a íntima relação existente entre direitos sociais e participação política (apud GODOY, 2012, p. 155-157).

Adepto das teorias materiais-substanciais da democracia, Lenio Streck não abstrai o caráter democrático da atuação judicial, a judicialização, posto sedimentada na efetivação de direitos fundamentais negativos e positivos, máxime os prestacionais, todos indispensáveis ao cumprimento das promessas da própria Constituição, manifestação democrática primeira e fundante. O jurista relativiza o que chama de “tensão inexorável entre jurisdição e legislação”; diz haver, quando muito, “alguma contraposição entre democracia constitucional e democracia majoritária”. Mas é enfático ao esclarecer, que, no Brasil, havendo “vaguezas,

ambiguidades, 'cláusulas abertas' etc., o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete", circunstância propícia para a discricionariedade e arbitrariedade por falta de controle conteudístico, o que revelaria o déficit democrático da atuação judicial (STRECK, 2011, p. 38-47 e 74-81).

Eduardo Cambi enfrenta a questão do controle das políticas públicas pelo Judiciário a partir da efetividade dos direitos fundamentais. Conquanto faça a distinção do controle enquanto criação (*make public choices*) e "conformação, modelação e efetivação dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito", vai mais longe e admite a possibilidade de formulação judicial de política pública a partir do próprio texto constitucional (CAMBI, 2011, p. 269-280).

Enfático na defesa da legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercício do controle judicial das políticas públicas, que diz decorrer da Constituição Federal, Valter Foleto Santin dispara que "os concursados são representantes do povo, escolhidos dentre os cidadãos por um certame em que a capacidade de representação popular é definida pelas provas e títulos; é uma forma de eleição." Daí afirmar que o controle judicial tem legitimidade constitucional, porque os constituintes estabeleceram a acessibilidade à Justiça na lesão ou ameaça a direito, controle este benéfico à população (SANTIN, 2004, p. 224-226).

De seu turno, J. J. Gomes Canotilho, indagado a respeito do papel da jurisdição constitucional (entre procedimentalismo e substancialismo), aposta na participação popular, e não na judicialização (CANOTILHO, 2003a, p. 26)

A textura aberta da Constituição brasileira, a permitir a sua aplicação principiológica, oportuniza a substituição do Poder hábil à concretização de direitos básicos; e poderes desarmônicos levam ao desequilíbrio da democracia numa sociedade fragmentada e na qual é manifesta a crise da representatividade política. Eis o risco do "governo dos juízes" para o princípio democrático.

Quer-se que a sociedade civil participe, aja, reivindique, e que o exercício direto da soberania popular não seja substituído e, simultaneamente, tolhido pela resposta individualista - e ativista - do Judiciário, que culmina por agir com índole paternalista, conduzindo-se (e conduzindo o povo) nos moldes do indesejado

eudemonismo<sup>51</sup> narrado por Emanuel Kant. O paternalismo, qualquer que seja sua procedência, retarda a emancipação da sociedade e constitui-se num obstáculo ao alcance da autonomia individual.

Nesse debate não se pode omitir o pensamento de Ingeborg Maus, em sua crítica ao Tribunal Constitucional Federal alemão. Para a autora, o Judiciário, a Corte Constitucional, reincorpora a figura paterna, o novo “pai” (substituto do monarca) que representa o papel do superego coletivo de uma sociedade abandonada e ávida por tutela. Em analogia à abordagem psicanalítica do fenômeno, pode-se dizer que a sociedade (o clã) que abdicou dos representantes eleitos - o parlamento -, diante da crise de legitimidade representativa (o patriarca), sucumbe exatamente em razão da simetria trazida pela “liberdade” e reintroduz alguém para ditar as “regras” (o Judiciário). A Corte, entretanto, lança mão da interpretação principiológica e isso representa uma informalização do direito; da mesma forma a moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito. Rompe-se com as discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, imperando-se a filosofia da consciência. A (desejada) superação do positivismo leva ao *suprapositivismo*, subentendendo-se a Constituição como mera ordem concreta de valores à disposição da Corte Constitucional que julga axiologicamente (MAUS, 2000, p. 183-202).

As críticas de Ingeborg Maus alertam para a tendência atual de sacralização do Judiciário (superego da Nação, da Constituição, que realiza a “teologia constitucional”), conforme se vê na excessiva judicialização das políticas públicas e na redação de alguns dispositivos do projeto de lei do novo Código de Processo Civil, que aposta na discricionariedade do magistrado e, abusando da panprincipiologia, num tal “princípio do ativismo judicial”. Para a filósofa alemã, a tutela judicial de liberdades pode levar ao arbítrio limitador da autonomia individual e da participação democrática, recusando um ideal constitucional de libertação e culminando por praticar a desqualificação da base social.

Assim, conquanto o recurso à judicialização possa revelar um esclarecimento dos indivíduos acerca da proteção aos seus interesses, inclusive em

---

<sup>51</sup> Emanuel Kant criticava o Estado paternalista e opunha-se à concepção prevalecente em sua época, que atribuía ao Estado (ao príncipe) o fim principal de dirigir os súditos para a felicidade (regime do despotismo iluminado ou da doutrina do eudemonismo, que concebia o direito como um meio para garantir a felicidade geral), já que os considera (os súditos) como menores, sem emancipação (política), nega o Iluminismo na medida em que mantém o *homem* na menoridade (BOBBIO, 1997, p.136-140).

face do Estado, cuida-se de “democratização” que não incentiva a educação para a democracia. Antes, pode tornar-se uma espécie de assistencialismo nocivo. É outra a diretriz do Estado Democrático de Direito, para o qual a *educação para a democracia* é um fundamento. Enquanto processo dialógico e dialético com o mundo, a educação para a democracia pressupõe a participação dos indivíduos no espaço público como agentes de transformação da realidade social e de desenvolvimento (social e democrático). Também as decisões monolíticas que atendem a interesses individuais legítimos (em que pese egoísticos) não promovem a educação para a democracia.

Da investigação teórico-reflexiva acima, infere-se que há *défice democrático* na atuação judicial que faz a escolha das políticas públicas, implementando-as ou corrigindo-as quando suficientemente adequados os programas e as ações deliberados pelos Poderes ordinariamente competentes. Défice que, todavia, não significa ilegitimidade se o controle jurisdicional busca assegurar as pré-condições necessárias à construção de um ambiente próprio à deliberação, vale dizer, quando a atuação visa a estabelecer, garantir ou resgatar aos indivíduos as condições para o exercício da democracia plena (política, cultural, econômica etc.); isto é, essencialmente ou minimamente a igualdade e a liberdade que lhes assegure o desenvolvimento humano, a autodeterminação, as autonomias privada e pública.

Em países como o Brasil, de modernidade tardia e com expressiva carência de efetivação de prestações sociais, são insuficientes as teorias democráticas puramente procedimentais que “liberam” a jurisdição constitucional para a defesa do processo democrático. Por isso o surgimento de construções híbridas próprias ou compatíveis com a realidade latino-americana, nas quais se verifica certa tendência ao substancialismo, identificando-se um espaço de interseção das vertentes procedurais e materiais. De fato, por mais procedimentalista que seja uma teoria democrática ela não aceitará a ocorrência de desigualdades materiais que inviabilizam escolhas ou a aceitação destas, porquanto se afigura inadmissível que qualquer expectativa normativa seja condescendente com o rompimento da elementar isonomia.

Intervenções corretivas nas áreas da saúde e da educação, por exemplo, não padecem de ilegitimidade democrática quando visam a atender à igualdade e a outros princípios inerentes ao Estado de Direito.

Observe-se, ademais, que aqueles que sustentam uma teoria coerente com o contexto socioeconômico brasileiro, e latino-americano, em regra não se dizem substancialistas. E o fazem para preservar a própria soberania popular e evitar o novo elitismo, o judicial, e o recrudescimento da apatia política, do desinteresse do povo pela *res publica*.

Embora não se deva afastar a *questão democrática* como argumento de contenção da excessiva judicialização, ou da atuação da jurisdição constitucional em geral, outros são os limites e parâmetros a ela colocados.

### 3.2.2 Discricionariedade judicial

A possibilidade da ocorrência da *discricionariedade judicial* é um traço característico da interpretação-aplicação do direito contemporâneo, a nova interpretação que lida com situações mais complexas e plurais, como “a normatividade dos princípios, a colisão de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica” (BARROSO, 2013, p. 335).

No pós-positivismo, o texto da norma é considerado apenas a “ponta do iceberg” - “fração da norma”. Embora fundamental para a obtenção do programa normativo, a definição do âmbito da norma é empírica e se obtém numa segunda fase da interpretação-aplicação que recebe a influência de outras informações e elementos - da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos. Trata-se da teoria estruturante do direito, de Friedrich Müller, cujo método compreende a construção ou concretização da norma (a constitucional principalmente) num processo dialético referenciado por elementos normativos e não normativos (fatos recortados da realidade material do âmbito na norma), relevantes para a solução da controvérsia que se quer resolver (RAMOS, 2010, p. 87).

Admitindo-se a existência de casos difíceis e casos fáceis<sup>52</sup>, o risco da discricionariedade judicial dá-se (constante e comumente) na solução daqueles, por não haver no direito positivo a “solução pré-pronta” e exigir do juiz a construção argumentativa. Superado (por razões já vistas) o modelo positivista clássico (e a

---

<sup>52</sup> Lenio Streck considera indevida a distinção estrutural (que chama de cisão) entre *easy cases* e *hard cases*, formulada pelo positivismo de Hart como pelas teorias discursivo-procedurais. Defende, todavia, a distinção feita por Dworkin, que “faz [a distinção] por outras razões”, isto é, para criticar Hart (STRECK, 2011, p. 296-302).

“certeza jurídica” dele decorrente), vê-se nessa abertura consistente na concretização da norma o risco de subjetivismos e escolhas pessoais. Ora, se no “pós-positivismo” a norma é criada no caso concreto por obra do intérprete judicial, a ele restaria um espaço de liberdade de conformação, de escolha entre interpretações possíveis; exerceria em certa medida um poder discricionário.

Tradicionalmente, a *discricionariedade* é estudada no âmbito do Direito administrativo, no desenvolvimento da atividade *administrativa*. É considerada a “liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei”, uma faculdade conferida à Administração “para prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”, e que se justifica na “impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige” (MEIRELLES, 1987, p. 80-81).

A atuação é discricionária quando a Administração, no caso concreto, “tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções possíveis, todas válidas para o direito” (DI PIETRO, 2004, p. 205).

Reputando-a poder mais demarcado e limitado, a admitir o controle externo mais intenso e extenso da Administração, Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta um conceito mais restritivo. Considera a discricionariedade uma exceção que se apresenta ante a fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, uma margem de liberdade remanescente ao administrador, que, em sua decisão, considera, ainda, a razoabilidade ante os dois comportamentos cabíveis e a adequação da solução à satisfação da finalidade legal (MELLO, 2009, p. 963).

Desde Hans Kelsen a discricionariedade está concebida num aspecto positivo, que delega à Administração Pública a concretização da norma em todos os casos nos quais a lei não tenha disciplinado de forma absolutamente vinculada. Para o mestre da Escola de Viena, a “norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções”, ficando uma margem “de livre apreciação, de tal forma que a norma de escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou uma moldura a preencher por este ato” (GUERRA, 2008, p. 62).

Certamente que essa concepção, própria do momento positivista, não se mostra compatível com o constitucionalismo contemporâneo, caracterizado pela

constitucionalização do direito, inclusive o administrativo, a exigir uma revisão de seus postulados. Hodiernamente, discricionariedade não teria por base o binômio “oportunidade e conveniência”.

Gustavo Binjenbojm invoca a noção de juridicidade administrativa, “com a vinculação direta da Administração à Constituição”, para afirmar que, tecnicamente, não há mais de falar na dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.” Para o autor, discricionariedade passa a “ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição”. Assim, se o sistema de direitos fundamentais e o princípio democrático exercem influência decisiva na atividade administrativa, o mérito do ato administrativo “sofre um sensível estreitamento” em virtude da incidência direta dos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008, p. 16-17 e 25).

Sérgio Guerra vislumbra a ocorrência de um paradoxo no trato da discricionariedade na nova compreensão pós-positivista e neoconstitucional, pois, se de um lado há a “tendência à redução da margem” e “limitação” da discricionariedade, restringindo-a “à dimensão constitucional e democrática” e redefinindo-a “de acordo com os postulados do constitucionalismo pós-positivista”, por outro, “a complexidade cotidiana, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior maleabilidade legiferante, atuação executiva e, portanto, espaços para a escolha administrativa”. O autor conclui pela *subsistência da discricionariedade* “em determinadas situações”, por não lhe parecer suficiente o argumento da juridicidade decorrente do constitucionalismo atual “para o bem da sociedade e na tentativa de evitar o arbítrio, por força”. Embora mitigado, ainda compete ao Administrador Público “o papel de decidir quando estiver diante de situações que comportam mais de um caminho – meio – para atingir-se o resultado esperado e voltado ao interesse público - fim”<sup>53</sup> (GUERRA, 2008, p. 163-164 e 167).

---

<sup>53</sup> Registra-se que o autor traz uma nova fórmula que diz propícia para a pós-modernidade e que informa a “escolha regulatória”, qual seja, a “*reflexividade administrativa*”, que diz concebida, como “novo paradigma científico”, “com base no postulado de que a hipercomplexidade da sociedade contemporânea a impede de ser regulada pelos instrumentos normativos tradicionais [...]”. Explica que a reflexividade administrativa, limita-se ao “estabelecimento de condições contextuais destinadas a facilitar a operatividade autônoma de cada subsistema regulado” e “por assegurar um mínimo de critérios e de referências comuns e forjar uma estrutura normativa que não incida de maneira direta no funcionamento interno de qualquer subsistema”, facilita entendimentos, estimula negociações e viabiliza soluções adaptáveis para cada situação específica, “introduzindo na ordem jurídica uma flexibilidade inédita e desconhecida pelos padrões legais prevaletentes, tanto no Estado liberal quanto no Estado intervencionista” (GUERRA, 2008, p. 223-227).

Outra contribuição ao debate é a de Luiza Cristina Fonseca Frischeinsen, que apregoa a existência de uma discricionariedade mínima da Administração Pública na implementação das políticas públicas estabelecidas claramente pela Constituição (e em legislação integradora). Nesse plano, há a vinculação do administrador aos ditames constitucionais e a discricionariedade administrativa não atua segundo critérios de oportunidade e conveniência; não há escolha entre implementar-executar ações ou programas, ou não. A discricionariedade resta importante para evitar o engessamento da Administração, que, ante as múltiplas demandas da coletividade, necessita de certo espaço para implementar as políticas públicas adequadas à diversidade social existente na comunidade (FRISCHEINSEN, 2000, p. 93-97).

Afora o estudo da discricionariedade administrativa, posto imprescindível para a compreensão da discricionariedade judicial, faz-se igualmente importante reportar-se à *discricionariedade legislativa*.

Invocando Kelsen, Elival da Silva Ramos expõe uma distinção quantitativa entre as discricionariedades judicial e legislativa. A “vinculação do legislador sob o aspecto material é uma vinculação muito mais reduzida do que a vinculação do juiz, em que aquele é muito mais livre na criação do Direito do que este”. Em sua missão de composição do ordenamento jurídico, “o legislador estaria limitado apenas às normas constitucionais”, enquanto que o juiz, “ao compor litígios ou conflitos normativos, está sujeito a condicionamentos jurídicos muito mais intensos, por se referirem à totalidade do sistema que opera”. E apresenta, forte em Karl Larenz, a existência de *gradação da discricionariedade judicial* - considerável margem de manobra -, havendo “liberdade mínima se o texto normativo for vazado de modo preciso e objetivo e máxima se a solução da espécie demandar a integração de lacuna”. No que toca à diferença entre as discricionariedades judicial e administrativa, o autor afirma que o Judiciário não está autorizado a fazer *juízos de oportunidade e conveniência*, embora, em contrapartida, lhe seja conferido um *poder de conformação mais amplo na interpretação*, do que ostentam os demais Poderes. É dizer, ao juiz não é dado optar entre diferentes possibilidades de decisão judicial, pois sua discricionariedade é “de juízo” e limita-se ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais, dentro do plano normativo, ou seja, discricionariedade de interpretação. Por sua vez, a discricionariedade administrativa

se dá quanto à “norma concretizada”, no âmbito da aplicação (RAMOS, 2010, p. 123-128).

Eros Grau refuta a discricionariedade judicial, a liberdade de escolha na produção de normas, pois o juiz não pode produzir normas livremente, já que está vinculado ao texto normativo “mesmo ao se deparar com hipóteses de lacunas normativas”, não produz normas livremente. Repudia a discricionariedade do “intérprete autêntico”, que tem atribuição para formular juízos de oportunidade e sim de legalidade. O autor distingue a discricionariedade judicial - há uma opção exercida subjetivamente entre indiferentes jurídicos - do “poder de criação de norma jurídica” exercido nos juízos de legalidade - no âmbito dos quais a atuação judicial, “embora desenvolvida no campo da prudência”, se desenvolve atada, retida, pelo texto normativo e pelos fatos (GRAU, 2013, p. 89-90).

Luís Roberto Barroso distinguiu “discricionariedade” ao tratar dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>54</sup>, categoria ampla das chamadas cláusulas gerais por empregarem “linguagem intencionalmente aberta e vaga, de modo a transferir ao intérprete o papel de completar o sentido da norma, à vista dos elementos do caso concreto”. Em que pese ambos – discricionariedade e conceitos indeterminados – tenham em comum a impossibilidade de antecipação de todas as hipóteses de incidência da norma e disciplina detalhada da conduta a ser seguida (justificando “a delegação de parte da competência de formação da norma ao intérprete”), a atribuição de sentido a um conceito jurídico indeterminado (pelo juiz, por exemplo) é atuação predominantemente técnica, enquanto que o exercício da competência discricionária reclama juízos de conveniência e oportunidade, “caracterizando uma liberdade de escolha dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação” (BARROSO, 2013, p. 339-342).

Lenio Streck coloca a problema em termos de “discussão do grau de liberdade dado ao intérprete (juiz) em face da legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição”, e condena a discricionariedade, um “poder arbitrário ‘delegado’ em favor do juiz para ‘preencher’ os espaços da ‘zona de penumbra’ do modelo das regras.” Segundo o autor, no Brasil “em qualquer ‘espaço’ de sentido – vagueza, ambiguidades, cláusulas

---

<sup>54</sup> Assim consideradas “expressões de sentido fluido, destinadas a lidar com situações nas quais o legislador não pôde ou não quis, no relato abstrato do enunciado normativo, especificar de forma detalhada suas hipóteses de incidência ou exaurir o comando a ser ele extraído” (BARROSO, 2013, p. 339).

‘abertas’ etc. – o imaginário dos juristas vê um infindável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete.” Recorre à força normativa da Constituição, expressão da autonomia do direito, para recusar posturas protagonistas e solipsistas do intérprete em relação ao texto, evitando-se achismos, ativismos e a filosofia da consciência. Registra-se que o autor entende ser possível encontrar uma resposta correta - constitucionalmente adequada - para cada problema jurídico, motivo pelo qual rejeita a ideia de escolha de uma entre duas ou mais decisões possíveis, ou seja, refuta a atuação judicial discricionária (STRECK, 2011, p. 38-47).

Não há consenso a respeito do método (pós-positivista) funcionalmente adequado à tomada da decisão correta e não discricionária, havendo variação de acordo com o paradigma adotado, substancialista ou procedimentalista. Todavia, tanto na ponderação (para solucionar a colisão de princípios), que se vale da proporcionalidade, como na crítica hermenêutica (filosófica) do direito (os princípios - e sua colisão - acontecem no caso concreto e introduzem o mundo prático do direito, fechando a interpretação e “diminuindo” o espaço para a discricionariedade) e na teoria do direito como integridade, *o limite da atividade interpretativo-aplicativa e construtiva do direito está na Constituição, na vinculação obrigatória do intérprete ao texto constitucional.*

E mais, qualquer que seja a vertente adotada, não se pode abstrair a *facticidade*, o contexto socioeconômico, a realidade, o mundo da vida, dentre outros parâmetros normativos do Estado Democrático de Direito, principiológicos ou não, extraídos, expressa ou implicitamente, da Constituição, como a socialidade, a garantia dos direitos fundamentais, a força normativa, a separação dos Poderes, a inafastabilidade da jurisdição, a reserva do possível, a garantia do mínimo existencial (dignidade humana) e, principalmente, o princípio democrático e suas pré-condições - igualdade e liberdade.

No mesmo sentido da vinculação da tomada de decisão à Constituição - em todos os seus termos -, Edinilson Donisete Machado conclui que a solução mais plausível não nega a situação fática, porém “limita a atuação judicial ao campo de competência definido pela vontade geral escrita, que é a Carta Magna”. No Estado Democrático de Direito, observar o ordenamento jurídico - sistema de princípios e regras -, notadamente o constitucional, evita decisões subjetivistas, de caráter unicamente pessoal, e que culminaria por substituir as escolhas atribuídas às demais funções estatais (MACHADO, 2011, p. 73-75 e 114).

Luís Roberto Barroso apresenta critérios *preferenciais* na tentativa de evitar o decisionismo judicial e o abuso da discricionariedade judicial diante da “constitucionalização exacerbada” na interpretação. Diz que esta “pode trazer consequências negativas” de natureza política (“o esvaziamento do poder das majorias, pelo engessamento da legislação ordinária”) e metodológica (“o decisionismo judicial, potencializado pela textura aberta e vaga das normas constitucionais”). Para conter o abuso na solução de casos difíceis, dois são os *parâmetros preferenciais* a serem seguidos: a “preferência da lei”, isto é, havendo “manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou o tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente”; e a “preferência pela regra”, ou seja, “onde o constituinte ou o legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia”. Conforme entende o autor, se a Constituição não pode ocupar todo o espaço jurídico em um Estado democrático de direito e se o Legislativo “está livre” para realizar escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes, a “preferência da lei” concretiza os princípios da separação dos Poderes, da segurança jurídica e da isonomia”, sendo vedado aos órgãos do Judiciário se sobreponem ao legislador, salvo inconstitucionalidade (BARROSO, 2013, p. 449-451).

Não há dúvida quanto ao exercício do “poder de concretização na norma” sem limites e discricionariamente, conduta alimentada por pronunciamentos como o do Ministro Humberto Gomes de Barros<sup>55</sup>, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 279.889-AL.

O referido discurso apologético à discricionariedade judicial, recebeu a crítica de Lenio Streck, que também censurou a relação de dependência do

---

<sup>55</sup> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja [...] (BRASIL, 2002).

processo ao magistrado na “*concepção da instrumentalidade do processo*, cujos defensores admitem a existência de escopos metajurídicos” a autorizar “ao juiz realizar determinações jurídicas, *mesmo que não contidas no direito legislado*”. Busca-se a efetividade ao processo “a partir de uma espécie de ‘delegação’ em favor do julgador, dotando-o de poderes para reduzir as formalidades que impedem a realização do direito material em conflito”, o que é feito “a partir de um novo princípio processual - decorrente do princípio da instrumentalidade das formas - denominado *princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual*” (STRECK, 2011, p. 263-264 e 271-272).

### **3.2.3 Universalidade, igualdade e macrojustiça**

Cuida-se de questionamento que pode ser analisado objetivamente e que se consubstancia num critério para a atuação judicial, não exatamente num limite ou em uma contenção à judicialização.

Ao formular políticas públicas destinadas à concretização de direitos sociais de natureza prestacional, o Estado, por seus Poderes competentes, busca a universalização, aqui e acolá compreendida em termos de atendimento igualitário, a todos os que dela (política pública) necessitam. Não há *pretensão de desigualdade e de desatendimento*. A falta de gestão ou a má administração de recursos humanos, materiais e financeiros, e a corrupção, sim, podem levar à ineficiência e à falha do serviço público.

A Constituição quer que os sistemas organizados para a concretização de direitos prestacionais (sistemas de serviços públicos, ainda que prestados por particulares) observem a universalidade. Todavia, à medida que decisões judiciais são proferidas em benefício de alguns, impondo-se ao Estado a realocação de recursos financeiro-orçamentários (que se sabem escassos, finitos) para, por exemplo, adquirir medicamentos não relacionados na política de dispensação, muitos, senão todos os contemplados na política pública de caráter geral, restam afetados. O juiz não avalia - e comumente não tem como avaliar - o impacto de sua decisão, o que pode colocar em risco a eficiência e a continuidade do programa definido tecnicamente. Esse modo de intervenção realiza a justiça individual, o fazendo, porém, em detrimento de outros indivíduos, da coletividade, e até mesmo

impondo a reavaliação dos investimentos, programas e aplicação dos recursos disponíveis, senão inviabilizando-os.

Em suma, a processualidade inerente às políticas públicas deve ter por escopo a igualdade. E é a desigualdade de tratamento, de oportunidades, que fomenta a judicialização das políticas públicas. O desatendimento ao mínimo exigível e necessário a justifica plenamente. Daí compreender-se a *universalidade* juntamente com a *integralidade*, outro elemento próprio das ações e programas necessários à concretização de direitos sociais prestacionais em bases razoáveis, que reclama não apenas o acesso ao serviço público, mas o acesso a uma determinada prestação que atenda adequadamente aos fins propostos.

No desenvolvimento dessa temática afigura-se oportuno recorrer às demandas que concernem à prestação pública do direito social à saúde e suas vicissitudes, interesse assaz judicializado e que recebeu regramento<sup>56</sup> constitucional diferenciado.

Admitindo-se o controle judicial das políticas públicas, porquanto inevitável, necessário, viável e até mesmo providencial nalgumas situações, cobra-se do juiz, quando as formula ou corrige, observar os condicionamentos e pressupostos exigidos dos demais Poderes, especialmente do Executivo. A universalização é um deles.

A universalização exige do controle judicial das políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais sociais a concessão dos mesmos recursos a todos que estão em situações idênticas. Veda-se ao Estado escolher os destinatários das políticas públicas, que devem ter uma abrangência geral. Caso não houvesse a preocupação com a universalização das políticas públicas, ter-se-ia por irremediavelmente prejudicada a igualdade de oportunidades conferidas aos cidadãos (CAMBI, 2011, p. 433-435).

Sabe-se, no entanto, que “as decisões judiciais produzem, como regra, efeitos apenas pontuais, entre as partes”, conferindo-se, portanto, ao litigante uma prestação não disponibilizada aos demais administrados que se encontram na mesma situação, e pior, muitas vezes em detrimento deles. A política pública deliberada, implementada ou modificada pelo Judiciário viola a Constituição, a

---

<sup>56</sup> Lembra-se da dimensão normativa das políticas públicas. No Estado de Direito, as escolhas não constituem um tema tão somente político, antes, as atividades legislativa e executivo-administrativa se dão por força de (e com base em) normas constitucionais e infraconstitucionais.

dimensão normativa das políticas públicas, à medida que nega observância ao mandamento da isonomia de tratamento, de distribuição de recursos - escassos - (BARCELLOS, 2006, p. 40).

Parece haver certa incompatibilidade entre o controle judicial das políticas públicas instalado individualmente e a cláusula da universalidade de atendimento.

Por isso ponderações como as de Daniel Sarmiento, segundo o qual, se pessoas que estiverem na mesma situação devem receber o mesmo tratamento, descabe “exigir-se judicialmente do Estado algo a um indivíduo que não seja possível conceder a todos aqueles que estiverem nas mesmas condições” (SARMENTO, 2006, p. 572).

Aplica-se ao juiz a mesma vedação à qual vinculado o administrador público, que não pode atender a uma necessidade específica de um dos cidadãos (necessidade individual), mesmo fundada na proteção de direitos fundamentais, exceto se autorizado por previsão legal também específica ou por política social já implementada. Portanto, se o controle judicial atende individualmente um direito à prestação positiva - social - do Estado, que, se implementada, atenderia a toda a população, ter-se-á por violado o princípio da isonomia entre os cidadãos, atuando a jurisdição como “fator de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha a atender a uma situação individual” (APPIO, 2005, p. 173).

Em outras palavras, o juiz - intérprete autêntico - está vinculado à *integridade do Direito*, cumprindo-lhe, tal qual o Administrador Público, observar todas as pautas normativas. Nessa seara do controle jurisdicional das políticas públicas, a decisão que não se assentar estritamente no ordenamento resultará no rompimento dos princípios democrático e da igualdade distributiva. Daí dizer-se que a judicialização das políticas públicas realiza apenas a *microjustiça*, enquanto que a universalização requer a *macrojustiça*, o que não se obtém nas ações individuais, máxime naquelas em que se busca por prestação não contemplada no programa já implementado e em execução, e cujas ações mostram-se eficientes.

Requer-se, ainda, do Judiciário, deferência às escolhas administrativas, porquanto técnicas<sup>57</sup>, diversamente do controle judicial que é exclusivamente

---

<sup>57</sup> A definição de procedimentos médicos e de medicamentos, bem como as escolhas regulatórias, por exemplo, não decorrem de mera avaliação jurídica e financeiro-orçamentária.

jurídico. Afora o recurso a todas as pautas normativas, a judicialização deve tomar como parâmetro de controle a tecnicidade e a eficiência.

É a queixa de Sérgio Guerra ao tratar de “escolhas regulatórias reflexivas”. Não negando a participação do Judiciário na “sindicância das escolhas administrativas para evitar-se o arbítrio do administrador”, postula por uma comedida e moderada atuação de revisão das escolhas administrativas, “*notadamente em sede de cognição liminar*”. Balizado exclusivamente pelo Direito, o exercício do controle judicial assume perspectiva limitada, pois o juiz “não tem acesso a todos os aspectos e impactos prospectivos da escolha regulatória, que se fundamenta, para além do Direito, em critérios “metajurídicos”. Para o autor, no campo das políticas públicas - da escolha regulatória -, o controle judicial deve-se limitar-se à observância do *due process of law*, “notadamente na apreciação da vinculação da decisão regulatória aos dados empíricos e demais fatos do caso real” (GUERRA, 2008, p. 241-245).

Calha, nesse sentido, importante precedente do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento do Mandado de Segurança nº 8.895/DF<sup>58</sup>, que impugnara Portaria do Ministério da Saúde proibitiva do financiamento de tratamento da *retinose pigmentar* no exterior (Cuba), pelo Sistema Único de Saúde, a certa altura questionou o Ministro Teori Zavascki: “Oxalá pudéssemos, em nome da Constituição, concedendo liminares, resolver os graves problemas brasileiros de saúde, de alimentação, de habitação, de educação [...]” (BRASIL, 2003).

As escolhas não são, e nem devem ser, meramente jurídicas; a eficiência da atividade estatal também pressupõe tecnicidade.

A processualização da atividade administrativa, o que inclui deliberar sobre políticas públicas, rejeita decisões monocráticas tomadas no curso do processo judicial individual (de reduzida dialeticidade), principalmente em sede de juízo liminar, posto desprovidas de avaliação técnica quanto aos efeitos generalizantes negativos delas decorrentes e porque demarcatórias de desigualdades, a despeito da realização da microjustiça.

---

<sup>58</sup> Ementa: ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE SAÚDE - TRATAMENTO NO EXTERIOR - RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da "retinose pigmentar" no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado.

Outro critério *decisional* acerca da efetivação de direitos sociais, da fixação da sua extensão ou da definição das políticas públicas, e que se presta para delimitar o controle judicial, reside na reserva do financeiramente possível.

### **3.2.4 Reserva do financeiramente possível e mínimo existencial**

É certo que “não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas”, bem assim a fixação dos gastos e sua definição nas leis orçamentárias, atividade complexa a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. “No entanto, não se pode [o Judiciário] omitir quando o governo deixa de cumprir determinação constitucional na forma fixada”, omissão “que atenta contra os direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2011, p. 479).

Tratar-se-ia da hipótese de ilicitude de omissão como pressuposto de controle, conforme sugerido por Luís Roberto Gomes: “não é qualquer omissão estatal que é suscetível de controle, mas somente a omissão ilícita, isto é, a omissão que contrarie a ordem jurídica preestabelecida”, que se afere no caso concreto e se configura quando “o agente público não exerce corretamente o poder que lhe foi deferido pelo titular do poder político para ser utilizado instrumentalmente, falhando no dever de alcançar finalidades preestabelecidas de interesse público” (GOMES, 2003, p. 108-109).

Teoria ou princípio, a cláusula da reserva do financeiramente possível “não foi concebida para isentar o Estado da implementação de direitos sociais essenciais”, nem poderia, uma vez que estes “se constituem em instrumentos assecuratórios”, “verdadeira condição material de ocorrência do político”, da participação e deliberação democrática (ALVES, 2013, p. 253-256).

Porém, é inegável que efetivar e distribuir direitos requer meios, recursos para seu custeio, de pessoal e material para sua execução; notadamente quando se tratam de direitos sociais de natureza prestacional, subordinados à formulação de políticas públicas e cuja execução segue um programa, um planejamento - necessariamente financeiro e orçamentário (LOPES, 2006, p. 120).

Direitos<sup>59</sup> têm custo e “não nascem em árvores” (GALDINO, 2005, p. 215).

A questão sobre a dificuldade de efetivação de direitos sociais não é recente, e se faz presente.

No Brasil, Ricardo Lobo Torres analisa-a em duas fases pós-Constituição de 88: antes e depois dos Governos Fernando Henrique Cardoso (FHC) e Lula (TORRES, 2004, p. 447-471)

Pontua que, por influência do constitucionalismo alemão das décadas de 50 e 70, “passou a prevalecer a ideia de que os direitos sociais eram direitos a prestações originárias”, conforme sustentava J. J. Gomes Canotilho. A doutrina brasileira dos anos 80, influenciada pelo pensamento luso-germânico, “passou a defender o primado dos direitos sociais e a sua plena efetividade”. A partir da década de 90, diz o autor, segue-se a “tese da indivisibilidade dos direitos humanos”, considerando “os direitos sociais como extensão dos direitos da liberdade”, orientação surgida após o “colapso do socialismo real e a crise do Estado de Bem-estar Social, simbolizados na queda do muro de Berlin (1989)”. A tese é defendida no Brasil, mas a doutrina chega “à conclusão de que os direitos sociais não são plenamente justiciáveis”. O autor destaca, ainda, a “radical” mudança do posicionamento teórico de J. J. Gomes Canotilho, “que passa a reconhecer que ‘os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas’ e que o ‘legislador determina o que é um direito social, mas não está vinculado aos direitos sociais’ [...]”. No Brasil, “Luís Roberto Barroso mitigou as suas afirmações iniciais para se aproximar de posições pós-positivistas e valorativas, abrindo espaço para a temática do mínimo existencial [...]”. A doutrina constitucionalista passa a “reconhecer a convivência dos direitos sociais com os fundamentais” (TORRES, 2004, p. 448-454).

A partir do Governo FHC, diz o autor, com a radical alteração doutrinária, destacam-se, dentre outras elencadas pelo referido autor, as seguintes orientações: “a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial e ao núcleo essencial dos direitos da justiça”, distinguindo-se direitos de liberdade de direitos econômicos e sociais; “a necessidade da implementação de políticas públicas pelo Legislativo e pela Administração, como caminho democrático para a

---

<sup>59</sup> A efetivação de quaisquer direitos pelo Estado tem custos, sejam direitos fundamentais positivos ou negativos, prestacionais ou não, haja vista que a atividade administrativa tem caráter prestacional e demanda alocação de recursos (GALDINO, 2005, p. 215-217).

afirmação dos direitos sociais”; “o reconhecimento da prevalência do princípio da reserva do possível”, mas com a possibilidade de sua superação, “no caso de contradição incontornável com o princípio da dignidade humana, consubstanciado no direito a prestação estatal fundamental” (TORRES, 2004, p. 455-456).

A discussão gira em torno da *dimensão econômica* dos direitos fundamentais sociais, os limites - econômicos - da justiciabilidade: efetividade, reserva do possível e mínimo existencial (a salvaguarda do núcleo essencial do direito, interesse, bem tutelado) são elementos de uma equação que se apresenta no cotidiano administrativo e forense.

Se os direitos sociais prestacionais têm especial relevância econômica, então se encontram sob uma reserva do possível, não se podendo negar os reflexos de uma decisão judicial que impõe ao Estado a realização de uma obra de construção, a implantação de um serviço público, a instalação de órgãos públicos ou repartições ou, na área da saúde, o fornecimento de medicamento ou a realização de procedimento de elevados custos, com o que assume especial relevância no âmbito de sua (direitos) efetivação e eficácia o respectivo custeio. Apesar de sua fundamentalidade inerente, não existe um direito subjetivo constitucional de acesso gratuito incondicional, a qualquer custo e a todo e qualquer meio de proteção social ou assistencial; os direitos à prestação não são absolutos, e em qualquer país do mundo estão sujeitos às possibilidades do Estado. São, portanto, direitos “sob reserva de possibilidade social”. Direitos, como habitação, saúde, assistência e cultura dependem de determinadas condições de fato (ANDRADE, 1998, p. 200).

É preciso que existam recursos e que o Estado possa deles dispor. A escassez de recursos é um dado da experiência e “se entende por toda a parte que os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a fins políticos de realização gradual ou que são direitos sob reserva do possível”<sup>60</sup>. O jurista lusitano ainda discorre a respeito da competência material para aplicação desses recursos. Se a Constituição não pode dizer qual o conteúdo exato da prestação e sob que condições ou pressupostos, a definição do conteúdo dos direitos prestacionais não

---

<sup>60</sup> Teoria construída pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, a partir de julgado sobre o direito de acesso ao ensino superior, assim reconhecido pelo Tribunal, cuja eficácia (da norma-princípio respectiva), entretanto, restou limitada pela cláusula da reserva do possível, “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (RAMOS, 2010, p. 194). A doutrina indica uma primeira utilização na decisão “*numerus clausus*” do Tribunal Federal Alemão, na década de 70. Peter Häberle, na década de 70, formulou a ideia da *reserva das caixas financeiras* (BARCELLOS, 2002, p. 237; CAMBI, 2011, p. 382).

deve caber ao juiz - que “exerce função aplicadora sob a cobertura de uma interpretação” -, mas ao legislador, primeiramente, ou a outro órgão (ou conjunto de órgãos) competente para a definição das políticas econômicas, sociais e culturais, o responsável pela sua implementação (ANDRADE, 1998, p. 201-202).

Os direitos fundamentais, notadamente os sociais prestacionais, têm custo e são analisados economicamente; têm dimensão econômica, especial relevância econômica, e por isso se encontram sob uma reserva do possível, ou seja, sua efetivação depende da real disponibilidade de recursos por parte do Estado, segundo orçamento aprovado pelo Poder Legislativo que, ao cabo, emite juízo a respeito das políticas públicas, suas prioridades e leva em conta a conjuntura socioeconômica global (SARLET, 2005, p. 350).

Pode-se afirmar que a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas, ou seja, que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado, há um limite de possibilidades materiais para esses direitos (BARCELLOS, 2002, p. 236).

A cláusula da *reserva do possível* vem estabelecer que o Estado tem o dever de garantir a prestação do serviço na medida de suas disponibilidades orçamentárias, sob pena de comprometer o desenvolvimento das políticas públicas.

Outro não foi o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, na decisão monocrática proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 45. Após reconhecer a excepcional atribuição do Judiciário para formular e implementar políticas públicas, se e quando os órgãos estatais competentes, descumprindo seus encargos, comprometerem a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos, asseverou que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. O jurista assenta que a cláusula da reserva do possível impõe condicionamentos à concretização de direitos sociais, traduzidos no binômio razoabilidade da pretensão e existência de disponibilidade financeira do Estado. Adverte que a ausência desses elementos desautoriza a realização prática daqueles direitos (BRASIL, 2004).

A constitucionalização dos direitos sociais não significa direito incondicional, ilimitado e a qualquer custo, se a obrigação dos Poderes Públicos com a realização

da justiça social encontra limite fático na limitação dos seus recursos financeiros. Sendo assim, inaplicável o princípio de resgate<sup>61</sup> mencionado em Ronald Dworkin (DWORKIN, 2005, p. 435).

Qual, então, o *quantum* em termos de prestações sociais? Até onde vai a obrigação do Estado com a realização da justiça social, provoca Ingo Sarlet (SARLET, 2005, p. 351).

Da avaliação entre prestação/concretização e recursos disponíveis não pode decorrer a supressão do direito fundamental, especialmente se se trata de serviço de saúde pública, posto intimamente vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, princípios que impõem a proteção mínima (*padrão mínimo*) dos direitos sociais e a sua prevalência em relação aos outros direitos e princípios.

Reporta-se, novamente, às razões apontadas no bojo do julgamento da ADPF n. 45. De certo modo reconhecendo a subsidiariedade do Poder Judiciário enquanto *locus* da deliberação sobre políticas públicas, o Ministro Celso de Mello pontua que a liberdade de conformação dos Poderes Legislativo e Executivo não é absoluta, deles exigindo o não comprometimento da eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, vale dizer, a salvaguarda “do núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo [...]”. A intervenção do Judiciário é legítima se viabilizar, a todos, o “acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (BRASIL, 2004).

Mesmo estando a concretização dos direitos sociais sujeita à reserva do financeiramente possível, a norma constitucional interpretada à luz da dignidade da pessoa humana consagra um direito subjetivo de exigir do Estado uma prestação (que se diz mínima).

As divergências existentes quanto ao âmbito de proteção dos direitos sociais, da saúde principalmente, ora preconizam uma proibição de intervenção judicial, ora reconhecem-na necessária, postulando uma *proibição de proteção insuficiente*.

---

<sup>61</sup> Com pergunta semelhante (“quanto deve uma nação como a nossa gastar com a saúde das pessoas?”), Ronald Dworkin abre discussão em torno da justiça ideal em medicina nos Estados Unidos. Segundo o que chamou de “princípio de resgate”, a resposta é “[...] gastar tudo que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida.” O filósofo descarta esta solução, que chama de inaceitável, e “aponta para um ideal de justiça mais satisfatório na assistência médica o ‘seguro prudente’ ideal” (DWORKIN, 2005, p. 431-437).

Investigar o conteúdo do mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil. Há quem o conceba segundo quatro elementos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à Justiça. É o caso de Ana Paula de Barcellos, que condiciona as prestações inerentes ao mínimo existencial ao núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do estado brasileiro (BARCELLOS, 2002, p. 247-259).

Eduardo Cambi também vincula a definição do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, adicionando o valor da solidariedade e ligando-o ao Estado social e ao princípio da igualdade. Diz que o mínimo existencial significa, além das utilidades básicas, “um conjunto de bens materiais e imateriais indispensáveis ao desenvolvimento autônomo e digno da pessoa humana, bem como do reconhecimento recíproco dos indivíduos em uma sociedade”, e representa “o núcleo intangível dos direitos fundamentais”. Vinculado que está à preservação da dignidade da pessoa humana, o autor adverte da necessidade de construção de uma interpretação flexível acerca do mínimo existencial, observando-se o contexto no qual se exige a determinação das condições mínimas a serem asseguradas pelo Estado (CAMBI, 2011, p. 393-398).

Resposta também maximizadora do conteúdo do mínimo existencial é dada por Cláudio Pereira de Souza Neto, que destaca, inicialmente, dentre as objeções à concretização de direitos sociais prestacionais pela via judicial, a falta de legitimação democrática. A tarefa de concretizar direitos sociais cabe ao Legislativo e ao Executivo, vez que a tomada de opções políticas se dá num cenário de escassez de recursos e cabe a estes poderes estabelecerem prioridades para a implementação de políticas públicas (reserva do possível). Todavia, se o critério para a definição da fundamentalidade material dos direitos sociais diz respeito à noção de “condições<sup>62</sup> para a cooperação na deliberação democrática”, supera-se o argumento democrático “quando o Judiciário concretiza tais condições” (concebidas como condições de liberdade que permitem a implementação de um projeto razoável de vida - autonomia privada - e a participação do processo de formação da vontade

---

<sup>62</sup> Essas condições compreenderiam o mínimo existencial, cujo conceito, na teoria constitucional da democracia deliberativa, “serve à finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade”, pois, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, critério precípua para a legitimação da organização social. Embora não descartando o fundamento da dignidade da pessoa humana, afirma que o conceito de mínimo existencial estaria vinculado propriamente à garantia das condições sociais mínimas para que o indivíduo buscasse a sua própria dignidade; “ajuda para autoajuda” (SOUZA NETO, 2006, p. 247-249).

coletiva - autonomia pública). Em situações tais não haverá usurpação da soberania popular, antes será garantindo o seu pleno exercício. O autor não nega o controle judicial para concretização dos direitos sociais. Porém, coloca o *mínimo existencial* como “patamar máximo” da judicialização, um limite (substancial) possível da atuação subsidiária do Judiciário no que diz respeito à implementação de políticas públicas. (SOUZA NETO, 2006, p. 246-251 e 257-258)

A tese da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, incluindo os sociais, a partir do estabelecimento de condições necessárias à participação democrática (cooperação para a democracia) significaria uma *maximização* do mínimo existencial, um *plus* em comparação com o conceito generalizado de mínimo existencial adotado com base na dignidade da pessoa humana.

A despeito da dificuldade de se estabelecer um conceito sobre o mínimo existencial, o que se faz necessário por questões de efetividade e de segurança jurídica, na área da saúde surgiram alguns parâmetros. Destacam-se dois: a (ainda provisória<sup>63</sup> e não vinculativa) orientação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175-CE, e a *medicina baseada em evidência*.

A discussão referente à aplicabilidade imediata do direito à saúde (a partir da Constituição) tornou-se subsidiária, mostrando-se até mesmo desnecessária, ante a edição da Lei n. 8.080/90, que regulamenta a Carta e visa à concretização do direito fundamental à saúde. Não o é, no entanto, quando, por exemplo, busca-se o Judiciário para condenar o Estado ao fornecimento de medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, fora dos Protocolos do SUS ou em fase experimental.

Em busca de solução mais viável ao problema da judicialização das políticas públicas na área da saúde, coube ao Supremo Tribunal Federal, após realização de audiência pública, (tentar) traçar parâmetros de orientação para a intervenção judicial constitucionalmente adequada. Fazendo remissão ao referido ato público, a

---

<sup>63</sup> A controvérsia a respeito da possibilidade e dos limites da judicialização da saúde será debatida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 684.612, ao qual reconhecida repercussão geral, por versar sobre tema que discute, especificamente, os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam ao direito social da saúde, previsto na Constituição. Conforme divulgado na página do STF na web, em 21 fev. 2014. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=260901>> Acesso em 14 mai. 2014.

Corte, em decisão do Plenário, estabeleceu, à unanimidade, o seguinte entendimento a respeito da intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

*Admite-se a intervenção em três situações, a saber:* a) se a pretensão diz respeito a uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), negada ao indivíduo, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, e é evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde; b) se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS por falta de evidência científica, já que o sistema filiou-se à Medicina Baseada em Evidências, e o tratamento alternativo existente no âmbito do sistema for comprovadamente ineficaz para o paciente, por razões específicas de seu organismo (reclama prova da ineficácia ou impropriedade do tratamento existente no SUS); e ainda c) se não houver tratamento disponível na rede pública, devendo-se nesta hipótese distinguir se se trata de novo tratamento não experimentado e não incorporado na rede pública ou de tratamento experimental, neste caso não sendo possível obrigar o sistema público a custeá-lo. Por outro lado, *não se admitirá a intervenção judicial* na política pública de saúde: a) se o tratamento pretendido não estiver registrado na ANVISA, restrição sem caráter absoluto, uma vez que a Lei n. 9.782/99 dispensa o registro e permite a importação de medicamento sem registro para uso em programas de saúde pública; b) se o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão, e existe tratamento alternativo no sistema; c) se não comprovada que a política de saúde existente ineficaz ou imprópria; e d) quando se tratar de fornecimento de produto terapêutico em caráter experimental (BRASIL, 2010).

O precedente citado teria estabelecido critérios limitadores do ativismo judicial na área da saúde. É a posição de Rafael José Nadim de Lazari (LAZARI, 2012, p. 368).

Todavia, o entendimento da Corte, embora aparentemente razoável, coloca nas mãos do juiz a deliberação sobre a formulação ou criação da política de fornecimento de medicamentos. Não apenas sua conformação, eficiência ou efetividade. Autoriza ao Judiciário desconsiderar a decisão do Poder Público, por exemplo, se a não incorporação se deu por falta de evidência científica a respeito da eficácia e eficiência terapêuticas. A Corte fez apologia à judicialização e não colocou contenção ao ativismo judicial.

Espera-se que no julgamento do recurso mencionado, o Tribunal repense tal “parametrização”, guiando-se, efetivamente, pela cientificidade e segurança da Medicina Baseada em Evidências (MBE). Com efeito.

Há crítica especializada, da ciência médica, e não do Direito, à judicialização do plano da assistência farmacêutica, que se refere exatamente à discussão em torno do mínimo existencial.

Especialistas vinculados à Fundação Osvaldo Cruz (FIOCRUZ), estudaram e apontaram os efeitos negativos da judicialização da saúde, dentre os quais a falta de “segurança do paciente em razão de possíveis prescrições inadequadas”, especialmente no que se refere a novos medicamentos e/ou novas indicações terapêuticas ainda sem evidências científicas bem estabelecidas. Destacam que parte dos medicamentos considerados novos não representa real ganho em eficácia terapêutica, podendo adicionar eventos adversos inesperados e significar riscos à saúde (PEPE, 2010, p. 2406-2407).

De seu turno, André Cezar Médici, economista do Banco Mundial, após comparar os sistemas saúde nos Estados Unidos, na Europa e no Brasil, essencialmente quanto ao fornecimento de medicamentos, aponta a existência, aqui, de uma *integralidade turbinada*, fenômeno impulsionado pelo entendimento das cortes de justiça sobre assistência integral que mais beneficia produtores e mercadores de equipamentos médicos, medicamentos e materiais de saúde e suas redes de lobistas. Relata mais, que nos países europeus, onde o direito coletivo à saúde prevalece sobre o individual, intervenções que não constam dos protocolos oficiais não são cobertas pelos sistemas públicos ou seguros privados, pois, se contemplados, consumiriam recursos públicos adicionais e isso prejudicaria a cobertura de outros investimentos (MÉDICI, 2010, p. 82).

Pode-se afirmar que o conteúdo razoável do mínimo existencial, no que diz respeito ao direito à saúde, ou ao fornecimento de medicamento, está imbrincado ao que se denomina integralidade, por sua vez vinculado à segurança, eficácia e custo-efetividade (do serviço, equipamento, procedimento ou medicamento).

Tratada como princípio - do *atendimento integral* -, a integralidade vem definida na Lei n. 8.080/90, em seu artigo 7º, inciso II: “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (BRASIL, 1990).

Atender integralmente não pressupõe ausência de critério ou de limite de ordem técnica e financeira.

Integral é a atividade administrativa adequada, exercida com a eficiência<sup>64</sup> exigida pela Constituição Federal (artigo 37). Atendimento ineficiente revela prestação do serviço público de saúde sem integralidade. No terreno da saúde pública, integralidade e eficiência são postulados próprios da administração pública que estão em cooperação e se complementam.

Portanto, se se considera integral o que é eficiente, e se é eficiente o que atende às evidências em medicina, infere-se que o mínimo existencial em saúde se encontra na definição de medicina baseada em evidências (MBE), assim estabelecida:

Neste sentido, [MBE] pode ser definida como um critério de maior certeza de determinados achados e opiniões, apoiado em dados e informações cuja análise é feita dentro de padrões previamente estipulados. Em outras palavras: em MBE, denominamos evidências externas as informações e os dados coletados, na literatura médica recente, cuja validade e importância são aferidas por determinado critério [...]. Estas evidências podem ser distribuídas em gradações (fortes, intermediárias e fracas) e, do ponto de vista clínico-epidemiológico, apresentam as seguintes características: 1) valorizam desfechos clínicos de significância ao paciente e à sociedade; 2) permitem a definição de graus de evidência científica para as condutas clínicas; 3) apresenta dados para análise objetiva do potencial impacto das condutas clínicas (DRUMMOND et al., 2002, p. 3).

Esse paradigma aumenta, consideravelmente, a certeza do diagnóstico, a eficácia terapêutica e a confiança no prognóstico, enfatiza o valor das evidências externas, estimula a iniciativa e a criatividade a pessoal em detrimento da autoridade alheia e promove, em consequência de tudo isso, a qualidade do atendimento. (DRUMMOND et al., 2002, p. 6).

Referida doutrina aponta como objetivos da MBE: a avaliação da literatura médica, a redução da margem de erro, a sistematização da educação contínua, a diminuição do autoritarismo no ensino e na prática médica, a racionalização dos custos e a humanização do relacionamento médico/paciente (DRUMMOND et al., 2002, p. 14). Por isso considerada, a MBE, o elo entre a boa pesquisa científica e a

---

<sup>64</sup> A eficiência pode ser entendida como: boa administração, adequação, idoneidade e oportunidade dos meios empregados para alcançar o resultado (MELLO, 2009, p. 22-23); ação para obtenção do resultado de modo rápido e preciso (MEDAUAR, 2005, p. 149); economicidade – exame da relação custo/benefício da atuação do administrador (FURTADO, 2007, p. 111); diligência para evitar desperdício e falha e eficácia, segundo a qual os fins buscados pelo Estado devem ser realizados com menor custo econômico possível (JUSTEN FILHO, 2009, p. 15, 98-100).

prática clínica; a prática que utiliza provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na conduta clínica (EL DIB<sup>65</sup>, 2007, p. 1).

Registra-se que a MBE está positivada no âmbito do SUS, conforme alterações trazidas pela Lei n. 12.401, de 28/4/2011 (BRASIL, 2011) à Lei Orgânica, especialmente no que tange à incorporação de novas tecnologias em saúde<sup>66</sup>.

O direito vindicável junto ao Estado equivale à *saúde baseada em evidências*, paradigma que atende aos comandos de eficiência e integralidade e se afigura legítimo para definir a conduta do Estado, funcionando, também, como critério seguro para a judicialização e a contenção do ativismo judicial. Parâmetro, ademais, não minimalista, que otimiza a ação estatal (do gestor e do juiz) de concretização do direito à saúde, tornando-a previsível (coerente com a noção de segurança jurídica), além de expandir o conteúdo do padrão justiciabilidade. Portanto, nos termos de um parâmetro técnico - que é a MBE - esse o “mínimo existencial”, que resta maximizado.

Não se olvide, que essa discussão da *reserva do possível* desafia a *justiça distributiva*, “a regra e a virtude da distribuição igual” que dispõe sobre a “apropriação individual de recursos comuns”. Ainda como critério delimitador da intervenção judicial, bem como de sua contenção, questiona-se a permanente tensão e até mesmo colisão entre interesse individual e interesse da coletividade - bem comum (LOPES, 2006, p. 127 e 132).

Flávio Galdino discorre sobre essa premissa na responsabilidade social (deveres para com a comunidade). Se todos os direitos possuem custos quase sempre elevados e os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os “ideais sociais”, o que impõe o sacrifício de alguns deles, há de se reconhecer

---

<sup>65</sup> Em MBE se faz referência à efetividade, eficiência, eficácia e segurança. Efetividade diz respeito ao tratamento que funciona em condições do mundo real; eficiência concerne ao tratamento barato e acessível para que os pacientes possam dele usufruir; eficácia tem-se quando o tratamento funciona em condições de mundo ideal; e segurança significa que uma intervenção possui características confiáveis que tornam improvável a ocorrência de algum efeito indesejável para o paciente (EL DIB, 2007, p. 1).

<sup>66</sup> Art. 19-O. Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. Parágrafo único. Em qualquer caso, os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo.

que aqueles direitos devem ser exercitados com responsabilidade. Ou seja, “as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos igualmente responsáveis para custeá-los” (GALDINO, 2005, p. 213-214).

Referindo-se ao acesso “privilegiado” ao Judiciário para a obtenção de medicamentos, Luís Roberto Barroso não diverge de Galdino, ao advertir que as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais, e que a jurisdição, ao assumir a posição de protagonismo na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça e exclui os mais pobres, à medida que obriga o Governo a transferir recursos destinados a atender programas institucionalizados para atendimento dos mais necessitados para o cumprimento de decisões judiciais (BARROSO, 2007, p. 26).

Eduardo Cambi afirma que a “concretização dos direitos fundamentais, em países de modernidade tardia, deve prestigiar as prestações fáticas para as populações mais carentes”, pelo que propõe, no que tange à saúde, que “o fornecimento de medicamentos de custo mais elevado deve considerar o valor constitucional da solidariedade<sup>67</sup> (art. 3º, I, da CF/1988), a fim de que sejam selecionados aqueles que não dispõem de condições econômicas para custear o produto ou o serviço fora da rede pública” (CAMBI, 2011, p. 437-438).

A judicialização levada a cabo mediante ações individuais privilegiaria alguns em detrimento de muitos, os mais necessitados. Deslocar-se-iam recursos comuns aplicáveis em benefício de todos (especialmente destes, os mais pobres) - dimensão coletiva - para atender a interesses individuais. Se essa circunstância, por si só, não autoriza a contenção à judicialização (excessiva ou ativista) da saúde, deve ao menos recomendar prudência ao magistrado.

Por derradeiro, mencionam-se alguns argumentos frequentemente utilizados para justificar a inaplicabilidade da cláusula da reserva do possível no âmbito judicial.

---

<sup>67</sup> Escudando-se em Fábio Konder Comparato, Eduardo Cambi assinala que o “valor da solidariedade impõe a responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social, porque o seu fundamento ético se encontra na ideia de justiça social, compreendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana” (CAMBI, 2011, p. 438)

Primeiro, diz-se que os bilhões desviados anualmente dos cofres públicos com a corrupção<sup>68</sup> e que os valores gastos em publicidade seriam suficientes para adequar a prestação de serviços públicos, investir em políticas públicas voltadas à concretização de direitos e ajustar os programas orçamentários impactados por decisões ativistas que impõem obrigações pecuniárias não previstas em orçamento, que, assim, estariam (as decisões judiciais) justificadas.

Em segundo lugar, a questão do não esgotamento da capacidade tributário-arrecadatória para fazer frente ao aumento dos gastos com prestações sociais. Não haveria que se falar em reserva do possível se a União não instituiu o Imposto sobre Grandes Fortunas – IGF, tal como autorizado na Constituição Federal - art. 153, inciso VII. (BRASIL, 1988).

Os fatos mencionados afetam a todos - ricos e pobres. A corrupção eleva o custo dos serviços e obras públicas em geral; é uma patologia crônica em todos os Poderes, além de cultural e histórica. Gastos com publicidade são, de fato, vultosos. Quanto ao aumento da tributação, com a instituição do IGF, parece haver falta de consenso em relação ao conceito de “grandes fortunas”. Ou talvez não haja interesse de aristocratas que dominam os centros de comando dos três Poderes, já que a cobrança poderia significar (para eles) algo que se pode dizer “financeiramente autofágico”. São erros e imperfeições que devem ser levados à consideração nas urnas, ou por atuação do Ministério Público e do próprio Judiciário em detrimento do gestor. Não contra o Estado (a sociedade).

Em terceiro, a atual crítica, oportunizada pela realização da Copa do Mundo no Brasil. Conforme levantamento do próprio Governo federal<sup>69</sup>, o valor total dos investimentos somou a importância de R\$ 25,6 bilhões, oito dos quais empenhados para a construção de estádios, recursos estes (destinados às *arenas*) que

---

<sup>68</sup> Estudo feito pela FIESP concluiu que o custo médio da corrupção no Brasil é estimado entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões (em reais de 2008). Disponível em: <http://az545403.vo.msecnd.net/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>. Acesso em 17 jun. 2014. Ainda sobre a corrupção, conforme o Índice de Percepção da Corrupção, divulgado pela ONG Transparência Internacional, em 2013 o Brasil ocupou a 72ª posição no ranking. A metodologia da pesquisa considera a pontuação de 0 a 100, sendo 100 a pontuação mais alta. O Brasil, que em 2012 estava na 69ª posição no ranking, com um escore de 43 pontos, teve piora em sua nota, passando para a 72ª posição, com uma pontuação de 42 pontos, em 2013. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/brasil-e-72o-no-ranking-da-corrupcao-em-2013/> e <http://www.transparency.org/cpi2013/results>. Acesso em: 17 jun. 2014.

<sup>69</sup> De acordo com a última atualização da Matriz de Responsabilidades, documento que reúne todas as intervenções relacionadas com o Mundial a cargo do governo federal, dos governos estaduais e cidades-sede. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/home.seam>. Acesso em 17 jun. 2014.

representariam mais do que os investimentos nas áreas da saúde e da educação no ano de 2013<sup>70</sup>.

As críticas apontadas são legítimas. A elas acrescenta-se a sonegação fiscal generalizada, que nega recursos para financiamento e custeio de políticas públicas e que é de difícil combate pela via judicial...

Nada obstante a seriedade desses argumentos, bem como de outros cotidianamente apresentados para refutar a presença da reserva do possível “na ponderação”, certo é que a limitação dos recursos públicos é um dado da realidade, da faticidade, principalmente nos pequenos e médios municípios brasileiros e em Estados menos desenvolvidos. Veja-se que, mesmo que mais recursos sejam arrecadados ou não desviados, ainda seria razoável indagar se o Judiciário estaria legitimado democraticamente para definir a “integralidade” das políticas públicas adequadamente implementadas.

A solução é a utilização das figuras da reserva do possível e do mínimo existencial com a finalidade de parametrizar a atuação judicial, não impedindo-a ou negando-a; juntamente com outros elementos colhidos do mundo da vida (real, como ela é) e tendo por base o texto normativo, considerá-los para encontrar a solução correta, a *decisão constitucionalmente adequada*.

### **3.3 Desjudicialização e democratização do controle judicial das políticas públicas**

Esta parte do trabalho é descritiva e prescritiva.

Partindo-se da premissa segundo a qual o Judiciário não é o *locus*, política e democraticamente, adequado para tomar decisões sobre ações e programas destinados à concretização de direitos sociais prestacionais, mas levando-se em conta que há espaço para a judicialização das políticas públicas (é inevitável e inviável, porém, nalgumas situações, providencial), propõem-se medidas que,

---

<sup>70</sup> Os R\$ 8 bilhões gastos com a construção dos estádios para a Copa do Mundo equivalem ao dobro do investido pelo governo federal em saúde em 2013 e é maior que valor de investimentos em educação no ano passado. Em 2013, o Ministério da Saúde investiu R\$ 3,9 bilhões e o da Educação R\$ 7,6 bilhões. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8766>. Acesso em: 17 jun. 2014.

simultaneamente, podem resultar na *desjudicialização* da solução do problema diagnosticado e na legitimação democrática do controle exercido pelo Judiciário.

Indica-se a maximização da utilização de alguns instrumentos já existentes - o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta e as audiências públicas - e a atuação preponderantemente extrajudicial e mediadora de instituições jurídicas que se predispõem à *contenciosidade* (no que toca às políticas públicas) - o Ministério Público e a Advocacia Pública. Aponta-se, ainda, a coletivização do processo individual, medida prevista no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo e agora contemplada no projeto de lei do novo Código de Processo Civil.

Pretende-se que problemas sejam enfrentados democraticamente, pelos representantes da sociedade e com a participação dos afetados diretamente pela decisão (ou pela omissão), e que a solução seja resultado do debate nesse espaço público e coletivo, não decorrendo da atuação monolítica do órgão judicial. Ou, sendo necessária a judicialização, que a ele (juiz) levem-se elementos colhidos num ambiente aberto que considerou a participação plural, submetendo-o de certa forma à *accountability* e visando a que seu decreto não resulte ativista, excessivamente interventivo.

Somando-se tais medidas à delimitação da atuação democrática do juiz, na seara das políticas públicas, conforme descrito na seção 3.2.1, tem-se o consenso proposto neste trabalho para o controle judicial (democraticamente legítimo) das políticas públicas.

### **3.3.1 Atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública**

Sacralizar a judicialização, protagonizar a solução judicial, não se mostra conveniente, porquanto pode resultar ineficaz, ineficiente e injusta, se por injustiça subentender-se a falta de equidade.

Incapacidade para a tomada de decisões corretas sob o viés técnico (escolhas de políticas públicas se fundam em elementos técnicos especializados), morosidade e insuficiência estrutural e material, são alguns traços característicos do meio processual-judicial. Sem prejuízo da possibilidade de posturas que, no afã de fazer justiça, agravam, sobremaneira, a situação financeira do ente estatal, ora desorganizando o planejamento para aplicação dos recursos, ora onerando-o

mediante a prescrição de multa diária em valores desproporcionais. E mais, sem aprofundar-se quanto à precariedade dessas decisões, porquanto não raro proferidas liminarmente (tutela de urgência e não necessariamente de evidência) e sujeitas à reforma, que, sobrevindo, coloca a questão da dificuldade ou impossibilidade de recuperação dos valores empenhados (indevidamente) pelo Poder Público.

Algumas críticas de diversos segmentos da sociedade à “forma adjudicada de solução de conflitos, pela Justiça oficial”, são descritas por Rodolfo de Camargo Mancuso: excessiva duração do processo, baixa qualidade da resposta jurisdicional e cultura corporativa. Daí corroborar a ideia de que o modo judicial de solução de conflitos “deve ser visto como uma das formas dentro do universo de alternativas possíveis”. O autor lembra alguns instrumentos de heterocomposição<sup>71</sup> fora dos lindes estatais já normatizados, a mostrar que o Estado (legislador) está sensível “à tendência à desjudicialização e até de privatização da resolução dos conflitos”, o que se coloca como “alternativa ao tradicional monopólio estatal da distribuição da Justiça”. Enfatiza que essa tendência é de todo harmônica com a diretriz da democracia participativa e pluralista, segundo a qual todos - pessoas naturais e jurídicas – têm legitimidade para “participar do esforço comum para a boa gestão da coisa pública, o que passa pela busca da justa composição dos conflitos”, o que não exclui as causas envolvendo a Administração Pública (MANCUSO, 2009, p. 152-153 e 158).

Na alegoria usada pelo autor acima, a autoestrada (o Judiciário) está congestionada, malconservada e com excesso de pedágios, encaminhando-se o tráfego (pessoas em busca de solução de conflitos) para as vicinais (os meios alternativos) (MANCUSO, 2009, p. 219-220).

Não se olvide, ademais, da atuação considerada “excessiva ou personalista de alguns membros do Ministério Público”, consubstanciada na “pulverização de ações ancoradas muitas vezes exclusivamente na visão pessoal do autor-promotor, nem sempre relevantes ao que seria de esperar em termos de controle de políticas públicas.” Conduta animada por um “vácuo de coordenação” decorrente da

---

<sup>71</sup> Diferentemente da autocomposição, a heterocomposição se caracteriza pelo fato de a resolução da controvérsia ser alcançada, não diretamente, pelos próprios interessados, mas pelo consenso em submeter a pendência a um *tertius*, um interveniente (MANCUSO, 2009, p. 241).

autonomia e independência funcional “praticamente absoluta” (BUCCI, 2013, p. 195-196).

À evidência, a deliberação judicial sobre políticas públicas, sobretudo quando perquirida individualmente, deve ser subsidiária, a *ultima ratio*; cumpre estimular a participação da sociedade na tomada de decisões que buscam solucionar problemas que a afetam.

Enquanto defensor do regime democrático<sup>72</sup>, o Ministério Público também atua extrajudicialmente, e no exercício do seu múnus pode - e deve - buscar a deliberação dialogada, que atenda ao interesse dos beneficiários da política pública em questão.

Nesse sentido se manifestou Hamilton Alonso Jr., ao reavaliar as estratégias de atuação do Ministério Público na implementação dos direitos fundamentais, órgão considerado o operador do direito mais instrumentalizado para realizar a implementação dos direitos essenciais da coletividade. Para o autor, essa instrumentalização decorre da Lei 7.347/1985 (BRASIL, 1985), eficaz instrumento para a solução de conflitos e para a concretização de direitos difusos e coletivos, notadamente mediante a via do inquérito civil nela previsto (ALONSO JR., 2006, p. 174-175).

Essa atuação extrajudicial do *Parquet*, por meio do inquérito civil e do compromisso de ajuste, dentre outros, “pode conferir maior agilidade para a efetividade das políticas públicas que se relacionam com vários vetores”, eis que os procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público, como é o caso do inquérito, “permitem a negociação com a Administração ou com os entes privados responsáveis pela implementação de políticas públicas”. Cuida-se de espaço de negociação importante, uma vez que nele “poderão ser contempladas as grandes questões atinentes à implementação de políticas públicas”, como as demandas sociais, a fixação de prazos e as adequações orçamentárias (FRISCHEISEN, 2000, p. 131-134).

Não deve o órgão ministerial tomar o inquérito civil apenas como um instrumento de coleta de provas, preparatório da propositura da ação civil pública dada como certa. Impõe-se nele entrever um instrumento de aperfeiçoamento da

---

<sup>72</sup> Tal como disposto no art. 127 da Constituição Federal: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

democracia participativo-deliberativa na tomada de decisões sobre políticas públicas, tornando-se um espaço verdadeiramente público e aberto à argumentação.

Do inquérito civil poderá resultar o compromisso de ajuste ou “compromisso de ajustamento de conduta” (termo de ajustamento de conduta - TAC), definido pela doutrina como um ato jurídico formalizado por instrumento escrito, “pelo qual a Administração e/ou ente privado se compromete a cessar a conduta legal ou inconstitucional (comissiva ou omissiva) no prazo e condições negociadas” (FRISCHEISEN, 2000, p. 137).

Ainda acerca da viabilidade e efetividade da solução negociada, Hamilton Alonso Jr. diz que o ajustamento de conduta se insere da ideia de “reavaliação das estratégias de atuação na implementação de direitos fundamentais”, sendo que suas características revelam-no mais efetivo que a sentença, notadamente quando versa sobre direitos difusos, cuja conflituosidade “poderá ser melhor contornada pelo consenso obtido do que pela imposição judicial, legitimando a decisão e facilitando a execução do título auferido” (ALONSO JR., 2006, p. 178-179).

Nessa quadra, calha reportar-se a dois *casos concretos* nos quais os expedientes do inquérito civil e do termo de ajustamento de conduta, no âmbito do Ministério Público, resultaram suficientemente adequados para a tutela de direitos econômicos e sociais.

O primeiro concerne ao *controle externo da execução da política pública de desestatização da prestação do serviço público de transporte ferroviário*. Em síntese, diante da desativação do trecho férreo entre os municípios de Presidente Prudente e Presidente Epitácio, no interior do Estado de São Paulo, coube ao Ministério Público Federal (MPF), provocado pelo Sindicato dos Trabalhadores em empresas Ferroviárias da Zona Sorocabana<sup>73</sup>, a instauração de inquérito civil. Obtidas as informações necessárias, expediu-se recomendação à concessionária, que ficou inerte. Diante disso, o MPF voltou-se à União (Secretaria de Transportes Terrestres e Diretoria da Agência Nacional de Transportes Terrestres ANTT), recomendando-a fossem adotadas as medidas necessárias ao restabelecimento do serviço. Provocada pelo órgão da União, a concessionária mobilizou-se no sentido da reativação do trecho, o que, todavia, não se efetivou. Passados três anos desde a

---

<sup>73</sup> O Procurador da República oficiante, Luís Roberto Gomes, destacou a intensa mobilização popular, da sociedade civil, de empresas e empresários, de políticos e da imprensa, e de moções de repúdio em diversas Câmaras de Vereadores, em face desativação do trecho.

primeira investida do Parquet, restou celebrado o *termo de ajustamento de conduta* entre o MPF, a ANTT e a concessionária, comprometendo-se esta em recuperar os trilhos e a infraestrutura e retomar a operação comercial do trecho.

Invocando a inviabilidade econômica de operação do trecho aludido, por insuficiência de demanda (o custo do transporte ferroviário seria superior ao frete rodoviário), a concessionária descumpriu o TAC, restando ajuizada a competente ação de execução<sup>74</sup> para cumprimento do ajuste e pagamento do valor referente à multa que incidiu por dia de inadimplemento (R\$ 30,5 milhões). No bojo da ação judicial foi celebrado novo acordo (um ano depois), sendo ratificados os termos do compromisso de ajustamento anteriormente celebrado e reduzido significativamente o valor da dívida (multa diária), bem como estabelecido que o pagamento dar-se-ia em benefício de investimento de relevância social na região de Presidente Prudente (construção do Hospital Regional do Câncer).

Destacam-se desse caso as seguintes informações: - mobilização da sociedade civil em geral, dos diretamente afetados pela inexistência/ineficiência do serviço público (empresas, empresários e trabalhadores ferroviários) e dos representantes do povo; - a não judicialização da questão (reativação do trecho e sua viabilidade), no que diz respeito à *crise de certeza*; - a utilização produtiva do inquérito civil e do compromisso de ajustamento; a destinação ótima - social e à sociedade lesada - dos valores devidos a título de multa diária, diferentemente do que seria (ou poderia ser) determinado em sentença, em favor do Fundo de Interesses Difusos.

O segundo caso diz respeito ao *serviço de saúde mental*, mais especificamente a política pública de *desinternação* dos pacientes, de sua retirada de instituições asilares, hospitalares, dos manicômios, tal como delineado na Lei n. 10.216/2001 (Lei de Reforma Psiquiátrica). Dentre os objetivos da lei constam a reinserção da pessoa acometida de transtorno mental na sociedade e no mercado de trabalho, e a internação hospitalar somente quando outras medidas resultarem insuficientes. Esta lei restou regulamentada, no âmbito do SUS, dez anos depois, pela Portaria n. 3.088/2011, do Ministério da Saúde. Coerente com a reforma preconizada, o ato estabeleceu “equipamentos” da Rede de Atenção Psicossocial (RAP), dentre os quais os Centros de Atenção Psicossocial (CAP), concebidos em

---

<sup>74</sup> Autos de processo de n. 0002585-51.2010.403.6112, da 1ª Vara Federal da 12ª Subseção Judiciária da Justiça Federal – Presidente Prudente.

modalidades (de atendimento) distintas e cujo atendimento segue critérios próprios, como a gravidade da doença, sua gênese (dependência química ou não) e a faixa etária do paciente.

Por omissão do Estado e diante da inexecução da política pública deliberada, recorreu-se ao compromisso de ajustamento de conduta, instrumento do qual participaram os Ministérios Públicos Estadual e Federal, a União, o Estado de São Paulo e os municípios de Sorocaba, Salto de Pirapora e Piedade. Em linhas gerais, o ajuste estabelece: - a instalação de uma comissão tripartite, composta por pessoas indicadas pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias Estadual e Municipal de Saúde, com atribuição para apresentar o plano de ação para a desinstitucionalização e adequação da rede de atenção psicossocial, avaliar a cada seis meses as condições de assistência; - definição de responsabilidades, inclusive a financeira, pelo fornecimento de medicamentos, produtos e procedimentos terapêuticos, conforme dispõem as Portarias relativas à Política de Assistência Farmacêutica e o artigo 19-U da Lei 8.080/1990; - a fixação dos critérios para desinternação dos pacientes; - a vedação às novas internações a partir da execução do plano de ação; - a fixação da duração do plano de ação em três anos, admitida a prorrogação por mais um ano; - a composição mínima das equipes de atendimento.

Como se observa, a solução pautou-se na realidade e sem levar ao desatendimento. Considerando-se as limitações estatais, estabeleceram-se, por negociação, prazos, metas e responsabilidades, observando-se as atribuições de cada ente estatal no SUS. E, mais importante, sem judicializar a política pública.

Afora a atuação extrajudicial do Ministério Público e da própria Justiça mediadora<sup>75</sup>, há que se ponderar a respeito da Advocacia Pública<sup>76</sup>, igualmente essencial à distribuição da justiça e que com aqueles outros órgãos interage.

---

<sup>75</sup> Alternativa à resposta do processo judicial, fala-se na figura do Tribunal Multiportas, Fórum de Múltiplas Portas (Multidoor Courthouse), uma organização judiciária composta de um centro de resoluções de disputas alternativa à resolução judicial convencional (André Gomma Azevedo e Cyntia Cristina de Carvalho apud MANCUSO, 2009, p. 305-306).

<sup>76</sup> A Constituição Federal dispôs especificamente sobre a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal: Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (BRASIL, 1988).

Tradicionalmente recrutados para a atividade contenciosa (defensiva ou executivo-fazendária) e consultiva interna, aos órgãos da advocacia pública cumpre assegurar autonomia para experiências conciliatórias e mediadoras resolutivas de controvérsias a respeito da implementação e execução das políticas públicas.

Tendo por base a Advocacia-Geral da União, infere-se que são restritas as possibilidades de negociação e conciliação conferidas aos Advogados Públicos, resumindo-se na atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) e nalgumas autorizações pontuais, como a celebração de acordos para a recuperação de créditos e pagamento de débitos exigidos judicialmente e referentes a matérias sedimentadas nas Cortes Superiores; nestes casos após edição de súmula administrativa ou Instrução Normativa a cargo do Advogado-Geral da União, conforme exigido na Lei Complementar n. 73/1993 (BRASIL, 1993)

A atuação da CCAF, instituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, inicialmente limitada à solução administrativa de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, teve ampliada a sua atribuição, passando a admitir a participação conciliatória dos Estados e dos Municípios. Registra-se que atualmente a competência da CCAF está prevista no art. 18, do Anexo I, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 (BRASIL, 2010).

Há que expandir-se, material, funcional e territorial ou organicamente, a atuação da CCAF, permitindo-se que também as Procuradorias da União, órgãos do contencioso da Advocacia-Geral da União, inclusive as interiorizadas nos rincões brasileiros, conciliem ordinariamente e sobre matérias e interesses que versem sobre a execução de políticas públicas (não se limitando aos conflitos entre a União e Estados ou Municípios); é bom que se registre isso, com a participação do órgão vinculado ao Ministério respectivo, Secretarias e Superintendências, por exemplo.

### **3.3.2 Coletivização da ação individual**

Em termos de políticas públicas, muitas questões levadas ao Judiciário pela via da ação individual são, na verdade, coletivas. E para que se atenda à universalidade, à isonomia, mister que a deliberação contemple a todos os administrados diretamente interessados e não somente o jurisdicionado ativo.

Sugere-se, pois, a possibilidade de *coletivização da ação individual* ajuizada. Uma espécie de incidente processual com a finalidade de se aquilatar a necessidade e a possibilidade de expansão da solução judicial, e seus efeitos, inclusive orçamentários. Para a deliberação seriam chamados o Ministério Público e o Estado, sem excluir outros legitimamente interessados.

Demandas individuais sobre direitos sociais, como visto, levam a uma forma de “preferência”. Alguns recorrem ao Judiciário, que, acolhendo a pretensão (alocação de recursos), nega (indireta ou reflexamente) o mesmo direito a outros tantos, ou inviabiliza o acesso a outros benefícios (desalocação de recursos).

Segundo a doutrina, no sistema processual brasileiro, em que os direitos sociais podem ser assegurados judicialmente por ações individuais ou coletivas, o Judiciário tem-se revelado “muito mais generoso nas ações individuais do que nas coletivas, o que gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema”. Se o julgamento da ação coletiva “força uma análise de ‘macrojustiça’, que envolve a legitimidade do atendimento de determinados pleitos num quadro de escassez de recursos”, dá-se preferência ao processo coletivo, no bojo do qual o juiz, diante da repercussão da decisão - especialmente a financeira -, estará mais atento à processualidade e ao planejamento das políticas públicas, conduzindo ao debate técnico especializado em torno da pretensão deduzida e às soluções negociadas. (SARMENTO, 2008, p. 583-584) Em outras palavras, a discussão coletiva impõe o exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, tornando possível ter-se uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade (BARCELLOS, 2008, p. 816-818).

Diga-se, ainda, que o processo coletivo, ou a coletivização do processo individual, pode propiciar a utilização de mecanismo similar à “técnica do reenvio” defendida por Roberto Gargarella (no trato do controle de constitucionalidade). Além de se tratar de ferramenta que fortalece o diálogo institucional, devolver-se-ia ao Poder competente (para a execução ou correção da política pública) a possibilidade de fazê-lo.

A coletivização aqui sugerida está contemplada no projeto de lei do Novo Código de Processo Civil<sup>77</sup> (BRASIL, 2010), mais especificamente no artigo 334 e

---

<sup>77</sup> Projeto de lei n. 8046/2010, aprovado na Câmara e devolvido ao Senado Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>. Acesso em 10 jun. 2014.

seus parágrafos, onde é tratada sob a terminologia “conversão da ação individual em coletiva”. Segundo a proposta em tramite no Congresso Nacional, a conversão requer que o pedido tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único, incisos I e II), cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; ou tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico a todos os membros do grupo.

Tais prescrições possibilitam o enquadramento de direitos sociais, implementados por meio de políticas públicas, revelando-se, em regra, um mecanismo apropriado para escolhas corretas, ou constitucionalmente adequadas, desde que observadas as pautas estabelecidas na Constituição.

### **3.3.3 Audiência Pública**

A defesa de práticas decisórias verdadeiramente democráticas, no âmbito das políticas públicas, não abdica da figura da audiência pública, eis que se trata de instrumento de promoção do diálogo dos órgãos públicos com os atores sociais, com a finalidade de solucionar problemas, colher informações e provas, e principalmente conhecer os *inputs* (demandas) originários do meio ambiente.

A audiência pública pode ser considerada uma modalidade semidireta de participação política e administrativa, pois, não impondo o abandono do modelo representativo (necessário, como já visto), a ele agrega um meio de recolher manifestações de pessoas e entidades interessadas nas decisões a serem tomadas, em busca de responsividade e eficiência (pela legitimidade). Enquanto forma de participação política, se a concebe como método para alcançar o máximo de legitimidade na ação estatal – a política pública (MOREIRA NETO, 1992, p. 36 e 50-51).

Hugo Nigro Mazzilli a considera um mecanismo típico de democracias participativas, por meio do qual “os governados são tirados da letargia e levados a tomar responsabilidades e que ajuda a compatibilizar posições adversas e gerar o melhor conhecimento recíproco entre os distintos setores da sociedade” (MAZZILLI,

1999, p. 326). É, ainda, um procedimento de consulta à sociedade, ou a grupos sociais interessados em determinado problema ou projeto a respeito de seus interesses específicos (MILLARÉ, 2000, p. 650).

Infere-se que a audiência pública é um espaço de discussão e argumentação, um instrumento de participação político-administrativa aberta e acessível aos indivíduos interessados na decisão estatal e um filtro político, que, além de conferir legitimidade à escolha/decisão, traz maior responsividade ao Poder Público e maior aceitabilidade junto à sociedade. Situa-se, assim, dentre os institutos considerados, aperfeiçoamento da democracia, que, na contemporaneidade, deixa de ser meramente representativa e majoritária e reclama a abertura à participação efetiva da sociedade.

A realização de audiência pública tem assento na Constituição Federal, que, compatível com a fundação de um Estado Democrático, concebe a participação popular na gestão da coisa pública em diversos dispositivos: artigos 10; 37, §3º; 58, §2º, inciso II; 187; 194; 198, inciso III; 204, inciso II; 206, inciso VI; e 216, §1º (BRASIL, 1988). No plano infraconstitucional, preveem a utilização de audiências públicas, dentre outros, os seguintes diplomas legais: Lei 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (BRASIL, 1993); Lei 8.987/1995 - Lei Geral das Concessões (BRASIL, 1995); Lei 9.427/1996 - institui a Agência Nacional de Energia Elétrica e disciplina o regime das concessões de serviços públicos (BRASIL, 1996); Lei 9.784/1999 - estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta (BRASIL, 1999a); Lei n. 10.257/2001 - Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001); Lei Complementar 101/2000 (BRASIL, 2000). Antes dessas, já era prevista na Resolução n. 001/1986 (art. 11, §2º) do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (BRASIL, 1986).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal<sup>78</sup>, a utilização de audiências públicas vem contemplada nas Leis n. 9.868/1999 (BRASIL, 1999b) e n. 9.882/1999 (BRASIL, 1999c), que dispõem sobre o controle concentrado de constitucionalidade.

Da prática das audiências públicas denotam-se finalidades distintas, variando de acordo com o órgão que as convoca e promove. Aquelas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, por exemplo, buscam informações especializadas sobre

---

<sup>78</sup> A primeira audiência pública realizada pelo STF foi convocada pelo Min. Ayres Britto, Rel. da ADI 3510, que impugnava dispositivos da Lei de Biossegurança (11.105/05), e ocorreu em 20/4/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublicaPrincipal.asp>. Acesso em: 18 jun. 2014.

matérias inerentes ao objeto do processo, enquanto que as convocadas por órgãos da Administração Pública, como é o caso das agências reguladoras, funcionam (ou devem funcionar) como mecanismo de *accountability* das atividades e de participação pública no processo decisório (MATTOS, 2002, p.183).

Tome-se como exemplo a Agência Nacional de Energia Elétrica, cuja finalidade da audiência pública está descrita no Decreto n. 2.335/1997<sup>79</sup> (BRASIL, 1997).

Abstratamente considerados, tais instrumentos de transparência e publicização da gestão pública, e de participação popular, parecem cumprir essas funções. A realidade, porém, é outra.

Ainda tendo por parâmetro a Administração Pública, é possível notar um *défice democrático*.

Em pesquisa no sítio de domínio da ANEEL na internet<sup>80</sup>, constatou-se que a agência, de 2008 a 2012, utilizou-se de 124 consultas e 452 audiências públicas, totalizando 576 eventos - média de 115/ano; número considerável. Setenta por cento das audiências públicas ocorreram sob a modalidade de intercâmbio documental, e apenas trinta por cento “ao vivo”. Destas, a grande maioria ocorreu em Brasília/DF ou nalgumas capitais estaduais, sendo raríssimas as realizadas em cidades do interior. Consultados, ainda, “resultados” e “mais detalhes” das audiências realizadas “ao vivo”, especificamente as listas dos presentes aos eventos, inferiu-se que nelas comparecem assiduamente apenas os representantes das concessionárias do setor energético, enquanto a presença de usuários/consumidores, órgãos de proteção ou associações que os representem é esporádica e insignificante.

Observa-se um desestímulo à efetiva participação dos cidadãos, consubstanciado na apurada tecnicidade dos termos usados desde os anúncios de

---

<sup>79</sup> Art. 21. O processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da Agência ou de anteprojeto de lei proposto pela ANEEL, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ANEEL;

II - propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto da audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ANEEL.

Parágrafo único. No caso de anteprojeto de lei, a audiência pública ocorrerá após prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República.

<sup>80</sup> Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=13&idPerfil=2>. Acesso em: 22 jul. 2013.

convocação e em virtude do meio de efetivação desta: publicação do Diário Oficial da União e posterior divulgação do conteúdo no site da ANEEL.

Reconhece-se a dificuldade que as dimensões continentais do país imprimem à Administração Pública para interiorizar a concretização das consultas à população, bem como o entrave que isso acarretaria à celeridade e eficácia das decisões, bem como à eficiência. Porém, e conquanto elogiável a prática de realizar audiências públicas quando a pauta concerne à revisão tarifária, há que se reconhecer que esse instrumento, *in concreto*, não tem atendido à exigência jurídica de possibilitar à sociedade, aos usuários precipuamente, a participação na administração pública indireta. E com isso a norma constitucional segue inobservada. Circunstância que deve ser reconhecida também em relação ao Poder Central, cujas decisões e diretrizes dirigidas à ANEEL não encontram legitimidade da democracia participativa.

Outra não foi a conclusão a que chegou Paulo Todescan Lessa Mattos, em pesquisa empírica sobre a efetividade dos mecanismos de participação pública nas consultas públicas da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, entre os anos de 1997 e 2000. A participação concentra-se essencialmente nos grupos representantes do segmento específico das telecomunicações, devendo-se ressaltar a pequena participação de órgãos governamentais e a ausência de participação de partidos políticos e de associações ou órgãos de tutela ao consumidor, como, por exemplo, os Procons (MATTOS, 2002, p. 227).

A quantidade de eventos realizados não permite concluir a ocorrência de efetiva consulta à sociedade e da sua participação no processo decisório. A crítica é qualitativa e não quantitativa. Diz respeito ao modo de convocação e de realização das consultas públicas.

Entende-se que para atender à finalidade de propiciar a participação da sociedade nas decisões sobre políticas públicas, necessita-se de abertura e oportunidade efetivas, sem prejuízo da obrigatoriedade de convocação ou comunicação, ao menos, aos Ministérios Públicos, aos órgãos de proteção e defesa dos consumidores e aos Conselhos Regionais e Federais de Profissões regulamentadas, observada neste caso a pertinência temática.

## CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a alcançar dois objetivos específicos bem delineados: o principal, que definiu a pesquisa desde o projeto inicial, investigar a questionada legitimidade democrática do Poder Judiciário na quadra do controle judicial das políticas públicas; o outro, mais ousado, embora não desenvolvido com outra pretensão que não a análise crítica-reflexiva, demonstrar a subsistência de consenso na relação tensa entre constitucionalismo e democracia, inclusive com o apontamento de medidas alternativas à *desjudicialização* das políticas públicas, que, simultaneamente, prestem-se à democratização da intervenção judicial, quando inevitável.

Do estudo sobre a democracia, constatou-se que crises democráticas sempre existiram e continuarão a existir, exasperando-se nalguns momentos da história. Afinal, democracia é algo que se desenvolve constantemente num processo inacabado, em curso.

A democracia dos modernos, como se viu, não compreende a complexidade das sociedades contemporâneas, fazendo-se necessário restabelecer a relação Estado-sociedade, reaproximando-os, já que separados desde o liberalismo. O modelo representativo, assentado na desconfiança das escolhas pelo povo, conquanto defeituoso e concretizado por meio dos partidos políticos, cuja essência original de *natural representação* perdeu-se (e perde-se) na *economização da política*, não deve ser afastado, pois necessário à prática democrática em países com dimensão continental. Exige-se, entretanto, seu aperfeiçoamento, o que se dá adotando-se vias e instrumentos democráticos voltados à abertura da participação popular nas escolhas, bem como de tutela do interesse das minorias.

Em sociedades policráticas, devem ser afastadas decisões individuais, monolíticas, ou grupais, aristocráticas, bem como rejeitado o caráter elitista da democracia, que, a despeito de informado por valores democráticos, substituiu a vontade popular.

Estando a questão democrática ligada umbilicalmente ao constitucionalismo, ao papel da Constituição e do Estado, da evolução histórica destes denota-se a tentativa de (re)construção da democracia, cuja fase atual, em curso, inaugurada na segunda metade do século passado, resgata ideais participativos. Trata-se da *democracia deliberativa*, a reclamar a transformação do povo em cidadão que

exterioriza a soberania e é titular de compromissos políticos. Segundo esse modelo, a legitimidade das decisões estatais decorre não apenas da observância da regra majoritária - que resta preservada -, mas da abertura ao amplo debate - público - argumentativo, que a ela (escolha, decisão) confere um potencial legitimador e incorpora a ideia de justificação e prestação de contas ou *responsividade* (*accountability*).

A democracia deliberativa é definida com base em duas vertentes, a substancialista e a procedimentalista, que se distinguem pela compreensão dos mundos. O procedimentalismo supõe uma situação ideal de comunicação, compreendendo o mundo da vida a partir da antecipação de um discurso ideal (verdade idealizada, padronizada, não conteudística), que, dizem os substancialistas, não contextualizada no momento da tomada de decisão. Governo sem levar em conta a realidade fática, o “mundo da vida como ela é”, não se revela democrático e não produz escolhas justas.

Os estudos teóricos acerca da democracia - procedimentalismo e substancialismo - citados neste trabalho, foram concebidos para contextos diversos do brasileiro e do latino-americano, sendo, pois, rejeitados em suas compreensões originais para informar o princípio democrático local e justificar (democraticamente) a jurisdição constitucional, inclusive em sua versão difusa da judicialização das políticas públicas. A realidade regional promove a substituição dos paradigmas tradicionais, inclinando-se para orientações substanciais, não exatamente liberal-igualitarista. Mesmo correndo-se o risco do sincretismo jusfilosófico, constroem-se teorias coerentes com as peculiaridades e dificuldades dos países periféricos.

Afinal, a liberdade, pré-condição para ao exercício da democracia, não se faz materialmente presente nas realidades periféricas da modernidade tardia. Ora, se as desigualdades (de recursos e oportunidades) são notórias e ostensivas, a sociedade não conta com indivíduos livres e em situação de (livremente) exercer suas autonomias, de fazer escolhas, daí ressentindo-se a democracia de seus principais pressupostos essenciais: igualdade e liberdade. Quanto a este aspecto, a doutrina é uníssona. Valendo-se da linguagem procedural, não se deve medir a liberdade formalmente, apenas como prerrogativa para a escolha de um projeto de vida. As desigualdades que insistem permear os mundos da vida bloqueiam a interlocução válida ou aceitável entre os partícipes.

Não há democracia sem igualdade e liberdade, para cuja consecução exige-se a prévia realização de direitos fundamentais de liberdade, negativa e positiva, o que inclui os sociais prestacionais. Sendo incontroverso que em pleno Estado Social e Democrático de Direito normas não são cumpridas, direitos sociais (estabelecidos para a construção de sociedade justa e igualitária) não são garantidos, com isso não se estabelecendo um ambiente ideal para a prática democrática participativa-deliberativa.

Não se extrai da Constituição (do constitucionalismo contemporâneo) a sua força normativa inata, mitigando-se os efeitos da constitucionalização da vida e do Direito. É baixa a constitucionalidade e limitada a concretização de direitos, o que se atribui à suposta ineficácia plena e imediata das normas definidoras de direitos sociais de cunho prestacional, argumento que, no Brasil, em regra, não se presta a justificar a inadimplência estatal, uma vez que direitos sociais negligenciados pelo Estado, como saúde e educação, já se encontram regulados por ato do legislador infraconstitucional. Subsiste, sim, a crise de satisfação desses direitos e não de certeza quanto à sua exigibilidade.

A situação desenhada em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, cuja Constituição estabelece prestações sociais, revela a insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional em detrimento do sistema constitucional em suas linhas mestras (princípio democrático, separação de poderes e direitos fundamentais).

Somando-se à inefetividade da Constituição, a crise do modelo democrático representativo, a revisitação do princípio da separação dos Poderes e do modelo positivista a partir do segundo pós-guerra, tem-se os principais fatores de expansão da jurisdição constitucional - aqui considerada numa acepção ampla sob o aspecto orgânico-funcional (seu exercício por qualquer órgão do Poder Judiciário).

No *pós-positivismo*, superada a construção liberal da separação de poderes (divisão ou rateio de funções conformada pelo axioma da sociabilidade do Estado contemporâneo), o Judiciário, corresponsável quanto aos objetivos a serem atingidos por este Estado e *desneutralizado* politicamente, *cria* o Direito, *produz* a norma no caso concreto. Em apertada síntese, uma nova forma de interpretação e aplicação do Direito, que se funda na Constituição, estatuto do qual não apenas se retira a validade do direito produzido, mas o conteúdo do próprio interesse tutelado a ser observado pelo Estado e dele exigido.

Protagoniza-se o Judiciário, primeiro no exercício da *judicial review* e depois na excessiva judicialização das políticas públicas. Nessa *sacralização do Judiciário* - a nova esperança do povo politicamente desorganizado e hipossuficiente -, ao juiz se transfere a atribuição de implementar o projeto social *preestabelecido*, dando margem a atitudes voluntaristas. É que a interpretação jurídica levada a cabo a partir das vertentes pós-positivistas abre caminho para a discricionariedade judicial.

Fala-se no ativismo judicial, que se caracteriza pelo exercício de atividade jurisdicional que ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento, em detrimento, particularmente, da função legislativa, com incursão sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

No terreno das *políticas públicas*, ou da judicialização das políticas públicas, a intervenção judicial pode-se dizer excessiva quando tem o condão de fazer escolhas ou corrigir aquelas já feitas pelos Poderes competentes e que atendem adequadamente (com universalidade, integralidade e eficiência) à finalidade pública. Se políticas públicas requerem soluções plurais e a presença do Estado - o *locus* da tomada da decisão política ou o espaço público por excelência para a argumentação e racionalização das escolhas -, exigindo também processualidade e planejamento, recusa-se ao Judiciário a legitimidade para a deliberação monolítica acerca da definição de ações e programas.

A concreção judicial das políticas públicas não se situa na esfera de *atuação primária* do juiz. Assim, não colide com o princípio democrático se subsidiária, excepcional e limitada à concreção de prestações inerentes a direitos sociais vindicáveis - por existência de obrigação imposta mediante atuação do legislador ordinário ou em decorrência do próprio texto constitucional, quando omissos os Poderes Legislativo e Executivo -, ou quando tem por finalidade a correção das políticas públicas já deliberadas na esfera apropriada e implementadas, observando-se, neste caso, as demais pautas constitucionais. Legítima-se democraticamente o controle judicial quando tem por fim assegurar o mínimo existencial atinente aos direitos sociais (implementáveis pela via das políticas públicas), que constitui condição material à garantia das pré-condições necessárias ao exercício da soberania popular: igualdade e liberdade. Nessa hipótese, a atuação do Judiciário para garantir os direitos fundamentais tutela a própria democracia, na medida da salvaguarda das condições minimamente razoáveis para a preservação da autonomia e a participação cívica.

Porém, rejeitando-se escolhas pessoais e decisões discricionárias, que, escudadas no subjetivismo do intérprete, negam aplicabilidade a outras pautas constitucionais, como a igualdade-universalização e a salvaguarda do núcleo essencial do direito fundamental vindicado (a satisfação do mínimo existencial). A contenção da judicialização evita a politização excessiva do Judiciário, protegendo-o da exposição à crítica (política) e de formas de controle externo cada vez mais interventivas, já que não sujeito à responsividade, à *accountability* inerente aos órgãos políticos.

O modelo democrático brasileiro - democracia de consenso - não abstrai o controle judicial referido, que, no entanto, deve ser exercido com base na Constituição em todos os seus termos. Acredita-se que o caminho para a racionalização da atuação judicial passa pela democracia deliberativa, sem abstrair a realidade social, econômica e política brasileira, mundo da vida que, conclui-se, não autoriza a substituição, pura e simples, do controle judicial das políticas públicas pela “desjudicialização”.

Mas, mesmo admitindo-se a legitimidade democrática da intervenção judicial nessa seara, conforme mencionado acima e condicionada às demais pautas constitucionais, não se olvide que a atuação deverá ater-se, cumulativamente, à reserva do financeiramente possível, parâmetro de decisão e não impedimento à judicialização, e à universalização e integralidade (eficiência, suficiência e adequação) das políticas públicas deliberadas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo.

Inconveniente a solução judicial, inclusive sob o viés técnico, há, na atualidade, uma tendência à “desjudicialização”, iniciativa acorde com o pluralismo e a democracia participativa-deliberativa.

Por isso invocamos, dentre as instituições do sistema judiciário, a preferência à atuação extrajudicial do Ministério Público e da Advocacia Pública. O primeiro conformando o inquérito civil e o compromisso de ajuste como espaços - processuais - para a deliberação sobre políticas públicas, possibilitando escolhas democráticas eficientes, igualitárias (universais) e integrais, e que possam ser executadas com planejamento e atendendo à capacidade do ente estatal prestador. A segunda, antecipando-se à litigiosidade ou buscando elidi-la mediante atuação mediadora e/ou conciliatória que contemple a concretização/concreção da política pública, o que pressupõe o reconhecimento de autonomia ao Advogado Público para

tal desiderato e a expansão - material e territorial – de instrumentos como a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, instalada no âmbito da Advocacia-Geral da União.

De seu turno, a proposta da *coletivização da ação individual* (ou, como consta do projeto-de-lei do novo Código de Processo Civil, “conversão da ação individual em coletiva”), tem por finalidades conferir tratamento igualitário aos indivíduos sujeitos a uma determinada ação ou programa, e permitir ao julgador (além da mediação do conflito) levar em consideração a processualidade e o planejamento inerentes à escolha das políticas públicas, a partir da análise macroscópica do problema suscitado diante de um cenário incontroverso de escassez de recursos.

Quanto às audiências públicas a crítica é qualitativa. Contemplada no ordenamento jurídico brasileiro, configura um importante instrumento típico dos modelos democráticos participativos e tem sido utilizada com certa regularidade no âmbito do Poder Executivo. Conforme foi exposto, suscita-se a necessidade de alteração de sua convocação - v.g., a expedição de convite a entidades representativas dos administrados e ao Ministério Público -, e realização buscando alcançar o maior número possível de pessoas afetadas pela política pública sob consulta. Mais do que isso, é medida democraticamente elogiável o seu emprego no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, não somente como fonte de informações técnicas, mas como fomento ao debate público, possibilitando soluções negociadas e funcionando como mecanismo de *accountability*.

Esperamos ter contribuído para um consenso a respeito do controle judicial das políticas públicas, quanto à sua *legitimidade democrática restrita* e aos limites à construção das decisões ou escolhas. Os parâmetros apresentados, reitera-se, prestam-se a evitar a *discricionariedade* e, constitucionalizando plenamente a atuação da jurisdição, vinculá-la às demais pautas constitucionais. *Desjudicializar* é desejável, uma tendência. Porém, enquanto a realidade sociopolítica e socioeconômica brasileira alimenta a judicialização, que o exercício da jurisdição seja democratizado e produza soluções igualitárias e eficientes.

## REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. Limites éticos do poder constituinte originário e da concretização da Constituição pelo Judiciário. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 391-406.
- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. Derecho y razón práctica. Tradução de Manuel Atienza. Wistano Orozco: Fontamara, 1993.
- ALONSO JR. Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ALONSO, Ricardo Pinha. Os direitos fundamentais sociais e o controle judicial das políticas públicas. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ALVES, Fernando de Brito. Constituição e participação popular... Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e política no Brasil. São Paulo: EDUC, Editora Sumaré, FAPESP, 2002.
- ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. Direito, justiça social e neoliberalismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; REZENDE, Mônica de. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In: MATTOS, Ruben Araujo; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. (Org). Caminhos para análise das políticas de saúde. 2011. p.138-172. Disponível em: <http://www.ims.uerj.br/ccaps/wp-content/uploads/2011/10/LivroCompleto-versao-online.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2013.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

\_\_\_\_\_. O direito a prestações de saúde... In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 17 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/shared/download/casos-direito-falta-efetividade-judicializacao-excessiva.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2009.

Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>  
Acesso em: 10 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional contemporâneo... 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso. Curso de direito constitucional. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. Trad. WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. (Coord.). Democracia deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e teoria da Constituição na periferia do capitalismo: breves indagações críticas. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 263-290.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere/asp>> Acesso em: 22 mar. 2011.

BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Tradução Alfredo Fait, 4. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. O futuro da democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. rev. e amp. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. Do estado liberal ao estado social. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Uma democracia federal: novos lugares para uma política democrática. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. (Org.). Diálogos constitucionais Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 181-209.

\_\_\_\_\_. Crise do Estado e democracia: onde está o povo? In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 113-129.

\_\_\_\_\_. ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. In: AGRA, Walber de Moura. (Coord.). Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 81-109.

BORBA, Julian. Ciência política. Florianópolis: SEaD/UFSC, 2006.

BOTELHO, Marcos César. A corte constitucional como espaço público por excelência: considerações em Habermas e Häberle. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/view/737/529>> Acesso em: 07 ab. 2014.

\_\_\_\_\_. A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. Constitucionalismo democrático versus minimalismo judicial. In: Direito, Estado e Sociedade: Revista da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n.38, p. 154-180, jan.-jun., 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resoluções CONAMA. Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio Ambiente. Brasília, DF: CONAMA, 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>> Acesso em: 18 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1990.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Brasília, DF: Poder Legislativo, 1993.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625, 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1993.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987, 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1995.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.427, 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF: Senado, 1996.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 2.335, de 06 de outubro de 1997. Constitui a Agência Nacional de energia Elétrica. Brasília, DF: Poder Executivo, 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal. Brasília, DF: Senado, 1999a.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF: Senado, 1999b.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Brasília, DF: Senado, 1999c.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília, DF: Senado, 2000.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Estatuto das Cidades. Brasília, DF: Senado, 2001.

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001. Brasília, DF: Poder Executivo, 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Brasília, DF: Poder Executivo, 2010.

\_\_\_\_\_. Senado. Projeto de lei nº 8046, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre o novo Código de Processo Civil. Disponível em:  
<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>> Acesso em: 10 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência farmacêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF: Senado, 2011.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Proposta de emenda constitucional nº 33, de 25 de maio de 2011. Disponível em:  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D4E487E45222D6E465A7F097DD42351E.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=P+EC+33/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D4E487E45222D6E465A7F097DD42351E.proposicoesWeb2?codteor=876817&filename=P+EC+33/2011)> Acesso em: 30 jul. 2013

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889-AL. Relator. Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, DF, 14 de agosto de 2002. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101540593&dt\\_publicacao=07/04/2003](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200101540593&dt_publicacao=07/04/2003)> Acesso em: 14 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 8895/DF. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 07 de fevereiro de 2003. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300142650&dt\\_publicacao=07/06/2004](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300142650&dt_publicacao=07/06/2004). Acesso em 14 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=45&processo=45>> Acesso em: 14 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada nº 175/Ceará. Relator: Ministro-Presidente. Brasília, DF, 17 mar. 2010.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>

Acesso em: 14 mar. 2012.

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

\_\_\_\_\_. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006a.

\_\_\_\_\_. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006b, p. 1-50.

\_\_\_\_\_. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e democracia. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 2. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003a.

\_\_\_\_\_. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: renovar, 2003b, p. 33-41.

CÁRCOVA, Carlos María. A opacidade do direito. Tradução de Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional: teoria do estado e da constituição – direito constitucional positivo. 14. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CERQUEIRA, Marcello. Recado do tempo: democracia e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica... Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 31-46.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 137, p. 157-164, jan./mar., 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 138, p. 39-49, abr./jun., 1998.

\_\_\_\_\_. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. São Paulo: Saraiva, 2001

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. Políticas públicas: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DRUMMOND, José Paulo; SILVA, Eliezer; COUTINHO, Mário. Medicina baseada em evidências. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2002.

Dossel, Enrique. Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão. Tradução de George I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. J. Vasc. Bras. 2007, v. 6, nº 1. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>> Acesso em: 23 fev. 2012.

ELY, John Hart. Democracia y desconfianza. Tradução de Magdalena Holguín. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

FARIA, José Eduardo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Direito e democracia. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, prefácio, p. 09-12.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? Revista USP. São Paulo: Universidade de São Paulo. n. 21, p. 12-21, 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GADAMER, Hans Georg. Verdade e método... Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. São Paulo: Editora Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. La justicia frente ao gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.

GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade de Direito do Norte Pioneiro. n. 2 - Jacarezinho, 2002, p. 11-31. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86>> Acesso em: 10 ab. 2014

GODOY, Miguel Gualano de. Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luís Roberto. O ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GONÇALVES, Leonardo Augusto, 2009. O Ministério Público na tutela dos direitos sociais: atuação no âmbito das políticas públicas. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI - UENP / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009, p. 183-216.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

\_\_\_\_\_. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. XIII-XXXI.

\_\_\_\_\_. Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução de Bruno Oliveira Maciel. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, n. 1, p. 17-78, jan./mar., 2007.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional... Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

\_\_\_\_\_. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

- \_\_\_\_\_. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. 20. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- LAZARI, Rafael José Nadim de. Ativismo judicial e acesso à justiça: uma faca de dois gumes. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. 1. ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2012, p. 355-372.
- LIJPHART, Arendt. Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.
- MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. Curso de processo civil. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências Reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182-230.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In: Novos Estudos CEBRAP, n. 58, novembro/2000, p. 183-202. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>> Acesso em: 10 ab. 2014.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O Inquérito Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MÉDICI, André Cezar. Judicialização, integralidade e financiamento da saúde. São Paulo: Revista Diagnóstico e Tratamento, v. 15 (2), p. 81-87, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

- MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da participação política... Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- MOUFFE, Chantal. El retorno de lo político... Tradução de Marco Aurelio Galmarini. Barcelona: Paidós, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo? A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- \_\_\_\_\_. Entrevista com Friedrich Müller. In: Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 17-33.
- \_\_\_\_\_. Métodos de trabalho de direito constitucional. 3. ed. rev. e amp. Tradução de Peter Neumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- \_\_\_\_\_. Entre Têmis e Leviatã: Uma relação difícil... São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Tradução de Roberto P. Saba. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.
- \_\_\_\_\_. Ética y derechos humanos: um ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: editorial Astrea, 1989.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- PADILHA, Norma Sueli. Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- PEPE, VLE. et al. a judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. São Paulo: Revista Ciência & Saúde Coletiva, v. 15 (5), p. 2405-2414, 2010.
- PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional... Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança dos direitos. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). Constituição e segurança jurídica... Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 47-83.
- RABOTNIKOF, Nora. El espacio público y la democracia moderna. 1. ed. México: Instituto Federal Electoral, 1997.
- RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando Brito. (Org.). Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade... 1. ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2011.

- SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267-324.
- \_\_\_\_\_. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 553-586.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leire. Democratização pelo “mass media”? O direito de ser informado e os limites fáticos à sua plena eficácia. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. (Org.). Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 57-82.
- SEGATTO, Antônio Carlos; ABATE, Leandro de Paula Assunção. O sistema representativo presidencial brasileiro e a sua fragilidade democrática: conflitos e sugestões. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI - UENP / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009, p. 153-178. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/149>> Acesso em: 10 ab. 2014.
- SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Dominelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 32. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n. 1 – Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 607-630. Disponível em: <[http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios\\_e\\_regras.pdf](http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf)> Acesso em: 03 mar. 2011.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. In Sociologias. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2008, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/ n16/a03n16.pdf>> Acesso em: 28 fev. 2013.
- SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Processo e acesso à justiça. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas

dimensões social, política e econômica. 1ª ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2012, p. 229-248.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Teoria constitucional e democracia deliberativa... Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (Org.). Canotilho e a Constituição dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79-85.

\_\_\_\_\_. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.

\_\_\_\_\_. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. (Org.). Diálogos constitucionais Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 181-209.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. Revista de Processo, São Paulo, v. 193, p. 13-16, mar., 2011. Disponível em:  
<<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document/retrieval?&>>  
Acesso em: 27 fev. 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 9. ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. A crucificação e a democracia. Tradução de Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

**BIBLIOGRAFIA**

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>> Acesso em: 27 jun. 2013.
- BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial das políticas públicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- HORTA, Raul Machado. Constituição e ordem econômica e financeira. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 111, p. 05-20, jul./set. 1991.
- ILKIU, Ivan Moizés; SILVA, Marcelo Rodrigues; COSTA, Ilton Garcia da. Terceiro setor: solução para um estado engessado? In: COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. (Org.) Terceiro setor, Ongs. – Questões críticas. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 9-29.
- MENDES, Geisla Aparecida Van Haandel; MENDES, Ubirajara Carlos. Configuração democrática participativa. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 17 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2012, p. 143-162. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/237>> Acesso em: 14 ab. 2014.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Mayna Marchiori de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A política pública conciliatória como meio de acesso à ordem jurídica justa em prol da adequada pacificação social. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 17 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2012, p. 205-228. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/240>> Acesso em: 14 ab. 2014
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). Regulação e desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-63.
- STAMATO, Bianca. Jurisdição constitucional. In: VIEIRA, José Ribas; PEIXINHO, Manoel Messias. (Coord.). Coleção Direito, Política e Democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- VASCONCELOS, João Paulo A. Fornecimento de medicamento e medicina baseada em evidências: assistência integral, eficiência e reserva do possível... In: CONPEDI/UFF (Org.). ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. et al. (Coord.). Direitos sociais e políticas públicas II. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5553cfaf751a4b14>> Acesso em: 27 jun. 2013.