CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Campus de Jacarezinho

NATACHA FERREIRA NAGAO PIRES

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO: O ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

JACAREZINHO
2013

NATACHA FERREIRA NAGAO PIRES

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO: O ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito.

Orientador: Professor Doutor Valter Foleto Santin.

JACAREZINHO
2013

NATACHA FERREIRA NAGAO PIRES

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO: O ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na Área de Concentração "Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão", Linha de Pesquisa "Função Política do Direito".

Banca Examinadora:

_____
Presidente: Professor Doutor Valter Foleto Santin (UENP).

_____
Membro:

_____
Membro:

_____
Coordenador do Programa: Professor Doutor Vladimir Brega Filho.

Jacarezinho, 20 de dezembro de 2013.

DEDICO ESTA DISSERTAÇÃO

AOS MEUS PAIS MASSARU E CÉLIA QUE, COM SEU AMOR, ME ENSINARAM NÃO SÓ AQUILO QUE EU NÃO PODERIA ENCONTRAR NOS LIVROS, MAS TAMBÉM QUE O CONHECIMENTO DELES OBTIDO NOS PERMITE TRAÇAR NOSSO PRÓPRIO CAMINHO.

AO GABRIEL, POR TUDO O QUE VIVEMOS, TER VOCÊ AO MEU LADO É PURA FELICIDADE.

À ALICE, MINHA FLOR NESSE JARDIM CHEIO DE ESPINHOS QUE SE TORNOU O MUNDO MODERNO. SUA EXISTÊNCIA ME FORTALECE E ME FAZ VER A VIDA DE UMA FORMA DIFERENTE A CADA DIA.

AO DANIEL, GRATA SURPRESA NA FASE DE CONCLUSÃO DO TRABALHO.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Valter Foleto Santin, pela liberdade e confiança em mim depositadas na elaboração deste trabalho e pelas efetivas disponibilidade e disposição para esclarecer dúvidas e oferecer pertinentes sugestões ao seu aprimoramento.

Ao meu marido, Gabriel Lino de Paula Pires, pelo incentivo, pela força, pela compreensão, pela leitura do texto, pelas valiosas sugestões, enfim, pela ajuda material e moral durante todo esse processo que é o mestrado. Sem você eu certamente não teria chegado até aqui. Obrigada também por ter sido um pai-mãe para nossa filha, fazendo com que ela praticamente não sentisse minha ausência durante tantos fins de semana. Obrigada pelos livros, graças a você a maioria das obras utilizadas em minha pesquisa são as da estante de nossa casa.

A todos os meus familiares que direta e indiretamente me ajudaram de alguma forma a concluir esta pesquisa, em especial aos meus pais por todo o amor de sempre e pela compreensão quanto à minha ausência e aos meus sogros Irineu de Paula Pires e Albertina Rosa de Oliveira Lino Pires, pela torcida e pelo conforto transmitido nos cuidados com a nossa pequena Alice nos momentos de minha ausência.

Ao Professor Doutor Sérgio Tibiriçá Amaral, coordenador do curso de Direito da nossa "Toledo de Presidente Prudente", pelo incentivo e apoio, por intermédio dele minha gratidão se estende a toda família Toledo, que não mede esforços para proporcionar a seus estudantes um ensino jurídico de qualidade.

Aos professores Dr. Márcio Ricardo da Silva Zago e Dr. Jefferson Fernandes Negri, pelo suporte incondicional. Em vocês encontrei verdadeiros amigos.

Aos meus sócios Guilherme Lino de Paula Pires e Lucas Matheus Molina, por toda a ajuda a mim dispensada para que eu pudesse concluir esta dissertação.

Aos amigos do Programa, por tudo o que passamos juntos, especialmente ao Sérgio, à Dani e à Fer, por dividirem comigo esta experiência, tornando-a ainda mais gratificante.

À Natalina, Secretária do Programa de Mestrado, por toda a sua dedicação e amizade. Agradeço e externo minha admiração pela forma como você faz tudo isso funcionar.

Ao professor Doutor Vladimir Brega Filho, por acreditar que o conhecimento é responsável pela evolução do ser humano e dedicar-se para que ele esteja ao alcance de todos nós.

Ao Reginaldo Maffei, por toda sua ajuda durante esses anos por intermédio dos Florais de Bach, sou testemunha de sua preocupação com o bem estar das pessoas e agradeço por transmitir a mim toda a energia e força necessárias para que eu pudesse concluir este trabalho.

Às minhas funcionárias Anita e Juliana, pelo carinho e dedicação.

“Na favela e no senado, sujeira pra todo lado, ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação.”

(Renato Russo)

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.

PIRES, Natacha Ferreira Nagao. Políticas Públicas e Processo: o Ativismo Judicial na Efetivação de Direitos Sociais. 2013. 110 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR.

RESUMO

O trabalho tem como área de concentração Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão e como linha de pesquisa Função Política do Direito. Aborda a efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário. A pesquisa possui como foco analisar a evolução dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito e concomitantemente a evolução da atividade jurisdicional até chegar-se a atual função do Estado Juiz na implementação de políticas públicas. O estudo passa pelo surgimento dos direitos sociais ainda no Estado de Direito e analisa a forma como a jurisdição foi exercida dentro deste contexto histórico até chegar ao movimento de constitucionalização do direito e o reconhecimento da força normativa da constituição para, a partir de então analisar a necessidade de adequação da função jurisdicional como mecanismo de justiça social e efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais. Assim, cuida de abordagem que encara as políticas públicas como processo, com fases procedimentais que tem como resultado a concretização dos direitos constitucionais. Analisa-se a vinculação do Estado aos direitos sociais e aos objetivos traçados por ele (Estado) na Constituição Federal, bem como do regime jurídico adotado para a consecução desses objetivos representados pela limitação orçamentária, implementação progressiva e vedação ao retrocesso. Examinam-se também o processo judicial, os escopos da função jurisdicional e seu exercício, a garantia do acesso à justiça e o papel político exercido pelo juiz no exercício de sua atividade típica que resulta na implementação de direitos sociais, que por sua vez se apresenta de forma diferenciada em razão das também diferentes formas de tutela jurisdicional e da jurisdição constitucional. Conclui-se, ao final que o escopo político social da jurisdição legitima o ativismo judicial em políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Direitos Sociais. Ativismo Judicial.

PIRES, Natacha Ferreira Nagao. Public Policies and Process: Judicial Activism in the Enforcement of Social Rights.2013. 110 f. Thesis (Masters in Law) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho-PR.

This papper focuses on the Justice Theories: Justice and Exclusion and its research line is Politics Law Function. It discusses about the execution of social rights by the Judiciary. The research has focused on analyzing the evolution of social rights in a democratic state and the concomitant evolution of judicial activity until reaching the current function of the State Justice in the implementation of public policies. The study goes through the emergence of social rights even in the rule of law and analyzes how the jurisdiction was exercised within this historical context until the movement of constitutionalization of rights and the recognition of the normative force of the constitution and, thereafter examining the adequacy necessity of the judicial function as a mechanism of social justice and enforcement of social and individual fundamental rights. Therefore, it covers the approach that regards public policy as a whole process with procedural steps that results in the realization of constitutional rights. It analyzes the link between the state to the social rights and the goals that are set by the State in the Federal Constitution as well as the legal system adopted for achieving these goals represented by the budget limitations, the progressive implementation and seal the setback. It also examines the judicial process, the scope of the judicial function and its exercise, ensuring access to justice and the political role played by the judge in the exercise of their typical activity that results in the implementation of social rights, which in turn presents a differentiated way due to the different forms of judicial tutelage and constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: Public Policies. Social Rights. Judicial Activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS JURÍDICOS ESTRUTURAIS 15
1.1 Conceito e Natureza Jurídica 16
1.1.1 Política pública como programa ou atividade 18
1.1.2 Política pública como norma 21
1.1.3 Política pública como processo 24
1.2 Fases da Política Pública e Respectivos Órgãos Legitimados 27
1.2.1 Definição da agenda pública 28
1.2.2 Formulação e escolha das políticas públicas 32
1.2.3 Implementação das políticas públicas 35
1.2.4 Avaliação das políticas públicas 37
1.3 Relevância Jurídica do Mínimo Existencial
no Processo de Política Pública 40

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E JUSTIÇA SOCIAL 43
2.1 O Estado Brasileiro: Social e Democrático 44
2.2 Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais 47
2.3 Implementação de Direitos Sociais e Reserva do Possível 54
2.4 Implementação Progressiva e Proibição do Retrocesso Social 57

3 PROCESSO E ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO 61
3.1 A Função Jurisdicional e seus Escopos 61
3.2 O Modelo Constitucional do Processo 66
3.3 Acesso à Justiça e Judicialização da Política 69
3.4 Judiciário, Texto e Norma 72

**4 INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO
NAS POLÍTICAS PÚBLICAS** 76
4.1 Separação de Funções e Controle da Discricionariedade
Política e Administrativa 77
4.2 Diferentes Formas de Atuação do Poder Judiciário em matéria
de Políticas Públicas 82
4.2.1 Processos individuais 83
4.2.2 Processos coletivos 88
4.2.3 Jurisdição constitucional 97

CONCLUSÃO 102

REFERÊNCIAS 104

INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido acerca de políticas públicas, direitos sociais e ativismo judicial, temas que se justificam pela (sempre consagrada) supremacia da Constituição e (mais recentemente) pelo neoconstitucionalismo, fenômeno que decorre dessa supremacia, mas que ganhou valorização com o enfraquecimento do Estado legalista e da lei como fonte produtora de Direito.

Esse enfraquecimento, provocado em parte pelo fracasso social do liberalismo, pela evolução natural e complexa da sociedade e ainda, no Brasil, pela imposição de um regime autoritarista e ditatorial, representa a mola propulsora para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, dentre eles os sociais, hoje previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Assim é que decadência do liberalismo e da supremacia da lei, direitos fundamentais e sociais e políticas públicas são temas que encontram como ponto central a transformação social pretendida para o Brasil com a implementação do Estado Democrático e Social de Direito, conforme podemos extrair da leitura e interpretação do art. 3º da Constituição.

A promoção de uma sociedade mais justa e solidária por meio da concretização de direitos fundamentais e sociais, dentre eles o mais fundamental de todos expresso na dignidade da pessoa humana, requer uma atuação do Estado no exercício harmônico de suas funções legislativa, executiva e, frise-se, jurisdicional.

O que antes se alcançava com a abstenção do Estado, especialmente do Estado Legislativo e Executivo, agora somente é atingido com a sua ação, uma ação ideologicamente comprometida com o bem estar social, politicamente planejada e organizada e que atenda à concretização da preconizada igualdade material.

Mas o que se vê hodiernamente é exatamente o inverso do ideal, é a preocupação partidária e pessoal dos representantes do povo, com ações sem o menor planejamento, voltadas cada vez mais para a promoção política e para a facilitação do desvio de dinheiro público.

Nesse panorama é que o ativismo judicial atingiu o centro das atenções, pois em razão do monopólio da jurisdição e da competência para o controle de constitucionalidade das leis, os cidadãos passaram a exigir que o Estado atuasse mediante uma de suas outras funções, a função jurisdicional.

Diante da lesão aos direitos fundamentais e sociais provocada pela omissão e/ou pela atuação ineficiente do Estado Legislativo e do Estado Executivo, o Poder Judiciário surge como esperança para a concretização de direitos no mundo dos fatos. Isso não quer dizer que todos os problemas dos brasileiros estarão resolvidos porque a eles é dada a oportunidade de reclamar suas mazelas perante o Estado Juiz, pois sua atuação condiciona-se ao princípio da separação dos poderes e à discricionariedade inerente a cada um deles.

Mas é uma esperança na medida em que o seu compromisso institucional na contemporaneidade é verdadeiramente com a efetividade dos direitos, conforme a interpretação dada à garantia do acesso à justiça prevista no inc. XXXV, do art. 5º da Constituição Federal.

O objetivo do presente trabalho foi verificar os fundamentos da legitimação democrática do Poder Judiciário a partir dos objetivos do Estado e da centralidade, importância e irradiação dos direitos fundamentais, dentre eles os sociais.

Para tanto, no que diz com o aspecto metodológico, foi desenvolvida pesquisa com caráter jurídico-teórico, por se basear no conceito, interpretação, aplicação e reflexos de institutos jurídicos já analisados pela doutrina.

Foram abordados elementos e utilizados procedimentos de natureza jurídico-sociológica, ante a preocupação com a facticidade do Direito, enquanto fator de transformação da realidade social. Cuidou-se, pois, de se ter em conta o papel político do Poder Judiciário, especialmente desenvolvido quando este promove a inclusão social mediante o controle e implementação de políticas públicas.

Foi empregada ainda uma abordagem jurídico-propositiva, com a tentativa de se formular proposta para a interpretação de cada instituto estudado.

Para tanto, por método predominantemente dedutivo, foram abordados, o papel do Direito Constitucional na judicialização da política, as técnicas pertinentes à forma de defesa dos direitos sociais; os fundamentos e as características da atuação do Poder Judiciário no modelo constitucional do processo, as diversas vertentes a serem observadas na implementação de políticas públicas pelo juiz e, finalmente, a necessidade e possibilidade de inclusão social através do processo como efetivação da fundamental promessa de acesso à justiça.

Foram utilizados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema, adotando-se como marco teórico a doutrina constitucional e processualista, no que se refere à ideia fundamental de justiça social pela jurisdição.

Os dados primários da pesquisa foram as legislações nacional e estrangeira. Por sua vez, os dados secundários da pesquisa concentram-se em textos doutrinários, nacionais e estrangeiros, e as manifestações jurisprudenciais sobre o tema quando cabível.

Assim, no primeiro capítulo, tendo em vista a natureza prestacional dos direitos sociais, foi abordada a sua forma de concretização ("espontânea") pelo Estado, qual seja a política pública, e a partir daí desenvolveu-se uma análise jurídica sobre o instituto em razão das diferentes formas atribuídas pela doutrina para este fenômeno. Nesse diapasão foram expostos os entendimentos que classificam política pública como programa/atividade de governo, como norma jurídica e como processo, sendo que este foi o entendimento adotado para o desenvolvimento do trabalho como um todo. Da natureza jurídica fez-se necessário o estudo das fases que compõem o processo de políticas públicas, com todos os seus elementos caracterizadores e do papel do mínimo existencial, núcleo essencial dos direitos fundamentais no que diz respeito à concretização dos direitos.

No segundo capítulo foi desenvolvido o estudo acerca da interdependência entre a política pública e a realização dos objetivos fundamentais da República, da irradiação dos direitos sociais sobre as funções estatais e do regime jurídico que envolve os direitos sociais. Nesse diapasão, optou-se por tratar dos institutos que norteiam a atividade do poder público na concretização dos direitos sociais: a chamada reserva do possível, como argumento limitador de políticas públicas, já que a implementação de direitos sociais condiciona-se à existência de recursos financeiros; e os princípios da implementação progressiva e proibição do retrocesso social, fundamentais para o entendimento de que a plena efetivação dos direitos é atingida ao longo do tempo, mas ao mesmo tempo, que o Estado deve atuar mediante a criação de condições materiais para a concretização dos direitos sociais denominados prestacionais e, mais, não podendo adotar medidas de caráter deliberadamente regressivo.

Em seguida foram abordados, no terceiro capítulo, os fundamentos que norteiam a atuação do Poder Judiciário na contemporaneidade, com enfoque para o processo e seus escopos sociais e políticos. Necessária, ainda, se fez a análise da natureza do processo como instrumento para o exercício e consecução da função jurisdicional para demonstrar que a tutela jurisdicional, no modelo constitucional de processo, vai além do escopo jurídico de solução dos conflitos por meio da aplicação dos direito, devendo ser também tutela apta a realizar as opções políticas e os valores trazidos pela Constituição.

No quarto capítulo discorreu-se acerca da atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas considerando todos os referenciais teóricos utilizados na compreensão do atual papel e do compromisso do Estado-Juiz frente à violação de direitos

fundamentais e sociais. Iniciando-se pela desmistificação do óbice representado pelo argumento de que a atividade jurisdicional não pode incidir sobre a discricionariedade administrativa, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes, passou-se ao estudo das diferentes formas de atuação jurisdicional em matéria de direitos sociais e políticas públicas. Por primeiro foram analisadas as particularidades do processo individual e da concretização de direitos caso a caso, bem como de suas consequências para a sociedade como todo. Por segundo foi dado enfoque ao processo coletivo e à abrangência da coisa julgada coletiva, principalmente quanto ao elemento subjetivo do processo e, ao final, foi dado enfoque ao controle de constitucionalidade concentrado (não sem tratar também do controle *incidenter tantum*), do modo como ele é realizado quanto ao processo de políticas públicas e suas consequências no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais e sociais.

Por fim, foram apontadas, resumidamente, as conclusões derivadas do estudo do tema proposto.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS JURÍDICOS E ESTRUTURAIS

Num país em que o Direito é produzido pelo Estado[1] e que apresenta um sistema escalonado de textos jurídicos como o brasileiro, ainda é de suma importância encontrar a que categoria jurídica pertence determinado acontecimento da vida social e qual a definição e alocação o fato/ato jurídico ocupa no ordenamento, ou seja, qual a forma exterior reconhecida pelo sistema assume uma situação empírica.

Ainda que o acontecimento social seja preponderantemente indeterminado do ponto de vista linguístico, os valores nele impregnados se traduzem em previsão normativa que dependem da atividade de interpretação dos juristas para irradiar sua força imperativa concretamente.

Assim, aquilo que tem relevância e valor para a sociedade do ponto de vista da ciência do direito ou é incorporado pelo ordenamento jurídico e transformado em textos normativos que passam a integrar um sistema hierarquizado de validade e eficácia, cujo ápice é representado pelas normas constitucionais, ou é incorporado à sociedade pela formação da norma concreta mediante os diversos métodos de interpretação existentes. No primeiro caso, o intérprete pratica atividade interpretativa de subsunção, no segundo, técnicas como a ponderação, proporcionalidade e razoabilidade.

O estudo das políticas públicas para a finalidade que se propõe neste trabalho deve ser encarado sob esta perspectiva, por primeiro porque a partir da forma exterior assumida por esse fenômeno ou do conceito jurídico a ele atribuído é que será definida e identificada a legitimação de cada uma das funções do Estado para tratar da matéria, bem como estabelecida a fixação de limites para essa atuação.

Por segundo porque o controle exercido pelo Poder Judiciário no tocante à conformação e implementação dos direitos contidos no que se denomina “políticas públicas” (que ocupa uma das problematizações desse estudo), tem como objeto o controle dos suportes legais destas políticas ou, ainda, a análise das situações pelas quais elas se exteriorizam e que acabam por defini-las, para que, ao final se dê a formação da norma no caso em concreto e a consequente efetivação dos direitos nelas contidos, seja mediante subsunção, seja pela prevalência de valores resultantes de uma atividade interpretativa.

[1] Dizer que o Estado é fonte do direito legislado traduz uma característica do positivismo, mas não significa dizer que se está reconhecendo que o direito se traduz apenas na positivação da norma e na aplicação estrita da lei. É possível reconhecer, como se verá durante o desenvolvimento do trabalho, normatividade também na atuação do intérprete.

Destarte a pergunta que se faz nesse momento é: o que é política pública? É norma jurídica? Ou é produto de um ato de governo ou de Estado? Ou ainda, uma série de atos administrativos tendentes a um fim? Ocuparia a política pública uma categoria jurídica diferente daquelas encontradas no ordenamento jurídico?

O caminho a ser percorrido na obtenção de respostas a estas indagações deve conter um alerta ao pesquisador: o de que o estudo jurídico da política pública deve contar não só com a ciência do Direito, mas também com a incidência de outros campos do conhecimento humano como a ciência da Administração Pública, da ciência Política e da ciência da Economia, visto que a dinamicidade da realidade e evolução da sociedade obriga os operadores do direito a utilizarem-se da interdisciplinariedade para explicar juridicamente os fenômenos que também aludem a outros setores da sociedade.

1.1 – Conceito e Natureza Jurídica

Em primeiro lugar, a definição e inserção do termo política pública no ordenamento jurídico deve partir da compreensão do fenômeno política propriamente dito, que por sua vez assume diferentes enfoques a depender do método ou prisma sob o qual é analisado.

Sob o prisma filosófico surgem discussões acerca das origens, essência e justificação da política como exercício do poder. Sob o prisma sociológico são analisadas a realidade social e as condições culturais e naturais da unidade estatal como fonte de poder (BONAVIDES, 2000, p. 39).

Sob o prisma jurídico é possível afirmar que política envolve o estudo da estruturação e organização do Estado e do poder na arte de governar, de dirigir esforços para se alcançar finalidades coletivas.

Assim, identificamos política tanto na concepção, estruturação dos fundamentos e fixação dos objetivos do Estado, como no cumprimento (efetivação) destes, de maneira que, num primeiro momento, podemos dizer que a política se materializa juridicamente pela Constituição Federal (vejam-se, respectivamente, os artigos 18, 3º e 208 da Constituição Federal).

"A constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado (Kägi). Outros autores (Castanheira Neves) designam-na como estatuto jurídico do político." (CANOTLHO, 2003, p. 1435).

Em estudo sobre o tema, Cláudio Gonçalves Couto (2006, p. 97) demonstra que política (ainda sob o prisma jurídico) pode apresentar mais de uma definição. O autor agrega à palavra política as adjetivações: constitucional (*polity*), competitiva (*politic*) e pública (*policy*) para apontar os diversos significados terminológicos para o termo e explica que, em inglês existe uma palavra diferente para cada dimensão assumida por aquilo que, aqui no Brasil, é frequentemente chamado política.

Nesse sentido, a política tratada nos parágrafos supramencionados, é denominada pelo citado autor como política constitucional e o termo correspondente a ela em inglês seria *polity*.

> A primeira dimensão, a da *política constitucional*, define a estruturação básica do Estado, a sua conformação normativa fundamental, que expressa a correlação de forças sociais e políticas vigentes, assim como os valores e crenças fundamentais e politicamente relevantes de uma dada sociedade. A ordem constitucional estipula quais são os direitos fundamentais, os procedimentos decisórios governamentais e os critérios de participação política que definem normativamente a natureza política do Estado. A depender como esses são definidos, conformar-se-á a natureza específica do Estado em questão. (grifado no original)

Devemos considerar ainda que, a Constituição Federal exterioriza, muito além da organização e estrutura estatal, também um processo social de decisão política, de composição de forças da sociedade que definem os contornos do Estado e fixam os objetivos e finalidades a serem por ele alcançado (DERANI, 2006, p.133).

No atual estágio de Estado de bem estar social, as opções e decisões políticas buscam, ou devem buscar, segundo a Constituição Federal, a promoção da justiça e igualdade material entre cada um dos seres humanos que o integram.

Aqui a dimensão política constitucional do Estado ultrapassa os limites da estruturação do poder e das liberdades públicas para representar uma preocupação com a criação, proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, assumindo, destarte, caráter prestacional e intervencionista.

Nesse contexto, os direitos sociais ocupam fundamental papel na concepção política de Estado e influenciam sobremaneira no entendimento do aspecto jurídico das políticas públicas.

Os direitos sociais são concebidos como instrumentos de promoção de bem-estar aos cidadãos, de modo a reduzir as desigualdades existentes no mundo real, aproximando-se, assim, o direito do ideal corrente de justiça. São idealizados para alteração de uma realidade fática que se marcava pela desigualdade entre as pessoas, pela marginalização de grupos e indivíduos, pela incapacidade dos cidadãos de, por si, acessarem bens e serviços que lhes garantissem mínimas e dignas condições.

Em consequência, se aos direitos sociais é dirigida a missão de modificação da realidade, logo se observa que a existência de tais direitos somente se justifica em caso de sua efetiva implementação.

Destarte, sendo o Estado própria exteriorização da organização social legitimada, deve prever e executar políticas que atendam ao interesse público e garantam a proteção e efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais de todos que compõem e detém o poder desta organização.

Estas políticas, por tudo que foi exposto, devem obedecer e integrar o sistema/ordenamento jurídico, supremo comando da vontade geral (AITH, 2006, p. 229) que as fundamentam.

É o que passamos a analisar nos tópicos seguintes.

1.1.1 – Política pública como programa ou atividade

A exteriorização do termo políticas públicas não possui um aspecto jurídico uniforme e não há um tratamento sistemático para a expressão no ordenamento brasileiro. Com Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 22) e considerando as diversas acepções terminológicas empregadas, podemos afirmar que "nem tudo o que a lei chama de política é políticas públicas".

Superado este entendimento a partir da fixação do conteúdo do termo política propriamente dita, conforme estabelecido no item *supra*, resta-nos analisar a classificação jurídica proposta pela doutrina quanto às políticas públicas, mais precisamente analisar se políticas públicas compõem categoria jurídica própria ou se elas se inserem numa sistematização de categorias jurídicas já definidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Começamos pela análise da definição para políticas públicas encontrada na língua inglesa, que, conforme já afirmado, apresenta termos próprios para cada tipo de

política desenvolvida pelo Estado. Nesse contexto, política pública propriamente dita no direito norte-americano se denomina *policies* e significa:

> [...] tudo aquilo que o Estado gera como um resultado de seu funcionamento ordinário. Podemos dizer, por isso, que a produção das políticas públicas é condicionada tanto pela política competitiva como pela política constitucional, sendo que esta última define duas coisas. Primeiramente, a Constituição define os parâmetros possíveis no âmbito dos quais a competição política pode se desenvolver – ou seja, as regras do jogo. Em segundo lugar, ela estipula os conteúdos legítimos das políticas públicas que resultam dos desfechos do jogo político – determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos (COUTO, 2006, p.99).[2]

Traduz-se em programa de ação governamental, vale dizer, aquilo que o Estado se propõe a executar num determinado tempo, de acordo com a Constituição e considerando-se fatores econômico-sociais.

"Políticas públicas são os meios de planejamento para a execução de serviços públicos" e se traduzem na execução de normas legais os constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação (SANTIN, 2004, p. 34).

Representa, pois, atuação política previamente planejada/escolhida que se exterioriza por meio de um plano normatizado e regulamentado por lei.

A exteriorização jurídica e o suporte legal assumidos pela política pública neste caso seriam, então, a Constituição, as leis infraconstitucionais, os instrumentos normativos infralegais e até mesmo os atos administrativos.

Há que se considerar ainda, o aspecto finalístico da atuação do Estado em se tratando de políticas públicas, pois ele organiza o espaço público mediante planejamento de suas atividades visando um fim específico valorado constitucionalmente. Esta finalidade, no Estado Democrático e Social se traduz na realização de uma sociedade mais justa e igualitária (do bem estar social), que tem a proteção da pessoa humana e o desenvolvimento do país como fundamento de sua existência.

"O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando as demais" (BERCOVICI, 2006, p. 145).

---

[2] A título de esclarecimento, em inglês ainda encontramos outra categoria de política: a política competitiva que concerne à atividade política que tem lugar no âmbito da institucionalidade estatal em regimes poligárquicos. Seria o jogo político, a política de bastidores como conhecemos. Usando o termo em inglês teríamos *politics*. Resumindo, política constitucional ou *polity* define a estruturação do Estado; política pública ou *policy* (ou *policies*: políticas públicas) seria o produto da atividade política do Estado e política competitiva ou *politics* o desenvolvimento da atividade política.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241):

> Políticas públicas são 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. Políticas públicas são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

Trata-se de uma organização sistemática dos motivos fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais (PEREZ, 2006, p. 170).

O que se busca no atual modelo de Estado são a transformação e estabilização da sociedade legitimadora do poder, iniciando-se pelo reconhecimento de mudanças a serem implementadas e passando pelo planejamento acerca desta implementação para que, ao final deste ciclo, opere-se a concretização dos valores sociais que justificaram a atuação do Estado de bem estar social.

Sai de cena a primazia das liberdades púbicas (abstenção estatal) para a entrada das prestações positivas, visto que o bem estar somente alcança sua plenitude por meio da efetiva atuação do Estado na realização dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, a definição de política pública ultrapassa a proposição de metas e objetivos a serem atingidos pelo Estado contida na ideia de programa de ação para ir além. Política pública é também a ação em si, entendida como atividade. Melhor dizendo, a política pública resulta da atuação do Estado na identificação das ações compatíveis com o ideal de justiça social (estabelecimento de metas e objetivos), bem como da movimentação estatal necessária para realiza-lo.

"Considera-se política pública a atividade estatal de elaboração, planejamento, execução e financiamento de ações voltadas à consolidação do Estado Democrático de Direito e à promoção e proteção dos direitos humanos" (AITH, 2006, p. 232).

As políticas públicas representam todo o caminho percorrido, no tempo e no espaço, pela Administração Pública para a realização de direitos sociais. Engloba a atuação de diversos setores estatais empreendedores de ações concretizadoras.

Sob este aspecto temos um conjunto de normas e atos agregados pela finalidade. Como atividade, a análise da exteriorização jurídica da política pública se desdobra em dois momentos, primeiro há a definição e escolha da política pública a ser prevista pela lei em sentido amplo ou pelo ato administrativo, num segundo momento a prática de atos capazes de realizar sua efetivação.

Por esta complexidade de atos jurídicos e administrativos que se entrelaçam, a definição de políticas públicas não cabe na ideia de simples atividade, conforme será demonstrado.

1.1.2 – Política pública como norma

Para analisarmos a conceituação de política pública como norma é preciso consideramos que o ordenamento jurídico é composto e estruturado por leis (ou regras) dotadas de abstração e generalidade, com hipótese e consequência e por princípios que não estabelecem comportamento e sim fundamento para que um determinado mandamento seja encontrado. (ÁVILA, 2011, p. 40).

Política publica seria, pois, a própria lei ou princípio? Ou seria categoria jurídica nova?

Para Ronald Dworkin (1978, p. 22) política pública não se confunde com lei e princípio, nem seria categoria jurídica nova, mas critério de interpretação do Direito a ser aplicado na solução de conflitos pelo juiz.

O doutrinador norte americano, ao discorrer sobre a insuficiência das regras (*rules*) para a solução dos casos difíceis, defende a observância e aplicação de outros padrões (*standards*) como os princípios e as políticas públicas (*policies*) aos casos em concreto.

Para ele política pública seria "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser atingido, geralmente uma melhoria de caráter econômico, político ou social na comunidade" (1978, p.22).

Devemos reconhecer que, nesse aspecto, a discussão perde a relevância se aplicada ao sistema do direito brasileiro, visto que princípios e políticas aqui teriam o mesmo caráter quanto à sua aplicação para fundamentação das decisões judicias.

Para nós, o fato de políticas públicas estarem contidas na Constituição Federal como metas sociais, econômicas e políticas propriamente ditas, já as insere, portanto, ou na categoria de regras, ou na de princípios, com a normatividade e efetividade a eles inerentes.

Analisando o tema, Felipe de Melo Fonte (2013, p. 48) sustenta que:

> É sabido que a Constituição norte-americana não consagrou, em seu bojo, direitos sociais, diferentemente da Constituição brasileira. Logo, não é correto afirmar que o juiz brasileiro estaria investido da condição de legislador caso recorresse às *policies*

> para julgar um caso concreto, exatamente porque elas estão radicadas no texto constitucional [...]. Afirmar que as metas sociais, econômicas e políticas inseridas no principal texto jurídico da comunidade, que as define como fundamentais, não são princípios jurídicos, seria defender um passo atrás em relação à teoria constitucional brasileira, que muito insistiu na efetividade das normas constitucionais.

Assim, não há como extrair as políticas públicas do ordenamento jurídico para inseri-las na seara da hermenêutica, como se representassem, não a fonte de toda atividade administrativa na concretização dos direitos, mas o fenômeno jurídico exegético da norma que a consagra.

Já Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 25), ao tratar do enfoque normativo a ser atribuído à política pública, entende não ser ela lei, nem princípio, pois diferentemente deles, que são caracterizados pela abstração e generalidade, política pública tem uma finalidade específica e destinatário certo, vale dizer, "são forjadas para a realização de objetivos determinados", sendo correto afirmar estarmos diante de uma nova categoria jurídica.

Considerando esses argumentos e estabelecendo para a política pública uma categoria jurídico-formal própria, baseada na ideia de que "não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade" (GRAU, 2013, p. 85), podemos dizer que política pública seria, então, norma-objetivo:

> Papel da mais absoluta relevância, neste momento, jogam as *normas-objetivo*, que se manifestam a partir do momento em que o direito passa a ser dinamizado como instrumento de governo, deixando de ser finalidade sua, única e exclusivamente, a produção de ordem e segurança. Enquanto instrumento de governo, então, o direito é operacionalizado em vista da *implementação de políticas públicas* referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada em textos normativos que consubstanciam *normas-objetivo* e, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito (grifado no original).

É do mesmo autor a afirmação de que "o direito é, também, ele próprio uma política pública" ao concluir que o fato de políticas públicas ser expressão que designa todas as formas de atuação estatal no campo social a institucionaliza. (GRAU, 2008, p. 26)

Teríamos aqui uma categoria normativa que prevê direitos e obrigações para sujeitos específicos, que descreve objetivos e finalidades específicas, inclusive regulamentando o modo de exercício e concretização desses objetivos.

Contudo, cremos que a definição de norma-objetivo proposta pela doutrina coincide com o conceito já estabelecido pela Ciência Política, no campo das políticas públicas, como plano, instrumento jurídico institucional para a realização de direitos.

É o entendimento que podemos extrair da doutrina:

> O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada (BERCOVICI, 2006, p. 145).

Assim é que, de acordo com o que foi exposto, dizer que política pública é norma-objetivo seria o mesmo que dizer que política pública é plano e vice-versa e este em si não ocupa espaço como categoria jurídica própria, ao contrário, mostra-se normatizado por categoria definida como lei, como se extrai, *e.g.*, da análise do Plano Nacional de Segurança Alimentar, ferramenta para o alcance das metas e objetivos fixados pela Lei 11.346/06, que institui a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, regulamentada, ainda pelo Decreto 7272/10.

A política pública seria, então, identificada, com categoria jurídica que já possui definição própria e autônoma dentro do ordenamento jurídico, visto que seu conteúdo é definido, normalmente, por lei ou ato normativo.

Ocorre, porém, que avançando no estudo acerca de sua definição e natureza, podemos afirmar que a política pública não se confunde com o plano, já que ela abrange não só a norma abstrata que estabelece finalidades públicas, diretrizes e metas, mas também os atos e fatos jurídicos tendentes à concretização dessas finalidades, as ações coordenadas propriamente ditas.

O plano é apenas um dos elementos que se encaixa na definição de políticas públicas e nesse sentido:

> As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico (BUCCI, 2006, p. 31).

Definir política pública como plano poderia significar reduzi-la a uma categoria normativa ou a uma das atividades do complexo ciclo que compõem a atuação estatal coordenada à concretização de direitos sociais.

É por isso que o melhor conceito jurídico para políticas públicas é aquele que se traduz na ideia de que política pública é processo.

1.1.3 – Política pública como processo

Partindo da premissa que a política pública visa à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, mediante a coordenação de atos estatais para o atingimento de metas coletivas (LIBERATI, 2013, p. 85), é possível considerar que sua formulação e desenvolvimento nas diversas áreas em que atua o Estado e, a rigor, o resultado de suas ações é fruto de um longo e complexo encadeamento de posturas e atos.

Trata-se de um conjunto coordenado de ações estatais e decisões administrativas competentes, em grande parte realizadas por entes públicos, destinadas a alterar as relações sociais existentes e que tem como alicerce uma norma jurídica (DERANI, 2006, p. 135).

Esta complexidade do conjunto não permitiria que se reduzisse tal realidade à categoria jurídica de norma jurídica ou mesmo de atos coordenados.

Essas considerações propiciam a aproximação da figura da política pública ao secular conceito jurídico de processo.

O processo de que se trata é naturalmente aquele considerado em sua acepção ampla, desvinculado de sua tradicional e limitadora ligação à função jurisdicional[3] do Estado e, sem prejuízo desta, visto como instrumento de exercício e transformação de quaisquer poderes estatais.

A ideia de processualidade ampla nos poderes estatais foi bem desenvolvida por Odete Medauar (2008, p. 24):

> Profunda repercussão no enfoque de uma processualidade ampla, sobretudo administrativa, e nos conceitos de processo e procedimento acarretou o artigo de Feliciano Benvenuti, intitulado "Funzione amministrativa, procedimento, processo", publicado em 1952; neste trabalho o publicista italiano vincula a processualidade em todo exercício de uma função; a extensão das formas processuais ao exercício da função administrativa está de acordo com a mais alta concepção de Administração: o agir a serviço de uma comunidade.[4]

---

[3] Há muito a desvinculação do processo com a atividade jurisdicional tem sido defendida pela doutrina: "*La teoria procesal tradicional consideraba el processo como propriedade de la justicia, identificandolo com el procedimento judicial. [...], desde el punto de vista jurídico-teórico, no es sostenible esta reducción, porque el processo por su propia naturaliza, puede darse em todas las funciones etsatales, possibilidade que, em realidade, se va actualizando em medida cada vez mayor*". (MERKL 1975, p.279)

[4] O "agir a serviço de uma comunidade" traduzido pela autora é exposto por Feliciano Benvenuti (1952, p.128) no texto original como exercício de uma função, de maneira que, sob o ponto de vista objetivo "*[...] il processo é manifestazione dela funzione, così come l'atto è la manifestazione del risultato di quella funzione. [...] il procedimento è il fenômeno che si produce ad ogni esplicatizione di uma funzione*".

Faz-se referência, portanto, ao processo como instrumento jurídico de caráter geral ligado aos poderes estatais e caracterizado sempre por uma sequência organizada de atos e pela efetiva prerrogativa de participação dos destinatários/interessados no ato final (contraditório).

Nesse sentido, as políticas públicas exigem desde a sua concepção que seja corretamente desenvolvida toda a referida sequência de atos necessários ao cumprimento das funções estatais para concretização de direitos. De maneira que, se há uma figura jurídica à qual possa se adequar a noção de política pública, é esta a figura do processo jurídico.

Entenda-se que o processo que se exige para definição de políticas públicas é por demais amplo e abrangente de vários e distintos órgãos de poderes estatais. Poder-se-ia designá-lo como processo público, mas nunca reduzi-lo aos limites de um processo estritamente judicial, administrativo ou legislativo.

Felipe de Melo Fonte (2013, p.49) bem observou o caráter processual das políticas públicas:

> [...]: políticas públicas compreendem o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Assim, a política pública pode ser decomposta em normas abstratas de direito (*e.g.*, a Constituição, leis estabelecendo finalidades públicas), atos administrativos (*e.g.*, os contratos administrativos, as nomeações de servidores para o desempenho de determinada função, os decretos regulamentando o serviço etc.), a habilitação orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos (*e.g.*, o trabalho no canteiro de obras, o atendimento em hospitais públicos, as lições do professor em estabelecimento de ensino, etc.).

No mesmo sentido é a lição de Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 264):

> As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culminam na escolha reacional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. A locução conjunto de processos conota os procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com exercício do contraditório.

Observe-se que reconhecer o caráter processual à noção jurídica de política pública implica duas consequências: a primeira é reconhecer a natureza procedimental da política pública e a segunda diz respeito à relação jurídica processual instaurada.

A natureza procedimental da política pública é perfeita exteriorização da sua realidade multiforme, no sentido de que as políticas públicas são integradas por normas, atos e fatos destinados a um fim. A prática desses atos e fatos ocorre num determinado período de tempo mais ou menos dividido em fases que se sucedem, mas que não respeitam

obrigatoriamente uma forma definitiva. Este aspecto será desenvolvido de maneira mais aprofundada no item 1.2 *infra*.

Já a relação jurídica instaurada pela processualidade da política pública tem como sujeitos, de um lado, o Estado detentor do poder e, de outro, os cidadãos atores da legitimação do poder estatal. O caráter processual garante a paridade de armas e a imparcialidade na formulação da política pública, sua implementação, avaliação e controle pela participação das partes em contraditório.

Considerando que o processo de políticas públicas é preparação do ato final vinculativo mediante a participação dos interessados, pensar na relação jurídica que consubstancia é pensar na interação entre seus sujeitos.

O ato final vinculativo aqui é a concretização de direitos da coletividade alcançada pela implementação de dada política, é a efetivação da escolha de uma política. E se uma política é pública quando contempla o interesse público, deve englobar, portanto, a abertura para participação democrática de todos envolvidos no resultado do processo.

A participação dos sujeitos no processo configura-se pelas situações jurídicas assumidas pelas partes e do vínculo gerado por suas atuações, ora como sujeitos ativos, ora como passivos do ato praticado, delineando-se, assim, a relação jurídica processual.

Ainda, é o desenvolvimento da relação jurídica processual mediante procedimento em contraditório que legitima o poder do Estado, seja no exercício da função administrativa, judicial ou legislativa.

Considerando, pois, que todo poder se exerce mediante um procedimento, caracterizando-se este como processo desde que seja feito em contraditório (DINAMARCO, 2009, p. 149), não há que se falar em procedimento sem a efetiva participação dos sujeitos envolvidos no resultado do processo. Os ritos procedimentais exteriorizados pela norma jurídica, seja a lei ou qualquer outro ato normativo, não se legitimam se não garantirem o contraditório. São elementos distintos que se fundem na ideia de procedimento.

A processualidade ampla reitera a natureza instrumental do processo exteriorizado pelo procedimento, vale dizer, por uma complexidade de atos envolvidos por determinada técnica destinadas a um fim, que nesse trabalho é identificado pela implementação de políticas públicas para efetivação de direitos.

Assim, a identificação e efetivação de políticas públicas sem contraditório e, portanto, sem o processo adequado, é ilegítima.

Para a compreensão e análise do controle exercido acerca de políticas públicas é preciso saber se este controle é exercido sobre o procedimento como um todo (processo) ou

se ele é pontual, exercido, portanto em separado, sobre cada fase do procedimento. Passaremos, destarte, à análise de suas fases.

1.2 – Fases da Política Pública e Respectivos Órgãos Legitimados

Como afirmado, o caráter processual imprimido às políticas públicas nos leva ao reconhecimento de sua natureza procedimental e, consequentemente, traduz a ideia de que o resultado buscado por meio deste processo é atingido mediante o desenvolvimento de atos e fatos agrupados em etapas.

Assim é que as políticas públicas que tratam dos direitos sociais apresentam momentos mais ou menos definidos quanto à identificação, programação, desenvolvimento e implementação das condições jurídicas e fáticas que garantem o cumprimento das finalidades definidas pelo legislador constitucional.

Esses momentos podem ser denominados fases, que por sua vez são compostas por atos normativos, administrativos e políticos propriamente ditos, do qual participam órgãos estatais e não estatais e que, sucedendo-se no tempo formam o processo de políticas públicas.

Especificamente nesse processo (políticas públicas) as fases são, tecnicamente, denominadas ciclos, visto não ser possível discerni-las de forma estanque e linear. É dizer, no curso do procedimento em que se desenvolve uma política pública podem ser introduzidos novos elementos modificadores do quadro inicialmente proposto, ensejando a sua modificação. Nesse diapasão, significa reconhecer que as políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação e ajustes.

Assim, a avaliação de uma política pública não é feita ao final do processo, mas ainda no curso se sua elaboração e execução, caracterizando, destarte, um processo de "retroalimentação" da política pública (MASSA-ARZABE, 2006, p. 70).

O conhecimento desse processo possibilita a conformação e controle das políticas públicas tanto em cada uma das suas fases, quanto aos resultados obtidos.

Na doutrina encontramos diferentes formas de delimitação das fases de uma política pública. Patrícia Helena Massa-Arzabe (2006, p. 70) define quatro ciclo de políticas públicas a saber: fase da formação ou agenda, com identificação do problema e proposição de soluções (formulação da política pública); fase da implementação, em que a política pública é efetivamente prestada; fase da avaliação, que compreende a verificação do impacto da

política, da concretização de seus objetivos e da necessidade de sua modificação; por fim a fase de controle (administrativo ou judicial), em que se analisa a correspondência da política pública com a Constituição, a lei e os princípios que envolvem a política pública. Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012, p.64) apresentam treze propostas de fases do ciclo de política pública.

Epistemologicamente preferimos trabalhar com a classificação apresentada por Felipe de Melo Fonte (2013, p. 50).

Segundo o autor, são identificadas quatro fases no processo de políticas públicas, a saber: definição da agenda pública, formulação e escolha das políticas públicas, implementação das políticas públicas e avaliação das políticas públicas, a serem abordadas nos próximos capítulos.

O estudo dos ciclos (ou fases) de uma política pública é de suma importância na fixação dos parâmetros e momento do seu controle pelo Poder Judiciário, bem como para a compreensão dos elementos que interferem na sua efetiva implementação.

Também nos permite identificar o embasamento normativo em que se fundamentam em cada momento do processo, para que se possa entender o fenômeno do ativismo judicial dentro dos limites impostos pela própria natureza de uma determinada política pública.

1.2.1 – Definição da agenda pública

A fase de definição da agenda diz respeito ao reconhecimento de um problema social (e sua causa) que demanda atuação do Estado e a fixação das possíveis soluções. Trata-se de estabelecer um diagnóstico das situações para as quais a sociedade ou o governo consideram merecedoras de atenção. Geralmente, os problemas detectados se traduzem na necessidade de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Os problemas podem ser identificados pelo poder público (Governo/Administração e Legislativo) que se encarrega de fomentar a discussão em sociedade, permitindo a participação, nesse momento, de associações privadas, sindicatos, organizações não governamentais e outros.

Também é possível que, determinados setores afetados por problemas específicos, se organizem para exigir o reconhecimento e atuação do Estado quanto à situação

que demanda atuação. Nesse caso, é a sociedade que primeiro identifica o problema e reclama uma solução pelo poder público.

Assim, podemos afirmar que, tem legitimidade para a definição da agenda qualquer órgão ou agente público, como também qualquer ente privado, seja pessoa individual/física ou jurídica e o fundamento legal para a agenda consubstancia-se, formal e materialmente, na Constituição Federal. Podemos começar a pensar a partir disso que a definição da agenda, a despeito da observância aos princípios constitucionais, é atividade discricionária.

Identificado o problema, ele entra na lista de prioridades de atuação. “Essa lista de prioridades é conhecida como agenda” (DIAS e MATOS, 2012, p. 71).

Seja o problema identificado pelo Estado, seja pela sociedade, a definição da agenda como parte do processo de decisão política pode levar em conta os interesses de um determinado grupo da sociedade, ou de diversos grupos, o que resulta na constatação, para a ciência política, de que uma política pode se elitista ou pluralista.

Nesse sentido é o entendimento de Felipe de Melo Fonte (2013, p. 51):

> Definir os rumos da ação governamental é um dos mais importantes exercícios de poder nas sociedades modernas. Se o processo de decisão política é dominado por um pequeno grupo, então entram em cena as teorias elitistas para explica-lo, as quais, por sinal, tem prevalecido no âmbito da ciência política norte-americana. De outro lado, se existe abertura no sistema político para a participação ampla de diversos grupos, então este cenário é explicado pelas teorias pluralistas.

Para o referido autor a definição da agenda pautada pela dominação dos canais políticos por grupos, com interesses específicos e próprios podem resultar na violação do princípio da supremacia do interesse público a legitimar a intervenção do Poder Judiciário na correção de distorções.

No contexto empírico, o poder é sempre controlado por um grupo que impõe seu ponto de vista, mas o externa como se fosse de todos. Segundo Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012, p. 79): “O ideal de neutralidade da administração pública, na realidade, é um mito, idealizado como um dos elementos de legitimação do exercício do poder”.

Sobre o aspecto da intervenção do Poder Judiciário nesta fase, impende uma observação: a definição da agenda pública é um momento delicado no tocante ao controle sobre política pública porque traz à tona o tema tanto da discricionariedade legislativa, como da discricionariedade administrativa.

"A existência de espaços de interpretação jurídica deferidos à Administração Pública permite afirmar que, inequivocamente, o processo de definição da agenda pública estende-se ao Executivo" (FONTE, 2013, p. 51).

A partir dessa constatação, a pergunta que se faz é: há discricionariedade na definição da agenda?

Discricionariedade é:

> [...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2008, p. 48).

Segundo Valter Foleto Santin (2004, p. 228) "o ato discricionário é o que pode ser praticado mediante liberdade de escolha de conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de sua realização".

Se a atividade administrativa é infralegal em sentido amplo, vale dizer, sujeita ao Direito, a atuação do Estado-Administração deve obedecer às finalidades impostas pelo ordenamento jurídico.

Isso nos leva a afirmar que a discricionariedade do administrador na definição da agenda é condicionada às escolhas previamente estabelecida pelo legislador constitucional e quando há lei regulamentando a matéria constitucional, também pelo legislador infraconstitucional.

No tocante à discricionariedade do Estado Legislador na definição da agenda pública, é a Constituição Federal que condiciona e traça os parâmetros para suas escolhas. É ela que lhe serve de orientação, tanto na edição de leis definidoras dos problemas e contempladoras de sua solução. Qualquer atuação contrária à norma constitucional ou ainda omissa é passível de controle pelo Poder Judiciário.

Esse entendimento é amparado pelo disposto no art. 3º da CF e das interpretações conferidas a ele pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai do acórdão:

> Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira de Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI). Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29-6-1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de audiência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV, XXII; e 170 da CF): improcedência. [...]. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção

> sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. (ADI 2.649, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, DJE de 17-10-2008).

Assim, a Constituição é o documento político-jurídico que contem, em primeiro plano, as pretensões e prioridades públicas da sociedade, mesmo no que diz respeito à identificação de seus problemas.

Nesse sentido é o entendimento de Valter Foleto Santin (2004, p. 35):

> A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.

As decisões sobre o problema detectado (“escolhido”) definem metas públicas e resultarão no desenho dos programas que deverão, em outra fase, ser implementados.

Fixada esta premissa, podemos avançar e identificar qual a forma exterior assumida pela agenda no ordenamento jurídico e, destarte, fixar os limites do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário sobre esta fase, se é que há que se falar de controle da agenda.

“A agenda pode tomar forma de um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário ou, ainda, de uma simples lista de assuntos que o comitê editoria de um jornal entende como importante” (DIAS e MATOS, 2012, p. 71).

Isso quer dizer que a agenda se expressa juridicamente mediante lei ou atos infralegais, normativos ou não e que estas leis ou atos podem dar forma à definição da agenda somente ou dispor, ainda, sobre outras fases da política pública.

Portanto, um único documento jurídico pode conter a definição da agenda, com apresentação de problemas e descrição dos objetivos (diretrizes) e também a formulação e forma de implementação da política pública.

Tomemos como exemplo a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Tanto na Lei 11.346/06, como no Decreto 7272/10 encontramos a definição da agenda com as justificativas acerca da detecção do problema e as metas para sua solução.

Impende notar ainda que, a definição da agenda, deve considerar o orçamento disponível para solução do problema apresentado, de maneira que é possível identificarmos a

partir da fixação das metas a serem atingidas a edição de leis orçamentárias que dispõem (e condicionam) acerca dos gastos necessários para a solução do problema numa próxima fase. A realização do plano e, consequentemente, das metas nele contidas depende de sua previsão orçamentária, exigência que se expressa no princípio da legalidade orçamentária.

Definido o problema a ser solucionado é preciso resolver qual das alternativas disponíveis será mais apropriada para transformar a situação atual na situação desejada.

1.2.2 – Formulação e escolha das políticas públicas

A formulação e escolha de uma política pública representa a transformação dos propósitos em ações e programas que produzirão mudanças e resultados na sociedade. "Formular aqui tem o sentido de conceber um plano, projeto ou programa, um método ou determinar a ação" (DIAS e MATOS, 2012, p. 76).

Tomam-se como parâmetro os objetivos e metas contidos na agenda, os quais darão fundamento à exteriorização das preferências e interesses do legislador e administrador na fixação de alternativas para a solução do problema e concretização de direitos.

Realizado o *diagnóstico* o Estado passa a ter o compromisso de *definir o tratamento*, estabelecendo prioridades, definindo custos, prevendo efeitos e identificando a participação de outros atores no processo para fazer com que a política saia do papel.

Nessa fase, os entes legitimados encontram-se na esfera da Administração Pública direta, indireta e também descentralizada e suas atuações tem como fundamento jurídico a lei e a Constituição Federal, ainda que, num segundo momento dessa mesma fase a atuação da Administração Pública possa exteriorizar-se também por atos administrativos.

O delineamento quanto à melhor forma de implementação de uma política pública, considerando todos os fatores escolhidos pelo administrador no exercício de sua discricionariedade administrativa, faz surgir algumas assertivas a serem enfrentadas: *i*) a Administração deve planejar ações para a concretização das metas identificadas de maneira que sua atuação se dê da forma mais eficiente possível, vale dizer, é preciso planejamento e *ii*) o planejamento, por conseguinte, deve ser efetuado com fundamento em análise técnica quanto ao problema a ser enfrentado.

Deve viger aqui a máxima eficiência na utilização dos recursos públicos, aliada (podendo dizer também dependente) a estudos pontuais e ações coordenadas em diversos setores da Administração e da sociedade.

Nesse sentido é a lição de Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012, p.76):

> É nessa fase que adquire importância o papel dos especialistas, assessores, funcionários qualificados tecnicamente e analistas de empresas e instituições de pesquisa, que procurarão construir cenários futuros em função das medidas tomadas no presente. Os técnicos (analistas de políticas), ao adquirirem relevância nessa fase podem provocar o surgimento de problemas com os políticos. Para estes, toma importância maior a satisfação dos cidadãos como potenciais eleitores, ficando muitas vezes num plano secundário os aspectos técnicos do problema a ser enfrentado.

Por outro lado, e conforme mencionado na parte final da citação acima, o que se vê comumente no Brasil são decisões sobre políticas públicas tomadas com base em acordos entre forças sociais e políticas, com interesses particulares em detrimento do interesse público.

Destarte, o critério utilizado para planejar as políticas públicas acaba sendo orientado para obtenção de voto e perpetuação do poder (FONTES, 2013, p. 56), o que a nosso ver poderia dar ensejo ao controle pelo Poder Judiciário na medida em que essas escolhas concretizadas contrariem disposições legais e constitucionais.

Há que considerar também nesta fase do processo de política pública a previsão de bases para um planejamento democrático estabelecido pelo legislador constituinte, com enfoque à transparência e controle sobre os gastos públicos.

O planejamento é elemento vital no processo de políticas públicas, pois permite que o Estado assuma o controle da construção do futuro a partir dos elementos que tem no presente, mediante a elaboração de um plano de atuação.

A Constituição Federal considera, numa perspectiva muito mais ampla do que a aqui tratada, o planejamento de atuação nacional essencial para o desenvolvimento do país (art. 174). Ao vincular o planejamento ao modelo de Constituição dirigente Eros Grau (2012, p. 339) conclui que é o planejamento que confere consistência racional à atuação do Estado, instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte do longo prazo, voltadas à condução da sociedade a um determinado destino.

Qualquer que seja o projeto que se tenha para o Brasil de amanhã, a sua realização passa, necessariamente, pelas instituições estatais e de interesse público, isto é, os órgãos de governo e centros de poder na sociedade (COMPARATO, 1989, p. 83).

Planejamento é, destarte, coordenação, dinamização e orientação para as transformações econômicas e sociais e está comprometido com a ideologia constitucional de desenvolvimento e concretização de direitos sociais.

Nesse diapasão:

> No âmbito público, o planejamento tem como objetivo estruturar diversos elementos para que se alcance determinado cenário futuro entre os muitos sujeitos possíveis. O planejamento, portanto, é um ato racional de escolha de um determinado futuro. Sem o planejamento o futuro é incerto e pode ocorrer de diversos modos possíveis. Com o planejamento procura-se evitar ou, pelo menos, diminuir as incertezas quanto ao futuro (DIAS e MATOS, 2012, p. 132).

"O fundamento da ideia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro." (BERCOVICI, 2006, p. 146).

Esta atuação é pautada pela discricionariedade administrativa, e tem como limite o orçamento público quanto à execução da estratégia definida, conforme se extrai da norma constitucional do art. 165, devidamente regulamentada por lei que alicerça o plano plurianual (PPA), as diretrizes orçamentárias (LDO) e os orçamentos anuais (LOA). Há, inclusive, vedação constitucional quanto ao início de programa ou projeto não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167).

Destarte, o planejamento, principal componente da fase de escolha e formulação de políticas públicas é incorporado ao ordenamento jurídico por meio de leis e atos administrativos que propiciam o controle quanto à transparência e racionalidade de ação que se espera do Estado.

A escolha quanto à forma de desenvolvimento e movimentação da máquina administrativa como fase do processo de políticas públicas representa ato complexo, cujo estudo e controle envolvem, necessariamente, a utilização de métodos interpretativos que resultem no equilíbrio entre a obrigatoriedade de atuação do Estado e as limitações a ele impostas para a concretização dos direitos.

É preciso que a estrutura de poder seja apta para desenvolver programas de ação a longo prazo, o que somente é possível havendo o desenvolvimento de uma síntese global dos fatos sociais, integrando-os (COMPARATO, 1989, p. 105), estabelecendo objetivos e prioridades executáveis.

1.2.3 – Implementação das políticas públicas

Nesta terceira fase, tudo aquilo que foi escolhido, definido e estruturado se transforma em ação implementada, efetiva prestação estatal. A política pública deixa o campo do discurso e do planejamento para se transformar nas soluções aos problemas que lhe deram origem.

De acordo com Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012, p. 80)

> A fase de implementação consiste em uma adaptação do programa de políticas públicas às situações concretas que deverão ser enfrentadas (produção de *outputs*). Não havendo ação, não há política pública. E as organizações de serviço são os principais instrumentos de implementação de políticas. Sem essas estratégias de ação, outras teriam de ser inventadas, sob pena de os propósitos oficiais e públicos não se transformarem em políticas positivas.

O poder público cuida nessa fase de realizar licitações, concursos, alocar servidores, estabelecer articulações institucionais e de parceria com o setor privado, promover a instalação de espaços físicos, realizar eventos na sociedade, dentre outras medidas a depender da política pública de que se trata.

Nesse sentido conclui Felipe de Melo Fonte (2013, p. 56) ao exemplificar acerca da efetiva atuação do Estado na fase implementação de políticas públicas:

> [...]. Esta se constitui da edição de atos administrativos para a alocação de servidores públicos em determinada atividade, realização de licitações, publicação de editais, realização de empenho e liquidação de despesas, enfim, de toda a atividade destinada à realização do planejamento estabelecido pela Administração para realizar a finalidade pública colimada.

A atuação do Estado não segue um modelo padrão de implementação, principalmente no que diz respeito à execução dos comandos advindos dos escalões superiores da Administração, é dizer, para cada meta traçada e planejada há uma forma de execução que envolve escolhas político-partidárias e que variam de acordo com a posição ocupada por aqueles que detêm o poder administrativo quanto à concretização do planejamento.

Na tentativa de estabelecer análises acerca das formas (e do sucesso) na efetivação das políticas públicas, a ciência política, estabelece dois modelos de execução adotados pelo poder público: o sistema *top down* e o sistema *botton up*.

Sob o enfoque do primeiro, a fase de implementação se desenvolve de cima (o nível político) para baixo (o nível técnico) e é tida como concepção tradicional do trabalhar administrativo. Já pela análise *buttom up*, a implementação de políticas públicas se desenvolve do nível técnico para o nível político, não há um programa (ou uma ordem) de implementação a ser cumprido (a), pois a efetivação de políticas públicas ocorre gradativamente, de baixo para cima.

O sistema *buttom up* surge, na realidade, como alternativa diante da ineficiência da implementação pelo sistema *top down* em razão da dificuldade em dar cumprimento às diretrizes traçadas pelos agentes de cúpula.

Muitos programas de políticas públicas não são realizados na forma idealizada pelos agentes responsáveis pela formulação de políticas públicas. Segundo Felipe Melo Fonte (2013, p.58): "o cumprimento fiel das diretrizes traçadas pelos agentes de cúpula é essencialmente um problema político", tanto que no Brasil este problema foi contornado mediante a criação dos cargos em comissão que, muito embora representem a relação de hierarquia característica do sistema *top down*, os ocupantes destes cargos podem ser demissíveis ad nutum caso verificada a ineficiência ou insubordinação.

É dizer, nesta fase verificam-se pontos críticos decorrentes do sistema adotado para a efetivação das metas traçadas, que despreza a dinâmica interorganizacional necessária para a implementação de políticas públicas.

Reinaldo Dias e Fernanda Matos (2012, p. 82) apresentam os problemas encontrados para a concretização dos direitos decorrentes de políticas públicas e os dividem em três dimensões a saber: institucional, com problemas como a falta de clareza na definição dos objetivos, metas e estratégias; organizacional que abarca problemas como tarefas fragmentadas e vários níveis hierárquicos, ausência de profissionais especializados e rotatividade de atores políticos; e a dimensão ambiental, com problemas como a distância entre os órgãos centrais de tomada de decisão e os executores da política.

A relevância da fase de implementação de políticas públicas sob o aspecto jurídico diz respeito: *i)* à responsabilização dos agentes hierarquicamente subordinados, na medida em que as decisões a respeito de políticas públicas recebem a forma de atos normativos e *ii)* à possibilidade de exigir-se o cumprimento das diretrizes estabelecidas para a efetiva concretização dos direitos, com a solução (devidamente programada) dos problemas detectados na fase de agenda, exigência a ser dirigida tanto à própria Administração como ao Poder Legislativo quando ele participa do processo mediante a edição de leis.

De todo o exposto, é possível afirmar que o controle jurisdicional nesta fase incidirá sob o aspecto do descumprimento de normas constitucionais ou infraconstitucionais na atuação ou omissão do poder público quanto ao planejamento político-orçamentário de políticas públicas e que resulta na prestação de uma tutela jurisdicional específica do cumprimento do dever legal de fazer.

1.2.4 – Avaliação das políticas públicas

Esta é a fase que se caracteriza pela pesquisa acerca da obtenção de êxitos e pela fixação de parâmetros de resultados quanto à atuação pública e a real utilidade de uma política pública na efetivação de direitos.

Nesse sentido:

> A avaliação realizada a partir de informação embasada em dados confiáveis, obtidos através de análise objetiva dos efeitos das ações públicas é importante para as instituições e governos, pois fundamentam a sua legitimidade não somente na legalidade de suas decisões, mas também no que fazem, ou seja, nos resultados (DIAS e MATOS, 2012, p. 84).

Via de regra, apresenta-se como o último momento do processo que configura uma política pública e é permeada de critérios cambiantes e variáveis de ordem econômica e política.[5]

Ainda nos valendo do referencial teórico adotado, segundo Felipe de Melo Fonte (2013, p. 58) é possível apontar a existência de quatro mecanismos de avaliação de políticas públicas: político-eleitoral, administrativo-interno, legislativo e judicial.

O primeiro método de avaliação é exercitado por meio do voto. Trata-se de avaliação eminentemente política e intimamente ligada à forma democrática de governo, na medida em que os cidadãos julgam os planos de ação apresentados por aqueles que almejam desenvolver a função pública e votam de acordo com a percepção que tem dos problemas sociais. Podemos dizer que é uma forma de avaliação pautada na conveniência da definição da

[5] Embora possa parecer, a avaliação não é uma fase que se verifica ou ocorre necessariamente ao final do processo de política pública. Ao contrário, é uma fase transversal a toda política que, em razão da análise efetuada produz informações que podem resultar na modificação e redirecionamento do programa a partir de qualquer fase.

agenda pública estabelecida pela própria Administração Pública, ou mesmo por aqueles que pretendem concorrer a cargos públicos administrativos.

Além do voto, há previsão constitucional obrigando o poder público a prestar contas ao público e dar publicidade à atividade estatal, o que permite que a avaliação político-eleitoral seja realizada de modo constante, inclusive no transcorrer dos mandatos.

O segundo método diz respeito ao controle interno, realizado pela própria Administração acerca de seus atos e atividades (denominado autotutela).

A Administração Pública tem o dever de agir em conformidade com o direito vigente, sendo essa uma natural consequência da adoção do princípio da legalidade em nosso sistema jurídico (art. 5º, II, da Constituição Federal).

Como uma decorrência do dever de legalidade da Administração Pública, surge para esta o poder-dever de analisar e verificar a correção de seus próprios atos e atividades.

Daí a ideia de autotutela, exercício por meio do qual o Poder Público realiza permanente controle e avaliação de sua própria ação.

Sob o amplo ponto de vista do processo de políticas públicas, esse controle, porém, não se restringe ao aspecto da legalidade, sendo possível cogitar da perene avaliação pelo Poder Público de suas políticas, nas perspectivas de constitucionalidade, eficiência e eficácia social das ações.

"O controle administrativo interno é verificação, desenvolvida no âmbito do próprio Poder, da legalidade e da oportunidade dos atos administrativos produzidos pelos seus órgãos e autoridades" (JUSTEN FILHO, 2006, p. 754).

No âmbito do controle interno, portanto, há diversas formas de fiscalização e correção do processo de políticas públicas, dentro da própria estrutura administrativa da pessoa política responsável pela sua formulação, planejamento e execução.

Segundo Felipe Melo Fonte (2013, p. 62):

> O controle interno é fundamental para garantir a observância às regras e aos princípios legais, mas também para assegurar que a burocracia governamental guarde fidelidade ao planejamento mais amplo definido pelos agentes de cúpula e pela legislação.

A avaliação das políticas públicas pela Administração é momento da apreciação dos efeitos sociais e jurídicos de cada uma das escolhas feitas, é um instrumento de gestão quando visa subsidiar decisões a respeito de sua continuidade, de aperfeiçoamentos

necessários e de responsabilização dos agentes. Trata-se do controle exercido pelos próprios entes legitimados e implementadores de políticas públicas.

Já o método de avaliação denominado legislativo "é desempenhado pelo Poder Legislativo e pelos Tribunais de Contas" (FONTE, 2013, p. 62).

> O controle externo é, pois, função do Poder Legislativo, sendo de competência do Congresso Nacional no âmbito federal, das Assembleias Legislativas nos Estados, da Câmara Legislativa no Distrito Federal e das Câmaras Municipais nos Municípios, com o auxílio dos respectivos Tribunais de Contas. Consiste, assim, na atuação da função fiscalizadora do povo, através de seus representantes [...] (SILVA, 2009, p. 464).

Como se vê, sob o aspecto político, o controle é realizado pelo Legislativo, conforme disposto no inc. V, do art. 49 e no art. 70 da Constituição Federal e sob o aspecto técnico pelo Tribunal de Contas (art. 71), que auxilia o Poder Legislativo no que tange à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

O mecanismo judicial de avaliação e controle de políticas públicas é exercido pelo Poder Judiciário, inerte por natureza. É, portanto, forma de controle que somente é exercido mediante provocação.

Num primeiro momento podemos afirmar que aos juízes foi dada a incumbência de avaliar as políticas públicas sob o aspecto da constitucionalidade e da legalidade exigíveis para os atos do Poder Público.

Mas esta afirmação fica aquém daquilo que é possível se extrair de um Estado Social e Democrático, onde a desneutralização política do Poder Judiciário assume importante papel no cumprimento do ideal de justiça social preconizado na Constituição Federal.

Isso significa que o Poder Judiciário poderá avaliar políticas públicas quando chamado a se manifestar sobre os conflitos de interesses que lhe são trazidos pelos cidadãos jurisdicionados, tanto no aspecto da constitucionalidade/legalidade, como no aspecto da opção política externada no programa, sob pena de omissão no exercício da atividade jurisdicional.

A forma de intervenção pode ser diferente em cada uma das fases da política pública, pois elas se caracterizam por atos distintos.

Esta e outras considerações acerca desta forma de avaliação e controle serão detalhadamente desenvolvidas no decorrer do trabalho.

1.3 – Relevância Jurídica do Mínimo Existencial no Processo de Política Pública

Analisando o processo de política pública como instrumento de previsão e efetivação dos objetivos e finalidades do Estado e, consequentemente, de direitos fundamentais sociais, é preciso começar a discorrer sobre o mínimo existencial a partir da dignidade humana.

Seja porque ela representa premissa antropológica do Estado Constitucional, seja porque como pedra basilar das sociedades contemporâneas e democráticas é também limite de toda atividade humana e Estatal (LIBERATI, 2013, p. 68/69).

Esta assertiva é logo compreendida pela análise do conceito proposto por Ingo Wolfgang Sarlet (2012-A, p. 73) em prestigiada obra sobre o tema:

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

O mesmo autor, em outra oportunidade, utiliza o termo “direito à garantia de uma existência digna” para designar o mínimo existencial em análise que tem como ponto o aspecto finalístico de “assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna” (SARLET, 2012-A, p. 309/310).

Vê-se, pois, que o mínimo existencial apresenta-se como núcleo essencial do princípio da dignidade humana, na medida em que se reconhece que sem um mínimo vital não há existência digna.

A partir desse ponto duas questões mostram-se relevantes para o desenvolvimento do tema políticas públicas: a primeira refere-se à necessidade de estabelecer qual o conteúdo, inclusive jurídico, do mínimo existencial. A segunda diz respeito à imposição de dever ao Estado quanto à prática de ações prestacionais para garantir aos cidadãos, pelo menos, o mínimo necessário para viver dignamente.

Quanto ao conteúdo do mínimo existencial, as formulações doutrinárias tem como fundamento o direito de existir com dignidade. Alessandra Gotti (2012, p. 62) realça

que “tal locução identifica o conjunto de bens e condições materiais para a subsistência física e para o exercício da própria liberdade”. E completa:

> Embora a delimitação do mínimo existencial seja tarefa complexa, e que foge dos limites do presente trabalho, em linhas gerais, ele tem sido identificado, pela doutrina, como direito à educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados (aqui compreendida a alimentação, o vestuário e o abrigo) e o acesso à justiça; com rendimento mínimo garantido, prestações de assistência social básica e subsídio de desemprego; [...].

Sob um aspecto mais abrangente, mas ainda sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana é possível identificar o mínimo existencial como o núcleo essencial dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal (PANSIERI, 2012, p. 172)

Para Rogério Gesta Leal (2009, p. 91):

> Em termos de doutrina internacional, tem-se afirmado que o Mínimo Existencial implica condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive. Esse mínimo já é traçado e reconhecido expressamente por alguns doutrinadores jurídicos nacionais.

Destarte, o reconhecimento de que a fruição de uma vida digna depende da existência de um conteúdo mínimo para se tornar concreta nos faz reconhecer que, juridicamente, compreende-se como mínimo existencial os direitos sociais fundamentais à saúde, moradia, alimentação, assistência social e, como os direitos assegurados no art. 7º da Constituição Federal também são classificados como sociais, o salário mínimo apresenta-se como seu conteúdo.

Segundo Suzana Videira (2012, p. 126):

> Os direitos sociais, enquanto expressão dos direitos humanos, são, portanto, o derradeiro resultado da luta constante pela dignidade do homem. Mas são também a cristalização histórica de uma concepção ético-valorativa centrada na proclamação da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

A partir desta constatação podemos concluir que o Estado deve proporcionar condições materiais para que todos possam sentir-se dignos, e mais concretamente, viver com dignidade. A garantia do mínimo existencial como núcleo dos direitos fundamentais demanda uma prestação do Estado e, sob este aspecto, o problema que se coloca diz respeito à sua efetivação.

É ponto sedimentado na doutrina[6] (e já discutido neste trabalho) que os direitos sociais são direitos que tem como contraprestação o dever estatal de agir. Agir no sentido de possibilitar o desenvolvimento da sociedade no todo e individualmente, proporcionando condições para o desenvolvimento da igualdade entre os indivíduos e grupos sociais.

Disso decorre um dos maiores problemas acerca do mínimo existencial em termos fáticos: estabelecer uma uniformização para o seu conteúdo em torno das particulares das situações em concreto oriundas das diferenças sociais.

Nesse diapasão:

> [...], há um problema que envolve a facticidade do mínimo existencial, condizente com sua significativa natureza relacional em face do tempo e do espeço. Veja-se que o mínimo existencial na África é diferente do mínimo existencial na Suíça; o mesmo ocorre em face do interior do Maranhão e da Paraíba relacionado com o Rio Grande do Sul e Santa Catarina, por exemplo, eis que ele se relaciona sempre com uma perspectiva da escassez dos recursos finitos para o atendimento de demandas infinitas em termos de quantidade e natureza (LEAL, 2009, p.92/93).

Junto a isso, o problema da efetivação do mínimo existencial na dimensão dos direitos sociais encontra diversos óbices de natureza econômico-orçamentária e de eficácia das normas que exteriorizam sua previsão.

Felipe de Melo Fonte (2013, p. 201/220) considera que o mínimo existencial é resultado de um juízo de ponderação, vale dizer, não tem o seu conteúdo previamente definido pelo legislador constitucional ou infraconstitucional. Mas reconhece que ele deve ser compreendido como prestações mínimas capazes de preservar a dignidade da pessoa humana.

Assim, para melhor identifica-lo, trançando, inclusive os limites necessários para equacionar o mínimo existencial com as facticidades do mundo real propõe o referido autor um ponto de partida, ou seja, a existência de um mínimo existencial *prima facie*, os quais englobariam: as prestações necessárias para a manutenção de uma vida digna, o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, o direito à educação básica e o acesso à justiça. Por outro lado propõe a delimitação do mínimo existencial para utilização numa eventual etapa de julgamento, a fim de que seja atingido o mínimo existencial em concreto, que deve: corresponder a prestações passíveis de universalização e considerar limitações de receitas que decorrem dos próprios limites orçamentários previstos na Constituição Federal.

---

[6] Ver, por todos, CANELA JUNIOR (2011, p. 52/64). Também item 1.1 *supra*.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E JUSTIÇA SOCIAL

A justiça social é fenômeno que decorre das finalidades de um Estado Democrático e Social e se traduz na produção fática de uma realidade materialmente igualitária entre todos os indivíduos e grupos de indivíduos que compõem a sociedade.

As mazelas produzidas pelo Estado Liberal quanto à deterioração dos valores mínimos de dignidade humana, fundamentada na igualdade formal de todos perante a lei, provocaram uma mudança de paradigma e afetaram diretamente as estruturas do poder.

Nesse período o projeto político burguês de instauração de um sistema capitalista e de mercado voltados ao progresso provocou a supressão e racionalização das sensibilidades relacionadas aos Direitos Humanos (SALIBA e HANSEN, 2011, p. 193).

Não se quer aqui reduzir a importância do papel do Estado durante este período que caracterizou juridicamente os séculos XVIII e XIX no Brasil e no mundo, mesmo porque o império da lei também se fez necessário, bem como a ausência de intervenção estatal como forma de proteção à liberdade dos indivíduos.

Entretanto, a igualdade decorrente de uma aplicação mecânica da lei, meramente formal, não foi capaz de evitar as desigualdades empíricas verificadas durante esse período no corpo social, ao contrário, "acabava por tutelar a posição das classes economicamente mais favorecidas e, via de consequência, impedia que o Estado interviesse na sociedade para proteger os mais pobres" (CAMBI, 2010, p. 176).

Nesse panorama, os direitos sociais passaram a representar o resgate à dignidade dos cidadãos, exigindo a intervenção do Estado no sentido de promover a igualdade material, criando condições para o desenvolvimento do ser humano e da sociedade como todo.

> A transição do Estado Liberal para o Estado Social, a partir da Revolução Industrial e dos movimentos de afirmação democrática, altera o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação desses direitos. (CANELA JUNIOR, 2011, p. 53).

Assim é que a redução da desigualdade social e a promoção do bem estar social surgem entre os objetivos fixados pelo Estado, e a partir daí se impõe a ele uma atuação na concretização desses objetivos e a obrigatoriedade quanto à sua realização.

“A dimensão civil do direito de ter direitos deve ser encarada como prioritária”, de maneira que o Estado tem o dever de garantir a dignidade humana mediante políticas que reflitam no direito de cidadania (SIQUEIRA E ALVES, 2011, p. 172)

Nesse contexto, o reconhecimento constitucional dos direitos sociais é fundamental, pois garantidor da dignidade humana.

Para a implementação desses direitos, o Estado deve estruturar-se, dispender de recursos financeiros e econômicos, promover ações coordenadas específicas, enfim promover políticas públicas.

As políticas públicas, nesse diapasão, são as formas mediante as quais o Estado promove a efetivação dos direitos sociais e consequentemente a igualdade material, realizando, portanto, justiça social.

2.1 – O Estado Brasileiro: Social e Democrático

O estudo acerca do Estado pode ser realizado sob diferentes aspectos, a depender da finalidade que se persegue por meio da pesquisa.

Assim, é possível visualizar a importância do Estado sob o aspecto filosófico, sociológico, político e jurídico, muito embora todos eles complementem um ao outro.

A despeito de todas as discussões traçadas em torno de uma definição para o Estado, segundo a ciência do direito, podemos dizer que o Estado é uma realidade jurídica, criação da vontade humana.

As pessoas consentiram ao longo da história que, para viver em sociedade, seria necessário submeter-se a regras que garantissem esta convivência. O poder de formular essas regras e de garantir seu cumprimento foi outorgado ao Estado, sendo este, portanto, uma conjugação dos ideais daqueles que lhe atribuíram legitimidade e existência.

No caso brasileiro, por meio do poder constituinte originário de 1988, criou-se uma ordem jurídica estatal fundada no ideal harmônico entre o capital e o trabalho e na soberania popular. É este o modelo de Estado sobre o qual incide o estudo das políticas públicas e de seu controle, desenvolvidos no presente trabalho.

O fracasso da atuação do Estado como garantidor das liberdades públicas, atento somente à ordem jurídica, conduziu à necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre

o liberalismo econômico e as exigências do bem comum, resultando no que se convencionou chamar Estado social.

Nesse sentido:

> A liberdade dos cidadãos sob as relações atuais não reside só numa liberação da intervenção estatal. Uma configuração em liberdade e autonomia da própria existência depende muito mais de uma série de condições, que não estão à disposição do indivíduo, a respeito de que o indivíduo, na melhor das hipóteses, só parcialmente dispõe, frequentemente nem isso sequer. Hoje em dia o provimento e a manutenção de tais condições constituem uma clara tarefa do Estado, que chegou a ser quem planeja, guia e configura, isto é, o Estado do cuidado existencial e da segurança social. Por isso, na medida em que a liberdade humana, do ponto de vista do Estado, não dependa tanto já de que ele evite intervir nas esferas particulares quanto de que sua atividade se exerça com alcance geral, não se garante por mais tempo concebendo os direitos fundamentais como meros direitos de defesa (HESSE, 2009, p. 41).

Destarte, dizer que o Estado brasileiro é Estado Social significa dizer que o seu programa de ação considera o homem em sua individualidade, mas o considera também como sociedade, o que podemos extrair dos seus objetivos fundamentais, conforme disposto no art. 3º da Constituição Federal.

Considerando que "objetivo é um signo que aponta para frente, indicando um ponto adiante a ser alcançado pela prática de determinada ação – aqui: ação governamental" (SILVA, 2009, p. 46), a finalidade do Estado Social é promover melhores condições de vida à população, é criar condições materiais para que na sociedade seja implementada a igualdade real entre as pessoas.

O Estado Democrático, por sua vez, consubstancia-se numa forma de governo majoritária e participativa[7], "em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte" (BOBBIO, 2005, p. 7).

O titular do poder político é sempre o povo, mas o modo de exercer esse direito foi alterado com o nascimento do Estado Moderno, de maneira que o povo não o exerce diretamente, mas por meio de representantes eleitos, que devem por ele decidir (BOBBIO, 2005, p. 32).

Ainda para Bobbio (2005, p. 34):

> A democracia representativa também nasceu da convicção de que os representantes eleitos pelos cidadãos estariam em condições de avaliar quais seriam os interesses gerais melhor do que os próprios cidadãos, fechados demais na contemplação de

[7] Segundo Ronald Dworkin (2006, p. 131): "According to the majoritarian view, democracy is goverment by majority will, that is, in accordance with the will of the greatest number of people, expressed in elections with universal or near universal suffrage. According to the rival partnership view of democracy, however, democracy means that the people govern themselves each as a full partner in a collective political enterprise […]".

> seus próprios interesses particulares; portanto, a democracia indireta seria mais adequada precisamente para o alcance dos fins a que fora predisposta a soberania popular.

A discussão acerca da desnaturalização do ideal democrático eclodiu com o sistema representativo, principalmente quanto à alteração no entendimento da lei como produto da vontade da maioria.

Para Eduardo Cambi (2010, p. 183): “a lei resulta de grupos de pressões (representantes de empresários, ruralistas, religiosos, sindicalistas, servidores públicos etc.) e de mecanismos de votação ilegítimos (v.g., voto das lideranças). A lei não traduz a vontade geral, sendo contraditória, ocasional, fragmentária, numerosa e cambiante”.

O que se pretende aqui é reforçar a noção compreendida no ideal de que a democracia é governo do povo, pelo povo e para o povo para enfatizar que a força política de um regime de governo concentra-se no povo.

Nesse ponto, oportuno o entendimento de José Afonso da Silva (2009, p. 41):

> Podemos, assim, admitir que a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo. Diz-se que é um processo de convivência, primeiramente para denotar sua historicidade, depois para realçar que, além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, hão de se verificar o respeito e a tolerância entre os conviventes.

Pois bem, mediante a escolha de um determinado regime político, são estabelecidos os princípios e as instituições políticas que devem nortear o Estado e a sociedade no tocante à realização das finalidades que decorrem deste próprio regime. É dizer, um regime político só existe com base em proposições que informam uma determinada concepção de Estado, mas além desse elemento estrutural há um fim a ser perseguido que o caracteriza.

No Brasil, o legislador constituinte fundou o Estado Democrático de Direito, com base sólida na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político, com finalidades voltadas para a realização de justiça social.

Na democracia os representantes são chamados a perseguir os interesses da Constituição, para nós, segundo o que foi exposto acima, ser um Estado social e democrático significa ser instrumento público de realização da dignidade humana. Este é o ideal que deve nortear os representantes do povo

2.2 – Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais

O estudo da eficácia dos "direitos sociais" passa necessariamente pelo entendimento do sentido dessa expressão e da finalidade da construção de tal categoria jurídica. Aliás, a eficácia é componente intrínseco e inseparável dos direitos sociais em uma concepção finalística. Em outras palavras, os direitos sociais somente têm sua existência justificada pela sua eficácia[8].

No campo da ciência do direito, a existência dos direitos sociais pode ser estudada sob o enfoque da geração a que esses direitos pertencem.

Sobre a evolução ou progressão histórica de reconhecimento de direitos do homem, veja-se a válida observação de Norberto Bobbio (2004, p. 52):

> Ora, a Declaração Universal dos Direitos do Homem – que é certamente, com relação ao processo de proteção global dos direitos do homem, um ponto de partida para uma meta progressiva, como dissemos até aqui – representa, ao contrário, com relação ao conteúdo, isto é, com relação aos direitos proclamados, um ponto de parada num processo de modo algum concluído. Os direitos elencados na Declaração não são os únicos e possíveis direitos do homem: são os direitos do homem histórico, tal como este se configurava na mente dos redatores da Declaração após a tragédia da Segunda Guerra Mundial, numa época que tivera início com a Revolução Francesa e desembocara na Revolução Soviética. Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.

Assim é que a doutrina insere e classifica os direitos sociais, na linha evolutiva dos direitos humanos, como direitos de segunda geração ou direitos de segunda dimensão. Por todos citamos Vladimir Brega Filho (2002, p. 23), para quem:

> Esses direitos foram chamados de direitos fundamentais de segunda geração e caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Note-se que o surgimento dos direitos sociais coincide com o período histórico de consolidação do movimento de industrialização dos países europeus.

---

[8] Adota-se, para o desenvolvimento deste item, a ideia preconizada por José Afonso da Silva (2002, p. 66) no sentido de que a eficácia seria sinônimo de efetividade, portanto vista como a força operativa do comando normativo, a capacidade de atingir objetivos fixados como metas.

Nessa fase, as mazelas sociais já constatadas em outros períodos históricos intensificaram-se e tornaram imprescindível certa revisão dos papéis do estado e do direito na sociedade. No Brasil, os direitos sociais marcaram presença inicialmente na Constituição de 1934, na esteira da tendência que se iniciou na Constituição mexicana de 1917 e que teve como sua maior representante a Constituição alemã de 1919.

O pensamento liberal que conduziu a humanidade às revoluções e rupturas do século XVIII propagava a ideia do estado como mínimo interventor na sociedade e relegava ao direito o papel de proteção dos direitos individuais contra o arbítrio estatal, impondo, pois, ao estado obrigações de abstenção.

Contudo, o panorama social que se seguiu às revoluções liberais trouxe à evidência a insuficiência do papel até então desempenhado pelo estado e os resultados sociais nefastos da aplicação de um pensamento estritamente liberal.

"O velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise" (BONAVIDES, 1996, p.188).

No âmbito do direito, a ideia de igualdade formal inerente ao princípio da legalidade cede espaço às necessidades de igualdade material, real, entre as pessoas. Osvaldo Canela Junior (2011, p. 52) assevera: "Em plena crise do liberalismo, o século XX foi marcado pelo surgimento de Constituições inspiradas em ideais sociais. A Constituição mexicana, de 1917, e a Constituição de Weimar, de 1919, passaram a regular, ao lado de direitos e garantias individuais, direitos de alcance nitidamente social".

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 40) dá o tom filosófico da mudança de paradigma que ocorreu do estado liberal para o estado social, demonstrando, porém, desde logo, que o estado social sempre teve defensores e críticos:

> Quando, por influência dos socialistas e cristãos-sociais, se veio a entender o Estado como providência dos malsucedidos, começou-se a abandonar a fórmula setecentista do Estado de Direito. O Estado-Providência, preocupado em dar a todos condições adequadas de vida, intervém no domínio econômico e social. Tendo, por isso, a reduzir a autonomia individual e, tomado de racionalismo (no que é digno herdeiro do pensamento setecentista), quer ordenar os mais diferentes setores da vida social. Continua a agir por meio de lei, mas a concebe como um meio, tão-somente. O seu conteúdo é o que convém, ou parece convir, em dado momento, para alcançar-se determinado objetivo .

É de se concluir por tudo o que foi exposto ao longo do trabalho que, os direitos sociais são concebidos como instrumentos de promoção de bem-estar aos cidadãos (*welfare state),* de modo a reduzir as desigualdades existentes no mundo real, aproximando-se

assim o direito do ideal corrente de justiça. São idealizados para alteração de uma realidade fática que se marcava pela desigualdade entre as pessoas, pela marginalização de grupos e indivíduos, pela incapacidade dos cidadãos de, por si, acessarem bens e serviços que lhe garantissem mínimas e dignas condições.

Em consequência, se aos direitos sociais é dirigida a missão de modificação da realidade, logo se observa que a existência de tais direitos somente se justifica em caso de sua concretização.

A falta de efetividade de tais direitos torna sua enunciação inútil, esvazia sua existência e confere ao instituto um de dois possíveis trágicos desfechos: o de se resumir a mais uma frustrada tentativa de modificação social pelo direito; o de constituir engodo, falsa promessa formulada pelo Estado aos cidadãos.

Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 10) também impõe crítica à inefetividade dos direitos sociais, ressaltando a análise jurídica de tal patologia:

> Por essa razão, seria absolutamente frustrante, do ponto de vista político, aceitar a inexequibilidade dos direitos sociais. Do ponto de vista jurídico, isso representaria tornar inócuo o qualificativo de 'Estado social de direito" afirmado no art. 1º da Constituição. Partindo da conhecida máxima de interpretação de que a lei não contém palavras inúteis, não se pode tomar tal locução como sinônimo de "Estado de Direito", omitindo a carga finalística do adjetivo 'social' num Estado em que as tarefas sociais ainda estão por ser feitas .

É bem verdade que, após a enunciação dos direitos sociais nas diversas Constituições do mundo ocidental, seguiu-se um período de ceticismo em relação à sua efetiva implementação.

Pela aplicação de conceitos e teorias impregnadas da formação positivista dominante, os juristas se apressaram a relativizar as disposições enunciadoras de direitos sociais, mitigando, assim, sua eficácia e frustrando expectativas dos destinatários dos direitos enunciados.

Contribuíram para a inefetividade dos direitos sociais: a concepção da Constituição como documento político, não como norma jurídica; a mistificação da lei formal e o forte poder político e jurídico atribuído ao Legislativo; a formação positivista e formalista dos juristas.

Porém, com a evolução do panorama constitucional a partir do reconhecimento do Estado Democrático Social de Direito houve uma quebra desses paradigmas.

Some-se a isso a evolução do pensamento constitucionalista e a atribuição de força normativa à Constituição.

A Constituição, fenômeno verificado em um sem número de países desde sua origem europeia, pode ser posta como objeto de estudo em diferentes ramos do conhecimento humano, sob diferentes perspectivas e métodos.

Dessa forma, os documentos constitucionais, a despeito da predominância jurídica das análises formuladas, podem ser, como de fato já foram, analisados sob métodos e princípios da sociologia, da filosofia, da economia e de outras ciências humanas ou sociais.

Dentre as mais célebres análises destacou-se a ideia de que a Constituição jurídica, normativa, somente teria valor se guardasse conformidade com as condições fáticas de poder existentes na realidade.

Konrad Hesse (1991, p. 27) menciona referido entendimento consubstanciado no estudo de Ferdinand Lassale, segundo o qual, ausente a correspondência entre as disposições constitucionais e a realidade das relações de poder, sucumbe a Constituição jurídica, que se resume, pois, a um "pedaço de papel" (*ein Stück Papier*), expressão esta que se tornou por demais conhecida e criticada.

A teoria mencionada prosperou exatamente no período de difusão dos ideais liberais, em especial ao longo do século XIX.

Superada a fase de predominância do pensamento liberal, entretanto, não tardaram os juristas a notarem que referida tese representava um *capitis diminutio* à Constituição, ao Direito Constitucional e ao próprio direito, enquanto sistema ou enquanto ciência.

A análise da Constituição como fenômeno político e social, a despeito de ser também relevante, não poderia subtrair da lei fundamental o seu caráter de norma jurídica, dotada de imperatividade.

Assim, o pensamento jurídico do século XX avançou na direção do reconhecimento do caráter imperativo da Constituição, ainda que de modo gradativo.

Konrad Hesse (1991, p. 27) rejeita a tese de que a Constituição representaria mera promessa destituída de força normativa, expressando:

> [...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais devem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Muitos foram os estudos e teorias desenvolvidos acerca da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, sendo traço comum entre as teorias o estabelecimento de gradações para efetiva incidência das normas.

Desse modo, ainda que reconhecida a juridicidade da Constituição, as formulações teóricas eram em sua maioria no sentido de que nem todas as normas constitucionais reuniam condições técnicas, redacionais, lógicas e práticas para sua imediata e integral incidência na realidade.

José Afonso da Silva (2002, p. 66) ordenou as normas constitucionais de maneira a classificá-las em: normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida e normas constitucionais de eficácia limitada. Para o autor, a expressão eficácia deve ser tomada em dois sentidos.

> A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma, refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; [...]. É o que tecnicamente se chama de efetividade da norma. Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. [...]. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo as situações, relações e comportamentos de que cogita.

É a classificação mais difundida e celebrada no direito constitucional brasileiro.

Em sucinta definição, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que produzem todos os seus efeitos, pois dotadas de plena normatividade pelo próprio legislador constituinte. Já as normas de eficácia contida são aquelas que, a despeito de incidirem imediatamente sobre as situações que regulam, preveem formas que podem conter sua eficácia em certos limites ou circunstâncias. Por fim, as normas de eficácia limitada dependem do legislador ordinário para produzir efeitos, vale dizer, o constituinte não a conferiu normatividade bastante (SILVA, 2002, p. 82/83).

Portanto, dentre as normas constitucionais haveria certa parcela de normas que, a despeito de conterem disposições expressas sobre determinados temas, não reuniriam as condições que propiciassem sua imediata produção de efeitos.

Muitas das normas instituidoras dos direitos sociais foram consideradas pela doutrina constitucionalista brasileira como integrantes dessa categoria.

Contudo, o pensamento jurídico constitucional brasileiro avança atualmente em sentido oposto, seja pela apreciação da doutrina, seja na jurisprudência que se forma nos

quadros dos tribunais brasileiros, pois a despeito de sua eficácia, as normas constitucionais, sejam princípios ou regras geram efeitos imediatos aos cidadãos.

É nesse sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 56):

> Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenham a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotadas pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.

Note-se que não se trata de desprezar os relevantes estudos sobre a eficácia das normas constitucionais até aqui realizados, mas sim ter em conta que a análise acurada de tais aspectos serve ao rigor técnico relevante do ponto de vista científico, mas não pode constituir óbice intransponível ao exercício de direitos expressamente reconhecidos no texto constitucional.

A plena eficácia e aplicabilidade imediata dos efeitos das normas de direitos sociais fundamentais vinculam a todos[9], especialmente os órgãos do poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, vale dizer, a atuação do Estado condiciona-se àquilo que foi traçado pela sua Constituição. É o que se extrai do disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012-B, p. 59) ao discorrer sobre o tema sob o enfoque da legitimidade da ordem constitucional e do Estado expõe que:

> É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional na medida em que "o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje *indissociável* de tais direitos" (grifo nosso).

Bem se vê que não só a interpretação extraída do §1º do art. 5º da Constituição, mas também a organização do ordenamento jurídico que fundamenta e legitima o Estado Democrático e Social vinculam as entidades públicas aos direitos fundamentais.

---

[9] No direito português a Constituição da República Portuguesa dispõe expressamente sobre esta vinculação, *in verbis*:
Art. 18.º (Força jurídica)
1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
[...]
No Brasil, muito embora a Constituição Federal não disponha expressamente sobre esta vinculação ela decorre da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (inclusive sociais) e do princípio da supremacia da Constituição.

O Estado não pode deles dispor e encontra-se obrigado a atuar no sentido de promover a sua realização.

Na esfera do poder Legislativo o que disso se extrai é a proibição à elaboração de leis que contrariem ou neutralizem direitos fundamentais, bem como a imposição de uma atuação conformadora a esses direitos, seja regulamentando direitos, seja legislando para promover a sua realização no plano concreto.

Ainda há que se falar na incidência de uma inconstitucionalidade por omissão para os casos de inércia do legislador frente a uma imposição concreta de atuação legislativa em matéria de direitos fundamentais.

A vinculação do poder Executivo passa pela compreensão acerca de sua função precípua de executor da lei e, assim, partindo desse ponto, podemos afirmar, oportunamente com base na lição de Ingo Wolfgang Sarlet (2012-B, p. 376) que:

> No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles seja conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais.

Como desdobramento dessa atuação encontra-se a possibilidade de controle por parte do poder Judiciário em razão da atuação desvinculada do poder público, bem como o exercício de juízo de conveniência e oportunidade pela Administração no exercício de sua atividade discricionária, pontos que serão discutidos em outro momento do trabalho.

Para o Poder Judiciário a obrigatoriedade da vinculação aos direitos fundamentais exterioriza-se na decisão produzida como resultado do processo. Isso não quer dizer que é desprezada a incidência e observância dos direitos fundamentais durante todo o procedimento que legitima a atuação jurisdicional, o que, aliás, se traduz na exaltação de um modelo constitucional de processo. O que se pretende afirmar é que os juízes e tribunais, ao solucionar os conflitos de interesses deve fazê-lo com base nos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Nesse sentido:

> Hoje, a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. É correto dizer, aliás, que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é eliminar a compreensão do ordenamento jurídico (MARINONI, 2012, p. 96).

A função jurisdicional continua sendo a de solucionar os conflitos de interesses, de maneira que a atuação do Poder Judiciário culmina na aplicação ou afastamento da lei ao caso concreto. Os magistrados devem fazê-la incidir da maneira que melhor atenda aos preceitos constitucionais e, por outro lado, afastar sua incidência se delas não for possível extrair uma interpretação conforme a Constituição, aqui por meio do controle de constitucionalidade.

Assim é que, a vontade do legislador está submetida aos fundamentos constitucionais.

Esta discussão acerca da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais será retomada como ponto central para a solução acerca da problematização do trabalho.

2.3 – Implementação de Direitos Sociais e Reserva do Possível

Questão que afronta a efetividade dos direitos fundamentais sociais é a limitação orçamentária dos gastos públicos, vale dizer, a exigência de previsão orçamentária para o desenvolvimento da atividade administrativa é elemento legitimador das despesas do poder público, o que acaba por impedir a concretização de determinadas políticas públicas[10].

Se as demandas acerca da implementação de direitos por meio das políticas públicas são infinitas e os recursos financeiros para concretizá-las, finitos, há um problema de equacionamento entre as normas orçamentárias e as normas que tratam de direitos fundamentais sociais.

Estas constatações levam, sob o aspecto econômico, a um entendimento de que são as finanças públicas que, de fato, definem o funcionamento de um sistema político e acabam por ditar, mediante as diretrizes para utilização do dinheiro público, os índices de efetividade da Constituição Federal, na medida em que condiciona muito da programação

[10] A realização de planos de governo depende de sua previsão orçamentária, ainda que parcial. Gilberto Bercovici (2006, p. 156) ao tratar do assunto, discorre e critica, inclusive, a vinculação do planejamento estatal ao orçamento e dá nota de que o Plano Brasil em Ação, do governo Fernando Henrique Cardoso e o Plano Brasil em Ação do governo petista são exemplos de que o plano foi reduzido a disciplinar as inversões públicas, estabelecendo dotações a serem distribuídas pelos vários ministérios e que os instrumentos de controle orçamentários previstos na Constituição favoreceram a limitação do planejamento aos planos plurianuais dos quais os planos citados são exemplos.

constitucional a investimentos vigorosos do Estado, dependendo, portanto de escolhas orçamentárias (FONTE, 2013, p. 64/65).

A dimensão econômica dos direitos sociais decorre de sua natureza prestacional, de modo que a efetivação dos direitos sociais exige ações por parte do Estado que demandam aplicações de recursos financeiros e de pessoal, o que gera um custo com repercussões econômicas (ainda que indiretas) no funcionamento do Estado.

A vinculação econômica na concretização de direitos é importante referencial para a discussão acerca da (im)possibilidade de interferência, pelos poderes Executivo e Judiciário, na esfera de competência do Legislativo em matéria orçamentária, bem como representa uma limitação fática e jurídica à implementação de direitos sociais, representada pela cláusula da reserva do possível.

É dizer, não é possível ignorar e desconsiderar que existe uma limitação imposta pela Constituição Federal, e regulamentada por leis infraconstitucionais, quanto aos gastos públicos, de maneira que a Administração (e o Poder Judiciário, num segundo plano) está adstrita à disponibilidade efetiva de recursos quanto ao objeto prestacional que envolve os direitos fundamentais sociais, encontrando-se na dependência da real existência de meios para cumprir com sua obrigação (SARLET, 2012-A, p. 287).

Ainda segundo o mesmo autor (2012-B, p. 87): “Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apensa de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais [...]”.

Trata-se de exigência constitucional quanto à legitimação jurídica do poder público para dispor dos recursos financeiros que limitam o Estado, condicionando-o às normas constitucionais sobre orçamento para poder gastar com a concretização de direitos.

Quanto ao duplo aspecto jurídico-fático assumido pelo que se entende por reserva do possível é esclarecedora a lição de Felipe de Melo Fonte (2013, p. 136/137-140/141) externada em obra sobre o tema:

> Pois bem. Para o uso corrente, é possível diferenciar dois aspectos da reserva do possível. Diz-se reserva do possível jurídica a ideia de que o Estado não pode violar regras e princípios de direito orçamentário e administrativo para efetivar direitos prestacionais, ainda que tenha dinheiro suficiente para fazê-lo. [...].
> Por outro lado, a reserva do possível fática é a ausência de dinheiro nos cofres públicos para prestar os serviços e bens demandados. Em contexto de múltiplas necessidades sociais, de recursos finitos e tributação constitucionalmente limita, deflui claro que não será possível atende-las integralmente mediante prestações públicas.

A respeito da vinculação do poder público a estas limitações fática e jurídica, bem como da consequência e reflexos dela no âmbito do controle de políticas públicas (fase de avaliação) pelo poder Judiciário voltaremos a tratar em momento oportuno do trabalho.

No momento, importa retomar a discussão acerca das limitações representadas pela reserva do possível no que diz respeito à fase de definição da agenda e escolhas de políticas públicas, bem como da fase de implementação dos direitos sociais.

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano do legislador, seja na esfera administrativa (SARLET, 2012-A, p. 361/362).

O Estado, ao definir a agenda e desenvolver ações concretizadoras de direitos sociais deve prever e planejar os custos, definindo prioridades que atendam às reais necessidades da população, antes mesmo de liberar o orçamento público para outras demandas (LIBERATI, 2012, p. 120).

Esta atuação decorre, para irmos além, da administração de toda estrutura envolvida pelo poder econômico, tido pela ordem jurídica como um dado estrutural e cujo exercício é legitimado não na qualidade de um mero direito subjetivo, mas por aquilo que representa no aspecto social, ou seja, em razão da função social que a ordem jurídica lhe atribui.[11]

O Poder Executivo, em matéria de políticas públicas deve agir de maneira prospectiva, formulando novos objetivos, comportamentos e meios para o desenvolvimento de políticas públicas e não o contrário, atuando como mero representante da ordem estabelecida.

É necessário um planejamento a longo prazo associado à estratégias que garantam a eficiência da atuação do poder público (ILKIU, SILVA e COSTA, 2012, p. 24).

No mesmo sentido:

[11] Por tratarmos da reserva do possível como cláusula que decorre tanto da administração da Ordem Econômica e Financeira como das Finanças Públicas, neste ponto podemos incluir a competência do Poder Executivo, não só quanto à exploração e regulamentação da atividade econômica prevista nos artigos 170 e ss. da Constituição Federal, mas também a competência para a elaboração do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais. Umas ou outras estão diretamente ligadas à ideia de planejamento na promoção da dignidade da pessoa humana e na diminuição das desigualdades regionais e sociais, por uma sociedade mais justa.

> [...] governar não significa tão-só a administração do presente, isto é, a gestão de fatos conjunturais, mas também e sobretudo o planejamento do futuro, pelo estabelecimento de políticas a médio e longo prazo.
> O goverment by policies, em substituição ao goverment by law, supõe o exercício combinado de várias tarefas, que o Estado liberal desconhecia por completo. [...]. Supõe o desenvolvimento da técnica previsional, a capacidade de formular objetivos possíveis e de organizar a conjunção de forças ou a mobilização de recursos – materiais e humanos – para a sua consecução. Em uma palavra, o planejamento. (COMPARATO, 1989, p. 102).

Neste diapasão, é preciso consignar que o processo de política pública, notadamente a fase de escolha e planejamento não deve condicionar-se ao orçamento, ao contrário deve primeiro preocupar-se em fixar as diretrizes para a atuação do Estado, de acordo com os objetivos fundamentais desse Estado.

Assim:

> O planejamento não pode ser reduzido ao orçamento. E por um motivo muito simples: porque perde sua principal característica, a de fixar diretrizes para a atuação do Estado. [...]. A redução do plano ao orçamento é apenas uma forma de coordenar mais racionalmente os gastos públicos, não um verdadeiro planejamento [...] (BERCOVICI, 2012, p. 157).

A reserva do possível, vista como carência de recursos determinada por prévias (e partidárias) escolhas orçamentárias não pode servir como instrumento de defesa da ampla discricionariedade administrativa e legislativa em matéria orçamentária, nem como óbice intransponível para a realização de direitos sociais.

Por esta razão, o Poder Judiciário quando instado a participar do processo de alocação dos recursos públicos, deve se manifestar acerca da conformação e da concretização de direitos sociais, utilizando-se da ponderação, razoabilidade e proporcionalidade para resolver o conflito entre a não efetivação de determinados direitos sociais fundamentais e o orçamento, neutralizando a sempre e constante invocação da reserva do possível, que deverá passar de fato presumido para fato devidamente comprovado.

2.4 – Implementação Progressiva e Proibição do Retrocesso Social

Como parte do processo de políticas públicas, a fase de avaliação e constatação dos resultados quanto à conformação e concretização dos direitos sociais deve ter como

parâmetro, sob o prisma jurídico, os princípios da implementação progressiva e da proibição do retrocesso social.

De acordo com a doutrina de Alessandra Gotti (2012, p. 102) o ordenamento brasileiro os consagra, ainda que implicitamente, nos artigos 1º, III, 3º, 5º, §1º, 170, 193 e nos artigos 3º, 170 e 193 da Constituição Federal, respectivamente. Há previsão também no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 2º, §1º), na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 26) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 1º), todos ratificados pelo Brasil, o que confere a estes princípios *status* de norma constitucional.

Dizer que a implementação de direitos sociais por meio de políticas públicas ocorre de maneira progressiva significa reconhecer que a plena efetivação dos direitos é atingida ao longo do tempo, mas sempre considerando, que o Estado deve atuar mediante a criação de condições materiais para a concretização dos direitos sociais denominados prestacionais e, mais, não podendo retroceder.

Nesse ponto podemos inserir a importância do planejamento e da avaliação, obtida por meio do controle, quando falamos em políticas públicas. Isso porque, diante da limitação orçamentária e da necessidade de dotação financeira previamente estabelecida é o planejamento de sua atividade prestacional ao longo do tempo que permite que o Estado preveja e implemente políticas públicas em matéria de direitos sociais.

É esta a interpretação que se extrai dos dispositivos legais que regulamentam os princípios da implementação progressiva e o da vedação do retrocesso social, especificamente o art. 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais os quais impõem ao Estado obrigações de comportamento e obrigações de resultado.

As obrigações de comportamento impõem ao Estado o dever de proporcionar o exercício dos direitos sociais no menor espaço de tempo possível, por meio de ações legislativas, financeiras, administrativas e sociais devidamente coordenadas para este fim[12]. Já a obrigação de resultado exige duas condutas principais por parte do Estado: a) implementar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, utilizando o máximo de recursos disponíveis para este fim; b) não adotar medidas de caráter deliberadamente regressivo (GOTTI, 2012, p. 107/108).

Em suma, o que se extrai do princípio da implementação progressiva é que os direitos sociais de natureza prestacionais, por demandarem de atuação do Estado, devem

[12] Neste ponto é possível identificar a essência dos princípios com aquilo que predomina (ou deve predominar) na fase de implementação de políticas públicas vista no item 1.2.3 *supra*.

conter metas administrativamente viáveis a serem cumpridas ao longo do tempo, mediante a criação de condições materiais que viabilizem as políticas públicas detectadas na agenda.

Sendo o planejamento, ato político que se traduz em processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente (SILVA, 2006, p. 809) é por meio dele que o Poder Público tem condições de concretizar o princípio da implementação progressiva da melhor forma que atenda aos ideais constitucionais em matéria de direitos sociais. É o planejamento adequado que minimizará a necessidade de controle por parte do Poder Judiciário na efetivação dos direitos.

Dessa maneira será possível incluir nos planos de governo a entrega de medicamentos mais eficazes nos tratamentos de doenças (ainda que mais custosos), mais escolas e creches, mais empregos e mais moradia.

> Para aferição do cumprimento desse princípio é fundamental que seja garantido o acesso à informação dos critérios utilizados pelo Estado para a elaboração das metas, inclusive da justificativa das prioridades eleitas, sendo especialmente útil para esse fim a utilização de indicadores sociais (GOTTI, 2012, p. 110)

O que o princípio contém é a previsão de probidade, eficiência e transparência na atuação do Estado, que deve conduzir o processo de políticas públicas de acordo com os fundamentos e objetivos traçados pela Constituição Federal em matéria de efetivação dos direitos sociais.

Quanto à proibição do retrocesso social em matéria de políticas públicas aplica-se o mesmo sentido dado constitucionalmente a esta cláusula quanto aos direitos fundamentais de modo geral (prestacionais ou não): o de que é vedada a revogação de normas constitucionais e ordinárias cujo conteúdo fundamenta-se em princípios que envolvem direitos fundamentais.

Há uma relação entre a cláusula de proibição do retrocesso e a proteção da dignidade da pessoa humana, haja vista que a intenção primordial desta vedação é a de proteger o núcleo essencial dos direitos e garantias fundamentais e sociais conquistados pelo cidadão (AGOSTINHO e BREGA FILHO, 2012, p. 253).

Impõe que durante o processo de efetivação dos direitos sociais não ocorram pioras no seu grau de fruição e que, segundo Alessandra Gotti (2012, p. 110) “poderá ser de duas ordens: normativo (aplicável à normas jurídicas) ou de resultados (aplicável ao resultado de políticas públicas)”.

A proibição do retrocesso está diretamente ligada, ainda, à segurança jurídica (SARLET, 2012-A, p. 442/443), que por sua vez é garantia que confere a estabilidade suficiente às pessoas em suas relações jurídica com seus pares e também com o Estado, além de constituir-se princípio da ordem jurídica estatal, estruturante do Estado de Direito.

Humberto Ávila (2011, p. 127) sustenta que a segurança jurídica, mais que um valor positivado, é uma noção inerente à própria ideia de Direito. Segundo ele: "Segurança jurídica é um valor constitutivo do Direito, visto que sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico. A função primeira do Direito é uma função asseguradora".

Estamos a falar de segurança nacional quanto à promoção da justiça social, de uma proteção às conquistas sociais alcançadas contra possíveis intervenções restritivas, para ir mais além, de um padrão de continuidade do ordenamento jurídico.

Assim, concretizado pelo legislador um direito social constitucionalmente previsto, o poder público (e mesmo o legislativo) não pode suprimi-lo ou relativiza-lo.

Nesse sentindo:

> [...] a vinculação isenta de lacunas do poder público aos direitos fundamentais, implica, na esfera da proibição de retrocesso, que não apenas o legislador (embora sua posição de destaque neste contexto), mas também os órgãos executivos, em especial no campo das políticas públicas e sua execução, esteja vinculado à proibição de retrocesso e sujeito, portanto, ao controle dos seus atos com base também neste princípio. (SARLET, 2012-A, p. 461)

A consequência dessa constatação é a de que a não observância da proibição do retrocesso, isto é, a adoção de qualquer medida legislativa ou executiva retrocessiva quanto a direitos sociais, será tida como (presumidamente) inconstitucional, submetida a controle, portanto.

Mas é preciso consignar, contudo, que, embora a proibição do retrocesso se traduza em limitação à atividade legislativa e administrativa, não é correto tomá-la como um total engessamento do sistema democrático.

Assim, podemos dizer que a invalidade do retrocesso poderá ser ilidida diante da preservação de um conteúdo que possa resguardar, ao menos, a dignidade humana. Ou ainda, diante de alguma alternativa ou compensação que seja capaz de preservar o padrão de proteção já alcançado, é dizer, conquistas sociais como a erradicação do trabalho infantil não podem ser revogadas sem que em seu lugar sejam criados novos programas de políticas públicas que preservem os direitos já assegurados e efetivados (CAMBI, 2010, p. 229).

3 PROCESSO E ATUAÇÃO POLÍTICA DO PODER JUDICIÁRIO

A jurisdição é instituto fundamental do direito processual em torno da qual gravitam os demais institutos da ciência processual como a ação, a defesa e o processo, este verdadeiro instrumento de atuação da função jurisdicional, do qual ela depende para existir no plano concreto. Assim é que, a legitimidade do poder do Estado no exercício da jurisdição está intrinsicamente ligada ao processo.

A ideia de poder, que está ao centro da visão moderna do direito processual, constitui um fator de aproximação do processo à política (DINAMARCO, 2009, p. 98), de maneira que, não há como falar em atuação por meio do processo jurisdicional despida de manifestação política, seja para a consecução de finalidades propriamente jurídicas, seja para finalidades sociais.

> Isso significa que as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – nem poderiam ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo. Por isso, são importantes apenas quando se faz uma abordagem crítica do direito atual a partir da sua análise histórica, isto é, da abordagem da sua relação com os valores e concepções do instante em que foram construídas" (MARINONI, 2012, p. 22).

Ainda, o advento do Estado Constitucional traçou novos parâmetros para a função jurisdicional, por primeiro porque quebrou o paradigma de que os direitos constitucionais fundamentais dependem da lei para instaurar um novo modelo em que a lei deve estar em conformidade com os direitos fundamentais. Como decorrência disso, temos num segundo momento uma atuação jurisdicional mais comprometida com a Constituição e, destarte, muito mais produtiva quanto aos valores sociais de hoje.

3.1 – A Função Jurisdicional e seus Escopos

Na linha tradicional do direito processual civil, tem-se a ideia de que jurisdição é função estatal destinada a promover a justa composição da lide, a pacificação social mediante a atuação do direito material. É este aspecto que, num primeiro momento, distingue a função jurisdicional das demais funções do Estado.

"Conceitua-se a jurisdição, a partir dessas premissas, como função do Estado destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos" (DINAMARCO, 2009, p. 315).

Ainda, com a doutrina de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2012, p. 155):

> [...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito subjetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado.

Deste conceito de jurisdição, podemos extrair duas de suas características que mais nos interessam no tocante à atuação do Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional: as características de substitutividade e imperatividade.

A primeira justifica-se pela conhecida vedação à autotutela imposta pelo Estado aos indivíduos, proibindo-lhes de realizar a justiça pelas próprias mãos diante dos conflitos de interesses[13], de modo que o único caminho autorizado para a sua resolução é o processo.

Destarte, ao monopolizar o exercício da jurisdição, surge para o Estado o dever de prestar tutela jurisdicional e, porque as partes não podem agir por si, os juízes agem em nome delas, substituindo-as. É dizer, o Estado substitui, imparcialmente, com uma atividade sua a atividade dos titulares dos interesses em conflito, dizendo ou satisfazendo o direito no caso em concreto.

Como desdobramento do exposto, e passando a análise da segunda característica, podemos afirmar que a substitutividade leva à compreensão da imperatividade.

O poder conferido ao Estado pressupõe a obediência dos jurisdicionados à solução apresentada pelo Poder Judiciário ao conflito posto em juízo. Utilizando-se desse poder, os juízes podem fazer cumprir rigorosamente suas decisões.

> Como se dá em todos os setores do exercício do poder estatal, o juiz atua no processo de modo inevitável, o que significa que a efetividade de suas decisões não deve depender da boa-vontade dos sujeitos envolvidos (disposição a obedecer) nem de sua prévia disposição a aceitar resultados futuros. O processo não resulta de

[13] Outras vezes a substitutividade se faz presente quando o ordenamento jurídico impede as partes de satisfazerem seus interesses, ante a configuração de direitos indisponíveis. "A 'jurisdição voluntária' é o instrumento de que se serve o Estado para resguardar, por ato do juiz, quando solicitado, bens reputados pelo legislador como de alta relevância social". A definição é de Arruda Alvim (2010, p. 240) que, não obstante, entende que jurisdição voluntária não é própria e naturalmente jurisdição.

> qualquer acordo de vontade entre os litigantes e, para ter início, basta a iniciativa de um deles (DINAMARCO, 2009, p. 38)

A atuação da atividade jurisdicional é ato de autoridade que decorre do exercício de uma função de Estado e que impõe, portanto, sujeição daqueles que dela se valem.

De tudo o que foi exposto, conclui-se que, havendo o conflito de interesses, não podem os titulares do(s) direito(s) envolvido(s) impor uns aos outros a sua decisão, devem, outrossim, ser substituídos pela vontade do Estado-Juiz e curvarem-se à sua decisão que definirá o caso concreto e conformará a norma a ele aplicável. Este é um dos aspectos do princípio do acesso à justiça esculpido constitucionalmente no art. 5º, LXXV e que fundamenta a tutela jurisdicional resultante do processo.

Mas isso não basta para explicar a função jurisdicional.

No Estado contemporâneo a jurisdição vai além. A substituição da vontade das partes pela vontade do Estado que decide imperativamente condiciona-se aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. O próprio princípio do acesso à justiça alçado à categoria de direito fundamental garante que a jurisdição deve prestar, por meio do processo, tutela jurisdicional apta a realizar as opções políticas e os valores trazidos pela Constituição.

> Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos [...]. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 12)

Assim, podemos avançar afirmando com base no raciocínio já explanado que a evolução do direito processual civil a partir do constitucionalismo atribui à jurisdição mais de um escopo, isto é, além do escopo de pacificação social mediante a aplicação da lei (com nítida finalidade social e jurídica, respectivamente), a função jurisdicional deve preocupar-se com a realização dos objetivos e fundamentos traçados pela Constituição Federal para o Estado (escopo político), pois jurisdição é também Estado.

O processo passa a ser visto como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais à luz do dever de proteção do Estado como reflexo da tomada de consciência de que a Constituição Federal, fundada na dignidade humana (OLIVEIRA e BRITO, 2011, p. 343).

E é isso que se coloca como ponto central para que sejam dadas as devidas respostas às perguntas acerca da efetivação de direitos sociais ou implementação de políticas públicas por meio do processo.

Como expressão do poder, a jurisdição é função do Estado e, como em toda função, o seu exercício está associado ao "cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica" (MELLO, 2010, p. 29).

Destarte, a atividade jurisdicional tem implicações com a estrutura política do Estado.

Ela reflete, na conjuntura em que se insere, a fórmula das relações entre o Estado e sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais. Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como um poder, percebe-se que sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas (DINAMARCO, 2009, p.181).

Não se quer dizer com isso que se despreza a importância dos demais escopos da jurisdição ou que a atividade jurisdicional deixa de ser uma atividade de conformação da lei, mas que vai além, para culminar na reconstrução axiológica do texto legal diante do caso em concreto e em função da Constituição Federal.

Note-se que ao juiz, é dada a incumbência de proteção dos direitos individuais, coletivos e sociais, fundamentada na interpretação teoria dos direitos fundamentais, na teoria dos princípios e na técnica da interpretação conforme a vontade constitucional.

Isso implica a adoção de novos métodos de julgamento, novas formas de aplicação do direito e uma nova concepção do próprio direito.

Sobre métodos de julgamento e formas de aplicação do direito, tem-se que a subsunção, tida anteriormente como método precípuo de aplicação da lei e consequente solução de conflitos, não mais atende às necessidades dos conflitos que atualmente se põem à apreciação do Judiciário.

"Assim, de mero meio de aplicação da lei, o processo passou a ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, principalmente no que tange ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana" (SOARES e MASSINE, 2010, p. 198).

A subsunção, como mecânica verificação de tipicidade entre fatos e descrições legais, perde sentido e efetividade quando a simples investigação do conteúdo dos textos

legais depende de um valorativo exercício mental do juiz, que deve analisar as palavras da lei sempre à luz das disposições constitucionais.

De maneira geral, aliás, a figura do intérprete se encontra cada vez mais valorizada e a doutrina jurídica se apressa em formular uma hermenêutica que confira mínimo regramento à atividade interpretativa.

Essas tendências apresentam relações íntimas com a nova concepção do direito: o chamado pós-positivismo, que representou uma mudança no paradigma tradicional do direito, pela influência de uma nova doutrina jurídica, atenta ao aspecto material da lei e à efetiva implementação dos valores de justiça e igualdade.

A lei, na visão estritamente positivista entendida como referencial indiscutível de definição do direito, perdeu grande parte de sua mística, especialmente pelo entendimento de que o direito é distinto e não se resume à lei.

Nesse sentido é a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p.179):

> Na terceira fase do Estado de Direito – Estado de Direito Democrático –, duas ideias fundamentais foram introduzidas: a de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o aspecto material, e não apenas formal.

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível a análise do conteúdo da lei e seu cotejo com as disposições constitucionais e as exigências sociais, deixando de figurar a lei como instrumento privilegiado tão somente por sua forma.

É nesse sentido que se põe a expressão ‘desmistificação da lei’, utilizada por Jacques Chevallier, em referência à tendência de desmistificação da vontade geral contida na lei, dogma fundante dos Estados de Direito, concebido inicialmente por Jean Jacques Rousseau[14].

Repita-se, pois, o fenômeno de alteração dos contornos da legalidade contemporânea está intimamente ligado a outras tendências, tais como as de constitucionalização do direito, de incremento da força normativa dos princípios, de utilização

[14] A nosso ver, existe certa tendência no pensamento dos juristas adeptos do movimento pós-positivista de aproximação em relação à realidade. Muitas das ficções outrora concebidas para estruturação dos sistemas jurídicos são hoje contestadas ou rejeitadas, por não atenderem aos anseios sociais e políticos a que o direito está inegavelmente vinculado. A teoria rousseauniana que concebe a lei como instrumento que resulta da vontade geral se apresenta como uma das ficções que podem, em determinados casos, estar em confronto com a realidade. Não são raros os casos em que se verifica o total descompasso da lei em relação à vontade predominante na sociedade, como também são numerosas as leis editadas sem a observância do regramento constitucional respectivo, em flagrante afronta às disposições da Constituição Federal. Em um ou outro caso, o sistema jurídico resta abalado, já que seu instrumento historicamente precípuo, a lei, deixa de cumprir sua função material de distribuir de maneira justa direitos e deveres.

da técnica legislativa das cláusulas gerais e de superação da concepção estritamente positivista do direito.

Por certo, essas tendências, à primeira vista ligadas ao direito material, trazem sérias consequências à jurisdição e ao processo, meio e modo pelo qual se exerce a jurisdição.

O panorama geral é este: valorização da Constituição e de seu intérprete, instrumentos mais flexíveis para solução dos conflitos (princípios e cláusulas gerais) e concepção não positivista do direito.

Assim, segundo nos parece, o quadro apresentado resultaria inevitavelmente, como de fato resultou, naquilo que se convenciona chamar ativismo judicial.

A expressão *ativismo judicial* é aqui utilizada em sentido amplo, "que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações [...] em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados [...]" (RAMOS, 2010, p. 110).

O ativismo, na acepção ampla que se adota, portanto, representa postura interpretativa dinâmica, que permite à jurisdição evoluir de uma condição de passividade em face das disposições legais para uma atuação de permanente valoração e crítica da legislação, à vista do interesse de solução justa dos conflitos e aplicação adequada do direito (fenômeno, como já afirmado, distinto e mais abrangente do que a lei formal).

No tocante aos direitos sociais, este fenômeno denominado ativismo revela o escopo político do processo, na medida em que o Poder Judiciário está vinculado à concretização dos direitos fundamentais sociais. É dizer, a jurisdição deve, quando necessário, garantir que o Estado oferte aos cidadãos as mínimas condições de sociabilidade e dignidade.

Esses desdobramentos da função jurisdicional, por certo, tem relação com o pensamento que concebe os direitos sociais como plenamente exercitáveis, raciocínio estruturado sobre as teorias de força normativa da Constituição e de seus princípios (conforme menção já feita neste trabalho).

3.2 O Modelo Constitucional do Processo

Juntamente com a evolução da jurisdição e de seus escopos apresenta-se a evolução do processo como método de atuação da função jurisdicional, que resultou na

concepção contemporânea acerca da sua instrumentalidade, seja no tocante ao seu aspecto conceitual, seja naquilo que diz respeito ao seu modo de ser.

Essa evolução do processo para a fase instrumentalista permite reconhecer que sua importância está em seus resultados, e como consequência disso José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 14) afirma que o legislador constituinte, ao perceber essa circunstância fundamental, "estabeleceu considerável corpo de normas, que integram o direito processual constitucional".

Assim é que o processo passa a ser visto como mecanismo para se alcançar um fim, legitimar a atividade jurisdicional e viabilizar a atuação do Estado-Juiz na tutela dos direitos segundo uma dimensão traçada pela Constituição Federal. Ao representar a garantia dos cidadãos de acesso ao Poder Judiciário, possibilita a participação popular no poder e na reivindicação da concretização dos direitos fundamentais (MARINONI, 2012, p. 475).

Sob a perspectiva do constitucionalismo e do pós-positivismo "o processo é instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados" (DINAMARCO, 2009, p. 63) e condutor da exteriorização de sua vontade perante todos os seus destinatários.

Assim, considerados esses objetivos e baseado em tudo o que foi exposto acerca da função jurisdicional é possível, pois, afirmar que é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da existência do processo e demais institutos do direito processual e que caracteriza o fenômeno da publicização do processo.

É dizer, como os publicitas, que o processo visa à consecução de finalidades públicas que condicionam e justificam a sua existência e a forma como ele se desenvolve.

Isso porque a atual concepção de interesse público nasce com o Estado Social e fundamenta-se no bem comum. Nesse sentido:

> "É também a concepção presente na Constituição do Brasil, de 1988, que adota os princípios do Estado Social de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e confirmado no artigo 3º, que atribui à República, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos [...]; além disso, no título VIII, a Constituição coloca como base da ordem social o primado do trabalho e como objetivo o bem estar e a justiça sociais (art. 193) [...]. (PIETRO, 2010, p. 209).

"O interesse público perde o caráter utilitário adquirido com o liberalismo e volta a revestir-se de aspectos axiológicos" (PIETRO, 2010, p. 208), além de revelar a preocupação com a dignidade do ser humano, sendo, por isso mesmo universal.

Esse novo horizonte quanto à função jurisdicional do Estado repercute, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p. 87) nos três pilares em que se assenta o direito processual civil. Quanto ao processo a consequência disso é que ele deixa de ser tão somente um instrumento que veicula o direito de ação para apresentar-se como uma relação jurídica de interesse público, preordenada a ser o meio de participação social através da justiça.

Nessa linha é possível concluir que a produção da vontade do Estado por meio do processo está condicionada, seja na sua formação, seja no seu resultado, aos preceitos do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição Federal.

> Nesse contexto, o processo deve ser entendido como técnica que busca garantir que o equilíbrio entre "fins" (os "escopos do processo") e "meios" (o "modelo constitucional do processo civil") seja adequadamente alcançado. É ele, como método, como técnica de manifestação do Estado que garante o indispensável equilíbrio entre "autoridade" e "liberdade" e bem realiza, por isso mesmo, o modelo de Estado Democrático de Direito que, para voltar ao ponto de partida, justifica-o e, mais do que isso, o impõe (BUENO, 2012, p. 426).

Discorrer acerca do modelo constitucional do processo é discorrer sobre o seu modo de ser conforme a Constituição Federal, como ela quer que o processo seja. E mais, é analisar se o ordenamento processual infraconstitucional encontra-se em consonância com os valores inscritos na Constituição e se tem condições de concretizá-los.

O processo, nesse diapasão, deve concretizar os valores e ideologias que a Constituição pretende sejam realizados. É esta concepção que deve nortear, portanto, o legislador e o juiz na criação, interpretação e aplicação do direito por meio do processo. "O processo existe para ser vir ao homem e não o homem para servir ao processo" (SOUZA, 2005, p. 41).

Há, ainda, um aspecto importante a ser considerado e que deve ser esclarecido em razão da opção epistemológica desta pesquisa no que diz respeito ao processo.

Tendo como eixo central a Constituição Federal, o estudo constitucional do processo envolve, de um lado, a tutela constitucional do processo, representada pelos princípios e garantias que, vindos da Constituição, ditam padrões políticos para a vida daquele e que, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 194) "trata-se de imperativos cuja observância é penhor da fidelidade do sistema processual à ordem político-constitucional do país".

De outro lado, temos a jurisdição constitucional das liberdades, que se traduz nos instrumentos para o exercício de uma função jurisdicional voltada para a efetividade dos

preceitos contidos na Constituição. Nesse diapasão, a própria Constituição prevê procedimentos jurisdicionais diferenciados, dispõe sobre o modo de ser do processo e das instituições que desempenham as funções essenciais da justiça.

Para a compreensão do modelo constitucional do processo como corolário da atividade jurisdicional é preciso compreender e aceitar que a Constituição Federal, com sua força normativa, deve ser o fio condutor para as decisões judiciais dos casos em concreto, até mesmo sobrepondo-se à lei, se necessário.

"A efetividade da Constituição é, pois, agenda obrigatória de todos os juristas preocupados com a transformação de uma sociedade como a brasileira, que em mais de cinco séculos de existência produziu pouca democracia e muita miséria" (STRECK, 2012, p. 90).

Atuar o processo à luz da Constituição é superar o paradigma positivista e prestigiar a legitimidade do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais e sociais, inclusive mediante o controle da atividade legislativa e administrativa em matéria de políticas públicas.

3.3 Acesso à Justiça e Judicialização da Política

Sob um prisma periférico, porém não sem importância, o acesso à justiça decorre da vedação à autotutela e traz, como consequência, o dever de manifestação por parte do Estado Juiz acerca daquilo que foi posto à apreciação.

Está previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual nada pode impedir que os jurisdicionados sejam ouvidos em juízo, por meio do processo, mecanismo estatal para a solução dos conflitos. É direito subjetivo ao processo. É, destarte, "poder ou direito exercido perante o Estado" (BEDAQUE, 2010, p. 235), pois garante a todos o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Analisado sob o prisma teleológico, o acesso à justiça pode assumir vários contornos e apresentar desdobramentos e consequências que poderiam ser analisados considerando vários aspectos jurídicos, de direito material ou processual, inclusive com enfoques privatistas, como bem pontua o professor Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p.21/33).

Especificamente sob o enfoque da judicialização de políticas públicas, não se pode deixar de constatar que a evolução quanto à interpretação acerca do princípio do acesso à justiça decorre do Estado Constitucional, isto é, da força normativa da Constituição Federal.

Portanto, a jurisdição exerce um importante papel no controle jurídico da legitimidade do poder político. Nenhum dos Poderes está acima da Constituição (estatuto jurídico do político), de maneira que qualquer desvio jurídico-constitucional praticado por qualquer instância de poder está sujeito à fiscalização judicial (CAMBI, 2010, p. 211).

Assim é que, para a finalidade que se propõe este trabalho, o acesso à justiça deve ser encarado, não só como o direito de ingresso em juízo (de acionar o Poder Judiciário), mas também como garantia constitucional de efetivação de direitos e conformação da lei e da Constituição, desta principalmente.

Nesse sentido:

> O que determina a atuação do Poder Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, é a salvaguarda pró-ativa do bem comum. E, nesse sentido, a tese substancialista afirma que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista. Não se trata de judicialização da política e das relações sociais, mas do cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos direitos fundamentais sociais e ao núcleo político do Estado social previsto na Constituição de 1988.
> Esta tarefa, entretanto, não é uma opção do Poder Judiciário, mas decorre de ato soberano e constitucionalmente vinculado (CANELA JUNIOR, 2011, p. 77).

Reconhece-se, destarte, legitimidade ao Estado-juiz para participar das escolhas e opções políticas feitas no âmbito da gestão da coisa pública, legitimidade que resulta da postura ineficiente do Poder Público na concretização dos direitos, atraindo para o processo os conflitos políticos.

A ampliação acerca da interpretação do conteúdo do princípio do acesso à justiça, para incluir a apreciação de questões políticas pelo Poder Judiciário, também conhecido como judicialização da política "não toma a palavra política no sentido partidário, até porque a atuação dos partidos políticos se desenvolve, precipuamente nos Parlamentos, segundo o ideário e os programas adrede estabelecidos em seus atos constitutivos [...]" (MANCUSO, 2012, p. 76).

A desconfiança popular nos Poderes Executivo e Legislativo leva a crer que o Poder Judiciário, independente e neutro, estaria mais habilitado a corrigir as falhas do processo democrático, bem como não seria tão influenciado com as contingências e alternâncias de poder.

Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso (2012, p. 76) o acesso à justiça passa a englobar a discussão de controvérsias envolvendo as diversas políticas públicas desenvolvidas e implementadas pelo Estado, permitindo a intervenção do Poder Judiciário no âmbito de atuação da Administração Pública em matéria de direitos sociais.

Portanto, o acesso à justiça deve ser analisado sob a ótica da normatividade legal e principiológica da Constituição Federal, com o objetivo de justificar o exercício da função jurisdicional e o dever de manifestação do Estado, principalmente no tocante ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, ponto central da atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas.

É dizer, com Carolina Estrela de Oliveira Sacchi e Sérgio Tibiriçá Amaral (2013, 265) que o ativismo judicial se revela como uma nova forma de relacionamento entre os órgão dos poderes, sendo consequência da instituição do Estado Social, sendo medida necessária para a concretização dos direitos fundamentais.

Além disso, o que se considera aqui é o acesso à justiça sob a perspectiva de acesso à ordem jurídica justa, o direito de acesso à justiça como direito a uma justiça composta por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 135).

Nessa perspectiva se insere um sistema processual apto a proporcionar tutela jurisdicional que atenda aos escopos da jurisdição por meio do processo, ou seja, do acesso à justiça como forma de acesso a efetivos resultados, não só jurídicos, mas também sociais e políticos.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 745/746), ao analisar o acesso à justiça sob a ótica política, menciona como tendências políticas do processo a universalização da tutela jurisdicional, com maior participação da população na vida do processo, a informação como forma de consciência e a formação de uma nova figura sócio-política, que é o magistrado cidadão, ou o jurista cidadão. E conclui:

> Tal é o quadro do movimento bivetorial que um constitucionalista brasileiro moderno identificou e denominou politização da Justiça e justicialização da Política. É o espelho da integração política do processo mesmo como sistema, entre as instituições do Estado e da sociedade, na sua feição e tendência moderna de repúdio ao tecnicismo tradicional e ao isolamento em relação à vida social (grifado no original).

Assim é que, a força normativa da Constituição Federal conduz o magistrado, na interpretação da norma e sua produção no caso em concreto, à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive na hipótese de omissão legislativa.

Nesse ponto é oportuna a lição de Jairo Néia Lima (2010, p. 93) a respeito da importância da atuação jurisdicional em matéria de políticas públicas: “a concretização da inclusão social por meio da jurisdição não alberga um juiz neutro, insensível aos problemas sociais que o Brasil enfrenta. O comprometimento com os objetivos do art. 3º da Constituição Federal afasta a ficção da neutralidade da jurisdição e do julgador”.

Compreender a lei a partir dos princípios constitucionais e direitos fundamentais é inverter a lógica da ideia de que esses direitos dependem de lei, representando uma reação contra o princípio da supremacia da lei e contra o absolutismo do legislador (MARINONI, 2012, p. 97).

A ampliação da atuação do Poder Judiciário é reflexo da própria expansão política do Estado e do descrédito que os cidadãos passaram a ter nos seus representantes eleitos.

3.4 Judiciário, Texto e Norma

Para o estudo do tema da interferência do Poder Judiciário na definição e implementação de políticas públicas mostra-se essencial também analisar a diferenciação sabidamente existente entre texto legal (norma em abstrato) e norma jurídica (norma em concreto).

É por demais relevante tal distinção e esta acaba por gerar consequências nas concepções e delimitações das competências constitucionais do Poder Judiciário e dos demais Poderes de Estado.

O texto legal consiste em prescrição abstrata que, dotada de sentido semântico, a rigor, não se revela como comando concreto, norma jurídica de solução de determinado conflito, senão após o exercício da etapa de interpretação jurídica.

Praticamos a interpretação do direito não porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa. Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo não nos limitamos a interpretar e compreender os textos normativos, mas também compreendemos e interpretamos a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado. (GRAU, 2013, p. 31).

A norma em concreto somente se revela em sua completude após o exercício interpretativo formulado pelo aplicador do direito, o qual leva em conta dados variados, dentre os quais se encontram o próprio texto legal e outros elementos, tais como todas as demais prescrições do ordenamento (interpretação sistemática), as circunstâncias do próprio caso concreto e a realidade que as cercam.

A edição de ato normativo, portanto, não torna prescindível o exercício posterior a ser realizado pelo intérprete e do qual emanará, a partir do texto legal, a norma jurídica válida, vigente e pertinente a determinado caso concreto posto à análise do julgador.

Eros Grau (2006, p.30 e 40) já advertiu, em obra sobre o tema:

> O direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A 'completude' do texto somente é atingida quando o sentido por ele expresso é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. [...] Nego peremptoriamente a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para o caso jurídico – ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico. Nem mesmo o juiz Hércules [Dworkin] estará em condições de encontrar para cada caso uma resposta verdadeira, pois aquela que seria a única resposta correta simplesmente não existe.

Revela-se, assim, a relação existente entre o Poder Judiciário, os textos legais e as normas jurídicas válidas e adequadas a cada um dos casos concretos submetidos a julgamento.

A função jurisdicional está ligada à interpretação da norma, mas tem como aspecto essencial dar efeito concreto ao conteúdo substancial do ordenamento jurídico, encontrado na Constituição Federal, em outras palavras, o juiz para conferir sentido ao caso concreto submetido a julgamento deve estar consciente do significado do texto constitucional, já que sua tarefa é também concretizar esses valores (MARINONI, 2012, p. 11).

E é natural que a norma jurídica em concreto deve surgir do exercício reto e adequado de todos os Poderes estatais e, embora, em ultima instância essa seja uma função exercida precipuamente pelo Poder Judiciário, este deve respeito ao princípio constitucional da separação de Poderes.

Destarte, segundo Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (2011, p. 45), o respeito à autonomia e independência entre os Poderes estatais resulta que (e limita) a função jurisdicional à atuação do Direito, seja solucionando conflitos ou manifestando o significado

do ordenamento jurídico[15], está sempre vinculada à Constituição e nela encontra sua legitimidade.

Entretanto, a mesma Constituição que impõe o respeito ao princípio da separação dos Poderes também exige a quebra da neutralidade política do Poder Judiciário na medida em que traça objetivos sociais e que tem como fundamento direitos que necessitam de uma prestação positiva por parte do Poder Público, exigindo, pois, que seu autêntico intérprete e construtor da norma no caso concreto possa, por meio de suas decisões, corrigir distorções e suplantar omissões quanto à efetivação desses direitos.

Os argumentos contrários à legitimidade do Poder Judiciário em matéria política baseia-se no contramajoritarismo que caracteriza a jurisdição constitucional nesse aspecto. Porém, pensamos como Lênio Streck (2012, p. 76) no sentido de que a regra contramajoritária deve ir além do estabelecimento de limites formais às maiorias eventuais, pois representa compromisso do resgate das promessas que apontam para as vinculações positivas (concretização de direitos prestacionais) e para vinculações negativas, como a proibição do retrocesso social.

Se o Estado existe para atender ao bem comum e, consequentemente para satisfazer direitos fundamentais, garantindo a igualdade material entre os cidadãos, impondo-se a ele, portanto, uma atuação positiva de dar, fazer e prestar que permitirá a fruição dos direitos, obviamente que a função de controle do Poder Judiciário se amplia (GRINOVER, 2011, p. 26).

É importante consignar a esta altura que, a atividade de interpretação e hermenêutica desenvolvida pelo juiz no caso em concreto e que se permite chegar a norma de decisão a ele aplicada deve levar em consideração os princípios (ou técnicas/pautas/postulados) da proporcionalidade e razoabilidade.

É mediante seu emprego que se faz possível analisar se o legislador ou a Administração Pública atuou de acordo com os interesses maiores dos indivíduos ou da coletividade estabelecidos na Constituição Federal, apreciando, destarte, a razoabilidade da pretensão e a proporcionalidade da escolha/atuação do Poder Público (GRINOVER, 2011, p. 38).

---

[15] Nesse ponto é importante o esclarecimento de que a atividade interpretativa pode ser: a) de mera subsunção, quando entendido que o Poder Judiciário, "no quadro das separações dos Poderes seria apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; não é mudo, mas apenas pronuncia o que foi dito pelo legislador" (GRAU, 2013, p. 44) ou b) de produção da norma pelo intérprete (adotada como argumento neste trabalho), na medida em que o texto legal necessita sempre de interpretação até chegar a sua concretude, e que causa perplexidade em certos juristas por colocar a hermenêutica jurídica no mesmo plano de importância da técnica legislativa de elaboração das leis.

Segundo Humberto Ávila (2011, p.195):

> O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito

A razoabilidade é diretriz resultante da relação entre normas gerais e normas individuais, mostrando a perspectiva adotada para aplicação da norma ao caso concreto, ou ainda, indicando as hipóteses em que o caso individual (com suas especificidades) deixa de se enquadrar na norma geral. Ela exige um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, bem como uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. A razoabilidade pode significar também equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (ÁVILA, 2011, p. 195)

Ainda no exercício de sua típica função jurisdicional vinculada à Constituição, é válido que o Poder Judiciário afaste a aplicação de determinado texto normativo, por considera-lo inválido em face de todo o sistema jurídico (controle concentrado ou incidental de constitucionalidade dos atos normativos).

Observe-se que não se trata de usurpação de função de outros poderes, já que tal exercício se insere na típica competência do Poder Judiciário de dizer o direito em última instância, zelando pelo próprio sistema jurídico e em especial pela autoridade da Constituição.

> Todas essas considerações levam ao entendimento de que o controle de constitucionalidade poderá ser maior ou menor, mas sempre existirá, devendo ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação dos Poderes. [...]. Os direitos fundamentais, quanto mais forem restringidos e mais importante forem na ordem constitucional, mais devem ter sua realização controlada. A tese da insindicabilidade das decisões do Poder Legislativo, sustentada de modo simplista, é uma monstruosidade que viola a função de guardião da Constituição atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a plena realização do princípio democrático e dos direitos fundamentais bem como a concretização do princípio da universalidade da jurisdição (ÁVILA, 2011, p. 189).

Assim é que o juiz deve respeito aos parâmetros normativos postos pelos outros Poderes, mas deve respeito maior à Constituição, e, ao verificar afronta à lei suprema por determinado ato jurídico (normativo ou não), deve encontrar a norma jurídica adequada ao caso, num silogismo racional e fundamentado, ainda que para tanto tenha de afastar texto legal existente, ainda que seja necessário repreender medida adotada por outros Poderes de Estado.

4 INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Muito já se discorreu sobre o ativismo judicial em matéria de políticas públicas, com argumentos favoráveis à atuação do Poder Judiciário baseados, essencialmente, na necessidade de se conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais sob pena de esvaziamento de seu conteúdo, e com argumentos contrários a essa interferência, alicerçados na argumentação de que as manifestações judiciais nesse sentido ferem o princípio da separação dos Poderes e a própria concepção de democracia.

O que se vê, de todas as opiniões a respeito é que existe uma interdependência entre as funções do Estado no exercício da democracia. Nesse sentido:

> Universalização do direito e democratização da política – especialmente quando se sabe que, na democracia representativa, a lei deve ser a expressão da soberania popular – sugerem enorme interdependência entre os sistemas jurídico e político. Isso de fato ocorre: a representatividade é dependente das regras fixadas pelo direito e vice-versa. Porém, o que caracteriza a modernidade, até mesmo como decorrência desse grande intercâmbio dos sistemas é a separação de funções entre o direito e a política. As instituições representativas podem criar o direito novo, desde que, no processo legislativo, respeitem os limites impostos pelo próprio direito. Os tribunais também podem tomar decisões de cunho político inovador, desde que, no processo judicial, observem as balizas estabelecidas pelo sistema político (CAMPILONGO, 2011, p. 74).

Indiscutível é a ascensão institucional do Poder Judiciário, provocada pela inafastabilidade da jurisdição e pelo modelo jurisdicional de controle de constitucionalidade (jurisdição constitucional), responsável, num segundo momento pelo estabelecimento de uma relação entre direito e política, em razão da prestação jurisdicional e interpretação das normas jurídicas, fenômeno conhecido como judicialização da política e ativismo judicial.

Segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 5), a judicialização, no contexto brasileiro:

> [...] é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...]. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Não se trata de uma intromissão espontânea, mas sim da participação do povo no controle da boa gestão da coisa pública, mediante a utilização de técnicas processuais que naturalmente induzem uma intervenção judicial (MANCUSO, 2011, p,86).

Por primeiro cumpre-nos esclarecer que o enfoque da atuação do Poder Judiciário sobre esta matéria (direitos sociais e políticas públicas) será feito sob quatro óticas diferentes, mas que se complementam: *i)* da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas constitucionais que tratam dos direitos sociais; *ii)* da inafastabilidade do controle jurisdicional sobre quaisquer lesões ou ameaças a direitos; *iii)* da existência ou não de implementação de políticas públicas pelo juiz considerando a posição já externada no item 1.1.3 de que política pública é também processo na acepção ampla do termo; e, por fim, *iv)* da forma como o magistrado deve decidir acerca de políticas públicas sendo que, em muitos casos, é instado a decidir pela prevalência deste ou aquele direito fundamental em caso de colisão.

Por segundo, vale ressaltar que, por opção metodológica, os itens seguintes abordarão os pontos supracitados (com exceção do item *iv*) nas diferentes formas procedimentais que se estabelecem em razão dos elementos subjetivos e objetivos das demandas postas em juízo e das consequências das decisões judiciais em cada uma delas.

Por fim, não há como adentrar no estudo do controle jurisdicional das políticas públicas pelo Poder Judiciário, sem antes definir se ele é legítimo, o que necessariamente deve passar pela análise da separação de funções/Poderes e do controle da discricionariedade política e administrativa, o que será desenvolvido a seguir.

4.1 Separação de Funções e Controle da Discricionariedade Política e Administrativa

O sistema constitucional-administrativo brasileiro, da forma como estabelecido na Constituição Federal de 1988, adota o princípio da separação de funções estatais, preconiza a convivência harmônica entre os Poderes (conjuntos de órgãos incumbidos de cada uma das funções estatais) e estabelece entre estes determinadas formas de controle (freios e contrapesos).

A separação de funções é construção política de consagração jurídica que consubstancia-se na preservação da liberdade dos homens contra os abusos dos governantes, “tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo de principais, nobres ou povo,

exercessem estes três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões particulares" (MELLO, 2010, p. 31/32).

No campo da função legislativa, o controle dos atos fundamenta-se e tem como limite, quanto ao aspecto material, a supremacia das normas constitucionais, segundo a qual nenhuma lei ou ato normativo deve irradiar efeitos jurídicos se estiver em desconformidade com a Constituição e instrumentaliza-se pelo sistema de controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos.

A sua legitimidade democrática decorre do poder constituinte, da escolha feita pelo povo e de suas vontades, as quais devem prevalecer sobre as maiorias parlamentares eventuais. Dito de outro modo: "o órgão judicial não impõe sua vontade nem seu próprio juízo de valores, mas apenas submete os legisladores atuais a escolhas prévias feitas pelo povo" (BARROSO, 2011, p. 77).

Isso significa que o papel das Cortes Constitucionais, nas democracias contemporâneas, não consiste na imposição de valores substantivos, extraídos da Constituição ou de fora dela, mas de figurar como árbitros do processo de representação das democracias contemporâneas para que as maiorias não destruam as minorias (ALVES, 2012, p. 274).

Importante mencionar que, no tocante ao controle de políticas públicas que envolvam direitos sociais, não só o controle de constitucionalidade é instrumento legitimador da atividade jurisdicional (embora sempre exercido de forma difusa), mas também a função pacificadora que exsurge da lesão ou ameaça de lesão a direito (conflito de interesses) legitima a atuação do Estado-Juiz.

Ao examinar o caso em concreto e exercer um juízo de interpretação e aplicação dos textos legais quanto aos direitos sociais, o Poder Judiciário está sempre a buscar a realização de direitos fundamentais, pautado, ainda, nos objetivos e fundamentos do Estado traçados pela Constituição Federal.

Assim, ainda que de maneira indireta (nem sempre mediante controle difuso), haverá incidência das normas constitucionais no controle exercido pelo Poder Judiciário em matéria de políticas públicas.

Já no que se refere ao relacionamento entre a Administração Pública e o Poder Judiciário, foi consagrado em nosso país o chamado sistema administrativo inglês, judiciário ou de jurisdição única.

Nesse sistema, é o Poder Judiciário quem exerce, em caráter definitivo, controle de legalidade sobre os atos da Administração Pública É possível extrair tal constatação do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Tal dispositivo estabelece

o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição e revela (como reflexo no campo do Direito Administrativo) a adoção do sistema administrativo inglês, no qual é o Poder Judiciário quem soluciona todo e qualquer conflito, seja ou não a Administração parte ou interessada.

É relevante que assim seja, pois na tradição do sistema jurídico brasileiro, ninguém melhor do que o Poder Judiciário para dizer o direito em última instância[16].

Segundo Valter Foleto Santin (2004, p. 223):

> A separação de funções estatais em legislativa, executiva e judiciária não impede o controle judicial. A atividade jurisdicional do Estado, por meio do Judiciário, na solução da lide entre particulares ou entre particulares e órgão estatais ou entre os próprios órgãos estatais, é compatível com o sistema, porque o controle último dos órgãos estatais procede-se pelo processo judicial.

Contudo, o reconhecimento da adequação constitucional e da relevância do controle da atuação da Administração Pública pelo Poder Judiciário não elimina a necessidade de se estabelecerem limites ao próprio controle.

A limitação da atividade de controle impede que sejam outorgados poderes ilimitados ao Poder Judiciário, evitando-se assim que ocorra a mera substituição dos juízos, competências ou atos do órgão ou agente controlado pelas convicções, poderes ou posturas do controlador e consubstancia-se na identificação da função estatal associada a cada um dos Poderes (função típica).

> Tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência de outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação de modelos de conduta institucionais (RAMOS, 2010, p. 116). (grifado no original).

A questão atinente ao controle de legalidade dos atos da Administração Pública revela essa complexidade, em especial quando se trata do controle exercido por outros Poderes ou órgãos, tais como o Poder Judiciário.

---

[16] Embora não seja de nossa tradição jurídica, há países em que os conflitos em que haja interesse da Administração são julgados em sua maioria por órgãos julgadores integrantes da própria Administração ou de uma esfera de Justiça Administrativa. O clássico exemplo é o da França, em que se criou o Conselho de Estado, órgão de cúpula da Justiça Administrativa no país.

Evidentemente não se poderia permitir o exercício de controle com poderes ilimitados, sob pena de se propiciar que membros do Poder Judiciário se substituam ao administrador na tomada de decisões, realização de escolhas e prática de atos que, em princípio, incumbem ao administrador, agente público devidamente investido de poder para tanto.

Discorrendo acerca da discricionariedade administrativa em matéria de saúde pública Elival da Silva Ramos (2013, p. 496) afirma que os magistrados não podem afastar as opções técnicas do administrador para dar guarida a postulações de prestações de saúde amparadas em documentos da responsabilidade de médicos particulares. Tais decisões, além do uso inapropriado da técnica da ponderação, fazem "tabula rasa" dos limites impostos pela discricionariedade administrativa.

Uma vez que a lei outorga à Administração a discricionariedade para decidir qual a opção mais apta a realizar o interesse público, ao Poder Judiciário é vedada a violação do mérito do ato administrativo (SOUZA e MATTOS, 2011, p. 254).

Tendo em vista essas preocupações, e no decorrer de décadas de estudo, desenvolveram-se conceitos e teorias limitadores da atividade de controle, dentre os quais os conceitos de discricionariedade administrativa e de mérito da ação administrativa.

A discricionariedade deve ser entendida como característica presente em certos momentos da atuação administrativa, mediante a qual se vislumbra alguma margem de escolha por parte do agente público competente, o qual, embora sempre adstrito às disposições legais, pode optar entre alternativas, todas consideradas válidas perante o direito.

Tem como fundamento político a "absoluta impossibilidade lógica e material" da Administração Pública atuar sem que houvesse liberdade de escolha e ação a serem deflagradas diante do caso em concreto, de maneira que "a escolha política de prever as potestades discricionárias, portanto, é um imperativo insuperável". Tem como fundamento jurídico a necessidade de efetivar a independência do Poder Executivo, sob pena de comprometimento do Estado de Direito (PIRES, 2008, p. 156)

Nos atos chamados discricionários, a lei não especifica um único comportamento a ser adotado, conferindo ela própria ao agente público competente a prerrogativa de realizar escolhas entre vários comportamentos, todos lícitos. O juízo discricionário do administrador envolve o exercício de escolhas que avaliam a conveniência e a oportunidade das medidas passíveis de adoção. Ou seja, ao agente público é dado apontar, dentre as opções que a lei confere, qual delas se mostra como mais oportuna ou mais conveniente ao interesse público.

Já o conceito de mérito, desenvolvido com a clara finalidade de limitação ao controle de legalidade dos atos da Administração Pública, consiste em um núcleo do ato considerado intangível e inatingível pelo órgão de controle (Poder Judiciário), composto exatamente pelas escolhas discricionárias, pela análise dos aspectos de conveniência e oportunidade das medidas.

"O mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade pra decidir em dissonância com este escopo" (MELLO, 2008, p. 82).

Assim, considerando-se que a própria lei concede ao agente a possibilidade de realizar a escolha discricionária, se o próprio ordenamento lhe dá várias opções, dentre as quais ele pode optar pela que lhe parece a mais adequada, não seria coerente permitir que, *a posteriori*, após a formulação do ato, pudesse o órgão de controle substituir a escolha discricionária do órgão controlado pelo sua escolha discricionária.

É por isso que se diz que, nos atos discricionários, o Poder Judiciário realiza o controle do ato apenas no aspecto de sua legalidade, apenas no que se refere à sua validade jurídica ou à sua conformidade com o direito.

Diz-se também que o Poder Judiciário não pode ingressar no *mérito do ato administrativo*.

Nesse sentindo vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 131) sobre o tema:

> Na realidade não se pode negar a veracidade da afirmação de que ao Judiciário é vedado controlar o mérito, o aspecto político do ato administrativo, que abrange, sinteticamente, os aspectos de oportunidade e conveniência. O que não é aceitável é usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.

O que se almeja é aplicar limites razoáveis e coerentes aos órgãos de controle, e em especial ao Poder Judiciário, de modo a não se subverter a própria ideia da separação de funções e/ou Poderes estatais, mas sem que isso se traduza em atuação desenfreada da Administração Pública

Em emblemática decisão, o Desembargador Seabra Fagundes (1948, p. 65) no século passado já se pronunciara quanto ao tema:

> Se entre os limites instransponíveis pela autoridade administrativa está o concernente à finalidade [...], o ato que, encobrindo fins de interêsse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. Não é pois a competência discricionária o bastante, por si só, a afastar o exame jurisdicional de qualquer ato administrativo [...].

A par disso, é válido lembrar que o exercício da própria atividade de controle exige, em um primeiro momento, que seja realizada a verificação de compatibilidade do ato praticado ou da postura adotada pela Administração em relação ao direito vigente. Essa primeira verificação, por certo, depende diretamente, em sua essência e forma, das concepções jurídicas dominantes em determinada época ou daquelas explícita ou implicitamente adotadas pelo órgão de controle.

Em outras palavras, atente-se para o fato de que até mesmo os limites que se impõem ao órgão de controle, como parâmetros jurídico-normativos que são, tem sua definição influenciada pelas concepções jurídicas prevalentes.

Num panorama de intensa evolução do pensamento jurídico, tais tendências acabam por influenciar e acarretar uma crescente interferência do Poder Judiciário em questões de cunho político-administrativo.

Principalmente quando levamos em conta que a realização da dignidade da pessoa humana é preceito/fundamento/objetivo constitucional dotado de maior essencialidade no que diz com outros direitos políticos-sociais e, inclusive, de caráter orçamentário.

A metodologia de aplicação do direito atualmente prestigiada, em que se confere valor intenso aos princípios jurídicos, em que se relativiza a força do instrumento lei e na qual se admite que o Juiz constrói verdadeiramente a norma no caso concreto, é mais do que propícia ao crescente exercício de controle judicial sobre a atuação da Administração Pública.

4.2 Diferentes Formas de Atuação do Poder Judiciário em Matéria de Políticas Públicas

O princípio do acesso à justiça representa garantia para a sociedade e dever para o Estado e consubstancia-se, dentre outras vertentes que pode assumir, na inafastabilidade do controle jurisdicional. É dizer, estabelecido o monopólio da jurisdição

pelo e para o Estado, ele não pode impedir ou recusar que o jurisdicionado bata à sua porta quando necessitar de justiça para o caso em concreto.

Assim é que a primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. A segunda consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional diante da lesão ou ameaça de lesão a direitos. Mas, sobretudo, o direito de acesso à justiça "não pode nem deve significar apenas o direito de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa" (SILVA, 2009, p. 132).

Por isso, dizer que o acesso à justiça se traduz em acesso à ordem jurídica justa representa não só o direito ao exercício do direito de ação mediante a simplificação do ingresso em juízo e a eliminação de óbices ilegítimos (universalização da tutela jurisdicional), mas também o comprometimento do Estado com as diferentes situações fáticas que ensejam prestação jurisdicional.

Considerando que a função jurisdicional se desenvolve e concretiza por meio do processo, o aprimoramento do sistema processual e sua adequação às diferentes formas de conflitos de interesses levaram a diferentes formas de tutela jurisdicional.

Se o processo visa a alcançar objetivos de interesse público faz-se imprescindível o aprimoramento de meios aptos a permitir que a relação processual desenvolva-se da maneira mais adequada possível para a efetivação dos direitos mediante a entrega da prestação jurisdicional (BEDAQUE, 2010, p. 34).

O controle de políticas públicas que versem direitos sociais pode incidir sobre demandas protagonizadas por um indivíduo isoladamente, a coletividade delimitada pela comunhão de interesses ou, ainda, a coletividade dispersa, com diferentes consequências jurídicas em cada uma dessas situações conforme será analisado neste capítulo.

Além disso, em razão da supremacia das normas constitucionais, a validade de qualquer lei ou ato normativo de política pública condiciona-se ao controle de constitucionalidade e à interpretação conforme a Constituição, por meio da jurisdição constitucional.

4.2.1 Processos individuais

O que caracteriza os processos individuais num primeiro momento é, em regra, a ausência de interesses coletivos, dito de outro modo, no âmbito do direito processual, a

limitação da tutela jurisdicional aos litigantes no processo, indivíduos titulares de interesses determináveis reflete o caráter individual da pretensão deduzida em juízo.

Estabelecida esta premissa, um alerta há que ser feito: a cumulação subjetiva verificada quando há pluralidade de sujeitos (litisconsórcio) no polo ativo ou passivo da demanda (ou em ambos), ou ainda, a cumulação objetiva que se dá quando há reunião de pedidos (ou mesmo de demandas) em um só processo por si só não descaracteriza o processo individual.

Isso porque, mesmo nesses casos, é possível haver um fracionamento da decisão judicial entre os vários sujeitos ou, ainda, quanto aos vários pedidos. A coletividade é aparente e se justifica apenas em razão da forma como esses interesses são tratados processualmente, por razões de celeridade, economia processual e pelo prestígio à estabilidade das decisões.

Assim, é possível afirmar que, quando um direito pode ser atribuído a cada ser em sua individualidade, de modo fracionado, inclusive, com a possibilidade de se determinar quem seja cada um desses sujeitos de direito e qual a parcela de direito que lhe cabe, o processo é individual. A defesa dos interesses é que, conforme disso tudo se extrai, pode ser exercida de forma individual ou coletiva.

Coletivos propriamente ditos, no sentido que se emprega até o momento, serão apenas os direitos difusos, que não podem, em razão da sua indivisibilidade ser fracionados entre os seus titulares.

> Quer dizer, se o interesse é sempre uma relação entre uma pessoa e um bem (*quod inter est*), no caso de interesses difusos essa relação é super ou metaindividual, isto é, ela se estabelece entre uma certa coletividade, como sujeito, e um dado bem de vida 'difuso', como objeto. Certo, pode suceder que esses interesses, num caso concreto, venham a ser veiculados, exteriorizados por um sujeito ou uma entidade (o ente *esponenziale* a que alude a doutrina italiana), mas isso não altera a essência dos interesses, que permanecem 'difusos', pelo fato de se referirem a toda uma coletividade, indistintamente. (MANCUSO, 2004, p. 95)

O art. 6º da Constituição Federal traz espécies de direitos sociais que podem ser tutelados tanto na forma individual como na forma coletiva.

Diferente é o entendimento de José Reinaldo de Lima Lopes (2010, p. 129), no sentido de que os direitos sociais, mesmo como direitos subjetivos, não são iguais aos direitos individuais, pois sua fruição é distinta. Esclarece o autor: "assim como numa sociedade cada sócio tem direito ao lucro, e isto é seu direito subjetivo, pode-se dizer que tal direito só se exerce em partilha com outros da mesma espécie". Mas este entendimento só leva à conclusão

quanto à preferência do doutrinador quanto ao tratamento coletivo a ser dado em juízo aos direitos sociais, não significando que eles não poderiam ser exercidos individualmente.

O que nos interessa nesse ponto do trabalho é a configuração de lesão ou ameaça a direito passível de ser individualizada e perpetrada pelo poder público mediante a inadimplência quanto à efetivação dos direitos sociais assegurados constitucionalmente.

Não é admissível que haja omissão na prestação de política pública ligada aos direitos fundamentais sociais, ou ainda, que esta prestação seja deficiente[17]. "Em outras palavras, o dever de proteção estatal dirigido aos direitos fundamentais é violado quando o poder público age desta maneira" (FONTE, 2013, p. 223/224).

Verificada a lesão ou ameaça a direito decorrente dessa violação caracterizada pela omissão ou pela prestação deficiente, o jurisdicionado poderá acionar o Poder Judiciário em busca de tutela jurisdicional, visto que a norma do art. 6º confere a ele o direito de exigir do poder público prestações eficientes para fruição do direito à saúde, educação, moradia, alimentação, trabalho, lazer, gerando, destarte, para o Estado, deveres de fazer.

Diante da possibilidade de sua defesa individual em razão da natureza que assume diante de cada indivíduo do corpo social, se conclui pela justiciabilidade dos direitos sociais, sem olvidar, contudo, da "preferência" dos Poderes Legislativo e Executivo na sua concretização.

O que se pretende aqui é reafirmar a força normativa das leis e princípios constitucionais sobre todo ordenamento jurídico e, consequentemente sobre todas as instituições que o compõem.

Assim, para conferir plena eficácia aos direitos sociais quando este for o ponto controvertido na relação jurídica entre indivíduo e Estado, deve ser aceita a participação do Poder Judiciário como agente implementador, sob pena de relegar os direitos previstos na Constituição a mero programa político, sem qualquer grau de vinculatividade jurídica.

Nesse sentido é também o entendimento de Valter Foleto Santin (2004, p.222):

> É inaceitável a posição do Judiciário de não intervir no assunto, sob os argumentos da discricionariedade administrativa e da independência entre os poderes, obstáculos à ação e às medidas judiciais adequadas, em afronta ao Estado Democrático de Direito. A postura restritiva de ação pelo próprio Judiciário soa como verdadeira omissão na sua atividade, do tipo 'não-tenho-nada-com-isso', com nefasto resultado social e perda de legitimidade da função judicante.

[17] A doutrina apresenta a proibição da proteção deficitária ou insuficiente como princípio, ainda pouco discutido doutrinariamente, mas já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal exatamente em controle de políticas públicas no RE-AgR 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3-2-2006. (FONTE, 20013, p. 223).

Não podemos também perder de vista os escopos do processo, pois é ele o instrumento de atuação do Poder Judiciário na resolução dos conflitos de interesses, mesmo nas hipóteses em que a cognição acerca do objeto litigioso requer manifestação de caráter político, como sói acontecer em matéria de políticas públicas referentes a direitos sociais.

Destarte, num primeiro momento, conforme tudo o que até aqui foi exposto, o Poder Judiciário como forma do poder estatal, deve perseguir os mesmos objetivos do próprio Estado, estando vinculado, portanto, à política estatal, o que justifica a sua atuação no controle de políticas públicas, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade (GRINOVER, 2011, p. 28/29).

Num segundo momento, temos que o monopólio da jurisdição impõe a manifestação do Poder Judiciário diante do conflito, sendo o processo o único caminho para a satisfação de uma pretensão. Sob esse prisma, o juiz tem o dever de decidir e, ainda, dar efetividade às suas decisões, por meio da coerção ou da sub-rogação.

> Existindo direito subjetivo amparado (CF, art. 6º), bem como a alegação de lesão a este direito (CF, art. 5º, XXXV), o Poder Judiciário está constitucionalmente vinculado a prestar jurisdição, não podendo valer-se de argumentos externos à atividade jurisdicional para bloquear o acesso dos cidadãos ao processo. Em assim agindo, o Poder Judiciário viola o princípio da inafastabilidade e o art. 3º da Constituição Federal, de tal modo que o ato produzido não estará sujeito à imunização pela coisa julgada (CANELA JUNIOR, 2011, p. 138/139).

Nesse contexto, o que vale ressaltar para efeitos do trabalho como proposto é que a cognição judicial em processos dessa natureza desenvolve-se sobre a lesão a direito fundamental social, o que nos faz concluir que, embora a decisão do Poder Judiciário se revista de caráter político, não significa que ela provocará, desde logo, a implementação desta ou daquela política pública referente ao direito discutido no processo.

O que faz o Estado-juiz nesse estágio é prestar tutela jurisdicional cognitiva, amparando a quem tem razão no litígio deduzido no processo. “Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada” (DINAMARCO, 2009, p. 107)

Mesmo porque o controle jurisdicional de políticas públicas se divide em dois: o primeiro momento é este: o da cognição, ou seja, do reconhecimento da omissão ou da insuficiência e o segundo, o da execução, o do cumprimento da decisão que os reconhece.

No âmbito do reconhecimento da omissão ou da insuficiência de uma política pública, a atividade cognitiva do juiz é legitimada pela institucionalização constitucional dos

direitos sociais e da inerente necessidade de realização de atos materiais para satisfação dos bens da vida que eles protegem.

Portanto, todos podem exigir, com fundamento na inconstitucionalidade da não atuação (omissão) ou da atuação insuficiente, que o Poder Judiciário imponha ao Estado uma tutela específica de obrigação de fazer como forma de cumprimento do dever legal de prestar efetivamente este ou aquele direito social.

Segundo Guilherme Marinoni (2008, p. 427):

> O objetivo da tutela específica é proporcionar à parte a fruição da situação jurídica final que seria obtida acaso a parte contrária tivesse espontaneamente colaborado para realização do direito material. O art. 461, CPC, viabiliza a concessão de tutela específica dos direitos. Mas não é só. Autoriza igualmente a obtenção da tutela específica do direito (tutela inibitória, tutela ressarcitória na forma específica etc.) pelo resultado prático equivalente. Quando se pensa na perspectiva da tutela específica do direito material, o próprio resultado prático equivalente presta a tutela específica.

Já no plano do cumprimento da decisão, outros parâmetros deverão ser observados pelo Poder Judiciário considerando o aspecto temporal para a efetivação do provimento. Isso porque as circunstâncias fáticas podem demonstrar que a concretização do direito não poderá ser realizada a curto prazo, sob pena de inviabilizar outros direitos fundamentais de toda sociedade.

Nesse caso, o provimento jurisdicional deverá ser ajustado no tempo e nas respectivas fases da política pública, inclusive e, principalmente, para que seja possível a compatibilização do orçamento a ele. A vinculação ao orçamento ajusta-se ao plano do cumprimento da sentença, a fim de que a integralidade dos direitos fundamentais seja paulatinamente efetivada (CANELA JUNIOR, 2011, p. 150).

Além disso, considerando que política pública é processo, a decisão judicial traz diferentes consequências a depender da fase da política pública sobre a qual incide.

Se não há política pública para concretização de direitos, a decisão judicial limita-se a ordenar a sua elaboração, de modo que os Poderes Legislativo e Executivo estarão vinculados a essa decisão, devendo ser observado quanto à atividade do poder público o que foi exposto acerca do momento de cumprimento da decisão.

Geralmente esta decisão repercutirá na formação da agenda, desencadeando o processo de política pública. E a atuação do Poder Judiciário nesse sentido se justifica, sem que se possa falar em usurpação de competência, pois, como já tratado, a discricionariedade

legislativa e administrativa são exercidas dentro daquilo que foi tratado pelo Poder Constituinte.

Assim, como a eficácia dos direitos sociais irradia-se para o sistema das funções estatais como um todo e o que o Poder Judiciário faz é reconhecer esta vinculação e a violação a ela por parte dos demais Poderes.

Se a demanda versar sobre a insuficiência da política pública na implementação de direito social a lesão configura-se pela desigualdade na fruição do serviço ou bem da vida posto à disposição do cidadão.

A atuação do Poder Judiciário incide e tem como causa de pedir a discussão acerca das escolhas e formulações de políticas públicas, bem como a sua própria implementação no plano fático. O que o magistrado faz por meio do processo é exigir o cumprimento das diretrizes traçadas e, se for o caso, responsabilizar os agentes pelo cumprimento insatisfatório.

Da mesma forma como acontece na hipótese de omissão, aqui o magistrado fixará termo para a correção da política pública.

Considerados esses fatores, impende notar que nos processos individuais a decisão restringe-se ao autor da demanda e a imperatividade do provimento transitado em julgado só reconhece o direito daquele indivíduo.

4.2.2 Processos coletivos

A tutela coletiva de direitos tem histórico ainda recente, originando-se o debate acerca de tal instituto somente a partir da segunda metade do século XX.

Em um novo desenho social, caracterizado por relações e conflitos de massa, e em especial por influência dos estudos de Mauro Cappelletti (1988, p. 26), a doutrina processualista brasileira passou a tratar com maior preocupação sobre o tema nas décadas de 1970 e 1980.

A tutela jurisdicional foi substancialmente aperfeiçoada para garantir o “acesso à justiça” sob a ótica coletiva, vale dizer, para garantir o direito a uma ordem jurídica justa na defesa e efetividade dos chamados interesses transindividuais e, consequentemente, para a proteção plena do indivíduo.

> Deveras, em determinadas situações, só a proteção da comunidade pode ser a medida da proteção de cada um de seus componentes. A transindividualidade caracteriza a titularidade do direito, eis que seu gozo é atribuível a um conjunto mais ou menos indeterminado de pessoas, assim como a sua violação afeta a esfera jurídica desse espectro de indivíduos (RODRIGUES, 2002, p. 35).

A mudança nas relações sociais estimulou a transformação na maneira de prestação da atividade jurisdicional , visto que os mecanismos processuais suficientes para a solução do conflito de interesse entre indivíduos perderam a instrumentalidade perante os conflitos envolvendo a coletividade.

Sob esse aspecto, a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais não poderia efetivar-se tão somente pelos princípios individualistas que permeiam o Código de Processo Civil (VIGLIAR, 1999, p. 22/24).

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque (1997, p. 35): "a conscientização pelos estudiosos da existência de direitos meta-individuais é que fez surgir a necessidade de uma tutela jurisdicional coletiva, isto é, de providências jurisdicionais capazes de solucionar conflitos envolvendo interesses de grupos".[18]

O legislador, atento a essa necessidade, tornou possível a tutela dos interesses transindividuais, de maneira que o ordenamento jurídico brasileiro passou a contemplar a possibilidade de se instaurarem os chamados processos coletivos efetivamente com a edição da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), posteriormente recepcionada pela Constituição Federal.

Na lição de Marcelo Vigliar (1999, p. 32):

> A ação civil pública teria a mesma destinação (não o mesmo objeto) da ação popular, do mandado de segurança (individual e coletivo), do habeas corpus etc., mas com a característica de proporcionar sempre uma tutela transindividual e que, pelas limitações do próprio Código de Processo Civil, concebido para a tutela individual, não pode ser postulada pelos interessados; e isso se verifica porque a tutela jurisdicional que será proporcionada através das demandas coletivas, mercê da sistemática da iniciativa e dos limites subjetivos da coisa julgada, é uma tutela jurisdicional superdimensionada, potencializada, ou seja, não destinada apenas aos que figuram formalmente na relação jurídico-processual.

E, finalmente, a ampliação da incidência da referida Lei aconteceu nos anos seguintes com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe a esperada harmonização e reestruturação de institutos do direito processual frente aos conflitos de massa

[18] Uma espécie de proteção coletiva já era proporcionada pela Lei da Ação Popular (Lei nº. 4717/65), mas esta não foi suficiente para a verdadeira solução de conflitos envolvendo interesses coletivos (lato sensu) porque disciplinava de maneira ainda "precária" alguns temas, posteriormente tratados e aperfeiçoados, como a legitimação, objeto e coisa julgada, principalmente.

(essencialmente coletivos), sem deixar de mencionar, ainda, a introdução da tutela de interesses individuais homogêneos (acidentalmente coletivos).

Importante mencionar que toda legislação sobre os interesses transindividuais complementa-se, inclusive com aplicação subsidiária do próprio Código de Processo Civil.

Trata-se de um sistema de adequação e integração do procedimento para defesa dos interesses coletivos.

> É correto dizer que nós já temos um processo civil capaz de permitir a tutela jurisdicional adequada dos conflitos próprios da sociedade de massa. O sistema brasileiro de tutela coletiva dos direitos é integrado, fundamentalmente, pela Lei nº. 7347/85 – a lei da Ação Civil Pública – e pelo CDC. O art.90 do CDC manda aplicar às ações ajuizadas com base no Código – as normas da lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil. Por outro lado, pelo art. 21 da LACP – introduzido pelo art. 117 do CDC – são aplicáveis às ações nela fundadas as disposições processuais que estão no CDC. A LACP e o CDC estão interligados, existindo uma ampla e perfeita interação entre os dois estatutos legais. Atualmente é possível a tutela de qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Muito embora o art. 1º, IV, da LACP, fale apenas em direitos difusos ou coletivos, é viável a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos que não digam respeito às hipóteses expressamente previstas na LACP (VIGLIAR, 1999, p. 31).

O desenvolvimento de técnicas quanto ao processo coletivo demonstra a preocupação do legislador brasileiro em proporcionar a defesa em juízo dos interesses de massa, através de um sistema processual apto, que possibilite aos “consumidores da justiça” obter a efetiva tutela jurisdicional, na medida em que, com uma única demanda, seja possível solucionar conflitos que atingem um número indeterminado de pessoas, ou ainda, determinável, mas que, por assumir relevância social, mereça ser tratado coletivamente.

A tutela coletiva abrange, pois, os direitos essencialmente coletivos, que são os difusos e os coletivos propriamente ditos (artigo 81, parágrafo único, I e II, do Código de Defesa do Consumidor), bem como os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os individuais homogêneos (parágrafo único, III, do mesmo artigo).

A defesa dos interesses difusos somente se faz coletivamente. Vale dizer, o que caracteriza os interesses difusos é a indivisibilidade do objeto, não sendo possível atribuir a cada um dos interessados a parcela que lhes cabe do direito considerado. É o que se conclui pela leitura do art. 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Partindo da análise da indivisibilidade do objeto, também é possível extrair da lei, a interpretação de que os interesses difusos são de todos e de ninguém com exclusividade e que seus titulares unem-se por uma determinada circunstância fática qualquer em comum.

Conforme Hugo Mazzilli (2003, p. 48):

> Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

Sob o aspecto das características analisadas (indeterminação dos sujeitos, indivisibilidade do objeto), bem como pela intensa conflituosidade e duração efêmera, Rodolfo de Camargo Mancuso (2004, p. 150) conceitua, analiticamente, o interesse difuso como:

> [...] interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores).

Assim, são interesses difusos: o direito de respirar ar puro e livre de poluição, o direito a um meio ambiente sustentável, o direito de não sermos expostos à propaganda enganosa, a defesa do erário.

Estes interesses estão, segundo Valter Foleto Santin (2005, p. 211), inseridos numa concepção de sociedade contemporânea ou pós-moderna, marcada pelo fenômeno de massa, que pressupõe uma maior dimensão de produção, consumo e danos (patrimoniais ou não).

Embora a expressão interesses ou direitos coletivos seja abrangente de modo a incluir todos os direitos transindividuais, são denominados interesses coletivos propriamente ditos (*stricto sensu*) aqueles que dizem respeito a um grupo determinado ou pelo menos determinável de pessoas, ligadas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária.

A definição legal atribui aos direitos coletivos a característica da indivisibilidade, assim como o faz com os interesses difusos , porém, aqueles se diferenciam destes pela determinabilidade dos sujeitos e pela sua origem.

Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas se distinguem tanto pela origem da lesão como pela abrangência do grupo.

Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis ligadas pela mesma relação jurídica básica (MAZZILLI, 2003, p. 50).

Nesse sentido, é possível dizer que é a prévia existência da relação jurídica que os identifica. A doutrina reconhece como característica do direito coletivo a anterior união entre os interessados, diferenciando-o sob esse aspecto do interesse individual homogêneo. O direito coletivo "é o direito síntese dos membros do grupo, e não o somatório de direitos individuais" (RODRIGUES, 2002, P. 49).

Podemos mencionar ainda, que os direitos coletivos *stricto sensu* são coletivos tanto na essência quanto na forma pela qual que serão exercidos.

Dentre as mais corriqueiras formas de expressão dos direitos coletivos podemos citar: a ilegalidade do aumento abusivo de mensalidades escolares e de planos de saúde, o dano causado a acionistas de uma mesma sociedade.

Vale lembrar que as mesmas situações que ensejam direitos coletivos podem originar lesões individuais, cuja defesa poderá ser feita na mesma demanda.

Ante o estudo realizado sobre os interesses difusos e coletivos propriamente ditos, seria, até certo ponto, possível definir os interesses individuais homogêneos por exclusão, utilizando-se de critério negativo.

Contudo, a opção de política legislativa pela inserção de direitos individuais dentre os chamados transindividuais, o que denota certa antinomia, merece algumas considerações.

Sobre ser direito coletivo em sentido *lato*, é na verdade direito subjetivo essencialmente individual. O tratamento coletivo se justifica quanto à prestação da tutela jurisdicional para a defesa desses interesses, haja vista a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.

> Andou bem o legislador ao dar sequência à modernização do ordenamento processual, permitindo a integração dos interesses individuais homogêneos ao processo coletivo. Permite-se o acesso à justiça de pretensões que não teriam condições de ser trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário isoladamente. É como se houvesse a reunião, num único processo, de várias demandas individuais com resultados mais satisfatórios (LEONEL, 2002, p. 109).

A legislação consumeirista (Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único) define como direitos individuais homogêneos aqueles decorrentes de origem comum, mas a inclusão de origem comum como causa de identificação do direito não quer significar que possa haver ligação jurídica entre os titulares (como sói acontecer nos direito coletivos).

Quis o legislador designar, sim, que a causa dos danos para os titulares do interesse é a mesma, sendo de certa forma, homogênea a origem e nesse aspecto mais se aproxima dos interesses difusos.

Cada titular do interesse é perfeitamente identificável e o objeto quantificável, vale dizer, a pretensão dos titulares é divisível entre os mesmos, o que torna possível a sua determinação na medida em que cada um deles exerça seu direito.

Enquanto a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* somente é possível sob a modalidade coletiva, nos direitos individuais homogêneos ela é facultativa.

Pode o interessado optar por defender o seu direito individualmente, nos termos dos artigos 6º e 472, do Código de Processo Civil, ou beneficiar-se do resultado favorável de demanda coletiva (artigo 81 e ss. do Código de Defesa do Consumidor), nas quais serão tratados como se direitos essencialmente coletivos o fossem.

Dois aspectos são de grande relevância no estudo dos interesses difusos e coletivos, principalmente por marcarem a sua diferenciação quanto aos interesses individuais: o objeto litigioso e a coisa julgada.

É certo que a delimitação do objeto litigioso é feita por meio do pedido, que se desdobra em pedido imediato, consistente na providência jurisdicional solicitada, e pedido mediato, que se traduz no bem da vida pretendido pelo autor. É o pedido que dimensiona e identifica o objeto da ação (NEGRÃO, 2004, p. 35), de maneira que, a espécie de interesse que se pretende satisfazer é que definirá o objeto litigioso.

Tendo em vista as peculiaridades e a complexidade dos conflitos coletivos, é frequente a cumulação de pedidos, a imposição de multa pelo descumprimento da conduta imposta na sentença e, inclusive, em matéria de políticas públicas, pedido de inclusão de recursos em previsão orçamentária para cumprimento de obrigações de fazer, principalmente quando a Constituição impõe a aplicação anual de percentuais na saúde e na educação (LEONEL, 2013, p. 249)[19].

Em matéria de coisa julgada, considerando todos os aspectos dos direitos coletivos *lato sensu* nas suas diferentes formas de expressão empírica (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), o Código de Defesa do Consumidor reestruturou o

[19] Oportuna é a citação de ementa proferida em acórdão do Superior Tribunal de Justiça trazida pelo mesmo autor (2013, p. 250): "Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas" (REsp 493811/SP, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 11.11.2003, DJ 15.03.2004, p. 236).

sistema quanto aos limites objetivos (ampliação do objeto) e limites subjetivos (incidência sobre os titulares que não são partes processuais).

Legítima a opção do legislador, visto que a extensão subjetiva se coaduna com o modelo da representação adequada, pois da mesma forma que se faz necessária a seleção de legitimados para a defesa em juízo de interesses cujos titulares são indetermináveis e o objeto indivisível, necessário também reconhecer que este legitimado terá exercido, representando o titulares dos direitos, suas garantias processuais do contraditório e ampla defesa, dentre outras.

Segundo Ada Pellegrini Grinover (2004, p. 905):

> O que vale frisar é que, assim como repugna às garantias constitucionais a sujeição, *ex post*, ao julgado de terceiros que permaneceram estranhos ao contraditório, se coaduna com elas a ideia de representação adequada dos interesses da categoria por parte de pessoas e sobretudo dos entes exponenciais. Não só porque se reconhece que o esquema representativo é o mais idôneo para assegurar aos interessados a melhor defesa judiciária; mas sobretudo porque a orientação dominante é francamente no sentido da compatibilidade entre o devido processo legal e as técnicas dos limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas.

Destarte, dispõe o artigo 103 da lei n.º 8078/90 em seus incisos que: se difusos os interesses, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*; se coletivos, *ultra partes*, vale dizer, limitada ao grupo, categoria ou classe; caso a defesa incida sobre direitos individuais homogêneos, a coisa julgada também é *erga omnes*, mas tão somente no caso de procedência do pedido, pois ao contrário não atingirá os titulares dos interesses individuais, que, querendo, poderão cada um deles, ajuizar suas ações.

Nesse sentido, observa-se que a extensão subjetiva do julgado é *secudum eventum litis*, uma vez que sua ocorrência depende do resultado do julgamento.

> Em síntese, pode-se dizer que a eficácia da sentença na ação civil coletiva colima atingir todos os que estejam relacionados com a situação posta em juízo, através da ação civil coletiva; ademais, pela grandeza do bem jurídico perseguido, só haverá coisa julgada em duas hipóteses: a) quando da procedência da ação; b) quando restar 'comprovada' a inexistência de lesão ao bem jurídico, de que se dizia ter sido lesado; c) se não houver logrado comprovar a lesão ao bem jurídico, mas se o juiz vislumbrar a possibilidade de que possa existir prova (e assim, consigne o fato na sua sentença, ou dela deflua esse fundamento, inequivocamente), não há coisa julgada, podendo ser proposta a mesma ação, acompanhada de nova prova; d) mesmo no caso de improcedência da ação civil coletiva, sem ter sido por insuficiência de provas, só existe óbice à propositura de ação civil coletiva, pois o plano das ações individuais não é atingido pela eficácia dessa improcedência [...] (ALVIM, 2002, p. 456).

Portanto, quando o resultado da ação coletiva for favorável estende-se a todos os titulares do interesse atingidos pela lesão (ou ameaça de lesão) discutida no processo coletivo.

Importante mencionar, ainda, que ao permitir a ampliação subjetiva, o legislador cuidou de garantir expressamente a defesa mediante ação individual para ressarcimento dos danos sofridos em caso de improcedência do pedido.

Assim, se ajuizada ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneo, é preciso distinguir: se o pedido foi julgado procedente, todos os eventualmente lesados se beneficiarão do resultado do processo coletivo, nos termos do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor; se não foi acolhido o pedido, seja qual for o fundamento, todos os interessados que não intervieram no processo poderão discutir novamente os fatos, tudo em consonância ao princípio do devido processo legal.

Por sua vez, mas guardando estreita relação com que foi exposto até o momento, a ampliação do objeto do processo é verificada através da leitura e interpretação ao parágrafo 3º, do artigo 103, do Código de Defesa do Consumidor.

Mencionada regra consiste no transporte *in utilibus* da coisa julgada que incide sobre a sentença proferida em Ação Civil Pública (na defesa de direitos difusos e coletivos stricto sensu) para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos.

Não há necessidade de sentença condenatória individual, portanto, e os lesados poderão imediatamente liquidar e executar a decisão coletiva, pois o dever de indenizar, implicitamente, integra o pedido, por disposição legal.

Destarte, se um dos legitimados ajuíza a ação coletiva para a defesa de interesses difusos e fundamenta seu pedido em ato lesivo aos direitos dos titulares desses interesses, eventual reconhecimento do dano na sentença coletiva aproveita às vítimas individualmente consideradas.

No tocante ao controle exercido em matéria de direitos sociais e políticas públicas, marcante é a utilização da Ação Civil Pública, instrumento de defesa dos chamados interesses ou direitos difusos e coletivos em sentido lato.

Notadamente pela atuação do Ministério Público, o instrumento da ação civil pública foi e continua sendo, em muitos casos, utilizado em face do próprio Estado, tendo como objeto justamente a discussão de uma série quase infinita de políticas públicas.

Por meio de ações civis públicas, discute-se a correção de comportamentos ou abstenções estatais nas áreas da saúde, da educação, do meio ambiente, do urbanismo, da proteção à pessoa portadora de deficiência, do consumidor.

Observe-se, portanto, que a ação civil pública, atuando como instrumento de tutela coletiva de direitos, acaba por funcionar também como instrumento de análise e controle sobre políticas públicas, especialmente aquelas voltadas ao atendimento/cumprimento dos direitos sociais dos cidadãos.

Um significativo benefício emerge de tal situação: em comparação ao processo individual, o processo coletivo normalmente acarreta uma imensa ampliação dos limites subjetivos da lide.

Em matéria de políticas públicas, esse aspecto é relevantíssimo, pois elimina ou ao menos mitiga o sério problema de isonomia que pode gerar um processo individual em relação a políticas públicas e/ou direitos sociais.

No processo individual, o Magistrado está objetiva e subjetivamente limitado pelos elementos da ação, o que impede que, em condições normais, possa ele deliberar sobre a política pública em caráter amplo, geral. Proceder desta forma seria proferir julgamento *extra petita e/ou ultra petita*.

É certo que nas ações de caráter coletivo, havendo a ampliação subjetiva da lide e, a depender da descrição e da pretensão contida na demanda (causa de pedir e pedido), é dado ao Juiz proferir decisões de caráter amplo, geral, eliminando-se, assim, a possibilidade de se privilegiar este ou aquele cidadão com determinada política, não ofertada aos demais.

Evidentemente a amplitude do julgado dependerá da formulação da causa de pedir e do pedido. Dependerá propriamente de tratar a causa de interesses difusos ou de interesses coletivos *stricto sensu* (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor).

De qualquer forma, porém, é clara a ampliação ocorrida em relação aos processos individuais.

Tal conclusão é confirmada pela redação do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública e do (já mencionado) artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, dispositivos que instituem a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas.

A despeito da vantagem mencionada existente no processo coletivo em relação ao processo individual, persistem dificuldades no processo coletivo, quando se trata de se estabelecer controle sobre políticas públicas, mormente o óbice relativo à inadequação do modelo do processo judicial à análise e discussão estabelecida em todas as etapas de formulação e implementação de políticas públicas.

A judicialização de políticas públicas se legitimará, em última análise quando razoável a pretensão coletiva deduzida em juízo em face do Poder Público, seguindo os critérios de necessidade-adequação e proporcionalidade diante do respeito ao mínimo

existencial e da existência de disponibilidade financeira e orçamentária por parte do Estado para concretizar as prestações positivas que lhe são exigidas (LEONEL, 2013, p. 458).

4.2.3 Jurisdição constitucional

Não menos relevante é a influência do Poder Judiciário sobre políticas públicas quando se encontra no exercício da chamada jurisdição constitucional.

A noção de jurisdição constitucional tem íntima relação com o assim nomeado escopo jurídico da própria função jurisdicional, qual seja, o intuito de fazer atuar o direito objetivo, de fazer valer o ordenamento jurídico.

Se é atribuída ao Judiciário a tarefa de reafirmar a autoridade do direito objetivo, *a fortiori* é confiada a ele o dever de zelar pela autoridade da Constituição Federal, em um regime de supremacia da Constituição.

Segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 359):

> A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo tribunal Federal no topo do sistema. A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).

Assim, é por meio da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário aplica a Constituição, diretamente ou por meio de exercícios interpretativos que acabam por orientar ou até mesmo afastar a aplicação de outros textos normativos.

Assim agindo, é possível e até frequente que o órgão julgador interfira em políticas públicas, pelo simples reconhecimento de direitos constitucionais, pelo prestígio conferido a determinada interpretação jurídica, pela vedação de determinada possibilidade interpretativa ou ainda pela declaração de inconstitucionalidade (por ação ou omissão) de determinado dispositivo normativo.

Para Edinilson Donisete Machado (2012, p. 128) as opções para a realização de políticas públicas submetem-se aos objetivos e fundamentos constitucionais autorizados (em

concreto) e efetivados pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas controlados pelo Poder Judiciário, por força dos arranjos promovidos na seara democrática em garantia aos direitos fundamentais e em respeito ao princípio da supremacia da Constituição.

Maior interesse nos desperta neste momento o chamado controle concentrado de constitucionalidade, realizado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido da guarda da Constituição Federal.

O controle realizado pelo Supremo Tribunal Federal nestes casos ocorre em processos chamados objetivos, porque não envolvem propriamente partes, sujeitos determinados, já que se referem tão somente à verificação de compatibilidade de atos normativos em face da Constituição e não se destinam à tutela de direitos subjetivos concretos.

Também denominado de controle de constitucionalidade por ação direta ou via principal, "conquanto também seja jurisdicional", representa exercício atípico dessa função, porque não há litígio ou situação concreta a ser solucionada. Seu objeto é o pronunciamento da própria lei, de maneira que a ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de elementos incompatíveis com a Constituição (BARROSO, 2011, p. 176).

Pois bem, nesse caso, é possível desde logo observar que as principais limitações existentes nos processos judiciais subjetivos em geral não ocorrem nos processos objetivos de controle concentrado de constitucionalidade.

Três aspectos devem ser anotados: o debate travado no processo pode ser livremente ampliado por meio da figura do *amicus curiae*; tratando-se de processo de direito estrito, o órgão julgador não encontra limites na causa de pedir descrita e; a decisão proferida produz efeitos *erga omnes*.

Esses três dados poderiam induzir à conclusão de que, dentre aquelas hipóteses em que pode vislumbrar a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, aquela ocorrida no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade seria a hipótese que permitiria maiores possibilidades de adequação das medidas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Isso se afirma não em razão de se considerar este órgão julgador mais preparado ou sábio do que o Juiz singular ou do que outro Tribunal qualquer, mas em função do método vigente no processo objetivo, que propicia de fato a superação de óbices, especialmente os limites objetivos e subjetivos da decisão no processo judicial.

No controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não poderá ser validamente aplicada e não mais produzirá efeitos jurídicos (BARROSO, 2011, p. 222).

Quanto ao aspecto subjetivo da decisão, "os limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade não são controvertidos: sua eficácia é contra todos" e, no caso do reconhecimento do vício, vincula todos os órgãos judiciais, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2011, p. 225).

Naturalmente, isso não torna o processo objetivo a esfera pública adequada à formatação de políticas públicas, mas apenas mitiga ou reduz problemas que prejudicam seriamente as possibilidades de eficiência do controle judicial de políticas públicas.

> A jurisdição constitucional pode não ser um componente indispensável do constitucionalismo democrático, mas tem servido bem à causa, de uma maneira geral. Ela é um espaço de legitimação discursiva ou argumentativa das decisões políticas, que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento (BARROSO, 2011, p. 370).

No entanto, permanece a nosso ver, mesmo nos processos de controle concentrado de constitucionalidade e talvez nestes com maior significação, uma dificuldade intransponível ao julgador, qual seja a da limitação prática de sua decisão.

Na esfera do controle concentrado discutindo-se direito estrito, o Supremo Tribunal Federal apenas declara o direito, afirmando ou negando a compatibilidade de determinado ato em relação à Constituição.

Não determina, no entanto, quaisquer providências práticas aos demais poderes, com vistas ao cumprimento/adimplemento de direitos, já que em tal processo não se discutem direitos subjetivos.

Note-se, por isso, que, a despeito da primeira impressão surgida, também os processos de controle concentrado de constitucionalidade, objetivos, de discussão de direito estrito, apresentam séria deficiência quando pensados como instrumento de implementação de políticas públicas.

Mas o que não se pode negar é que o constitucionalismo trouxe um importante papel a ser desenvolvido pela jurisdição constitucional especialmente. É dizer, considerando a perspectiva de que a implementação de direitos sociais se traduz na validade da própria Constituição, unindo política e direito (STRECK, 2012, p. 82), o Poder Judiciário tem

legitimidade para interferir, controlar e participar ativamente do processo de políticas públicas.

Por fim, a despeito de tudo que foi exposto acerca da utilização do processo judicial como mecanismo de controle de políticas públicas em matéria de direitos sociais, duas grandes questões se põem ao cabo da análise aqui realizada:

Se o Poder Judiciário determina e conforma políticas públicas, como se equacionam as questões que deveriam fazer parte da construção das políticas e que circunstancialmente não se submetem à apreciação judicial (por exemplo, a questão da eventual insuficiência orçamentária, a decisão político-administrativa de alocação de recursos, a necessidade de tratamento isonômico dos cidadãos – não propiciado especialmente quando o Judiciário resolve ações individuais)?

Se o Poder Judiciário pode intervir, como de fato intervém, nas políticas públicas e em outras diversas questões administrativas, quais os limites e o regramento de tal intervenção?

As duas questões mencionadas devem ser equacionadas, segundo entendemos, pela reta e parcimoniosa atuação do Juiz.

A primeira delas tem de ver mais intimamente com a questão relativa à prova.

As decisões em que se determina a formulação, execução ou correção de políticas públicas devem se fundar em prova segura e robusta, sob todos os aspectos.

O que se quer dizer é que: se o juiz declara a omissão estatal, deve haver segura prova nesse sentido; se determina a prestação de determinado tratamento médico, deve ter condições de reconhecer técnica e processualmente a mínima seriedade e eficiência do tratamento determinado; se reconhece a incorreção de determinada política pública, deve ter também sérios fundamentos probatórios que indiquem sua ineficiência.

Somente com a reta atuação do juiz em tais ações, especialmente na determinação e controle das provas produzidas, poder-se-á imaginar um resultado satisfatório em termos de tutela de direitos e não danoso no que se refere ao planejamento estatal.

Evidente que reflexos serão sentidos, especialmente no aspecto orçamentário. Incumbe, porém, ao Poder Executivo equacionar a questão orçamentária, tendo em conta as decisões judiciais que, por vezes, lhe ditam os rumos.

A segunda questão que se põe, não menos complexa, diz respeito aos limites que eventualmente se pretendem definir para a interferência judicial em matéria de políticas públicas, a fim de se evitar uma indevida e inconstitucional ingerência, que transforme o Juiz em um irresponsável substituto do administrador.

O problema posto, a nosso ver, não pode ter outra solução que não aquela que se obtém do próprio direito vigente. O limite dado ao juiz é o da razoável e possível interpretação do sistema constitucional brasileiro.

Impor limite aquém ou de maneira mais rígida equivaleria, a nosso ver, a afrontar a própria Constituição Federal, em especial o disposto no art. 5º, XXXV, que garante a consagrada inafastabilidade da jurisdição.

Poder-se-ia dizer que a razoável interpretação do sistema constitucional vigente é limite por demais vago, fluido .

Mas o que fazer se o direito, como produzido, visto e pensado na atualidade, é, portanto, vago e fluido.

Mais do que uma questão estritamente jurídica, está-se diante de uma decisão de índole política: proceder a certa mitigação do dogma da lei posta, legislada, na medida em que se valoriza a proteção judicial de direitos fundamentais.

Afastar o sistema, ainda que a duras penas, do valor da segurança, para aproximá-lo o quanto possível do ideal de justiça.

Há que se ter, contudo, certa visão crítica que considere a possibilidade e até mesmo a ocorrência frequente de decisões e procedimentos qualitativamente inadequados no âmbito judicial. Há que se considerar todas as dificuldades que afligem o Judiciário brasileiro e o efeito prejudicial que trazem à sua eficiência.

A solução ou mitigação desses problemas deve passar pelo desenvolvimento do próprio direito processual e de uma teoria da jurisdição que considere e imponha a observância pelo Judiciário dos postulados normativos que devem nortear sua ação.

É imperativo, pois, que a jurisdição seja exercida e o processo desenvolvido, com estrita obediência aos postulados de razoabilidade, proporcionalidade, proteção à confiança, devido processo legal, impessoalidade, moralidade, ou seja, dos princípios que norteiam o modelo constitucional de processo.

CONCLUSÃO

O estudo acerca das políticas públicas e do seu controle pelo Poder Judiciário, tanto no âmbito legislativo como no âmbito da atividade administrativa permite-nos concluir que:

1 – Política pública é processo, pois juridicamente se traduz em conjunto coordenado de ações estatais e decisões (sequência de atos), realizadas pelo poder público para a concretização de direitos.

2 – Como processo, tem um desdobramento procedimental em fases ou ciclos que se sucedem dentro de um espaço de tempo da seguinte forma: i) definição da agenda pública, ii) formulação e escolha das políticas públicas, iii) implementação das políticas públicas e iv) avaliação das políticas públicas. Em cada uma dessas fases há a participação de um ente legitimado específico.

3 – Os princípios da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, bem como os princípios da proibição do retrocesso e da implementação progressiva, além da cláusula da reserva do possível são condições inerentes à atuação do Estado na concretização de direitos sociais por meio de políticas públicas.

4 - A obrigatoriedade quanto à efetivação de direitos decorre o ideal de justiça social instituída a partir dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, traçados na Constituição Federal (art. 1º) e dos objetivos da República previstos pelo legislador constituinte originário de 1988 no art. 3ª.

5 - Também com base nesses preceitos concluímos que a função jurisdicional, monopólio estatal, está alicerçada sob mais de um escopo, de maneira que o objetivo da pacificação social mediante a aplicação da lei não é o único pilar a sustentar o Poder Judiciário diante da evolução do constitucionalismo. A jurisdição tem também escopos políticos e sociais que a justificam a partir do interesse público e a relacionam diretamente com a estrutura política do Estado.

6 – É o caráter político/social da jurisdição decorrente da própria Constituição Federal que legitima o ativismo judicial.

7 – Sendo o processo o instrumento de exercício desta função, é por meio dele que o Poder Judiciário atua (também) em matéria de políticas públicas. E esta atuação se desenvolve de forma diferente em razão do objeto/direito/interesse que se põe em juízo, se

individual ou coletivo, sobretudo quanto aos limites subjetivos e objetivos das decisões judicias em ambos.

8 – É também relevante forma de ativismo judicial o controle de constitucionalidade das leis (jurisdição constitucional) com a interferência do Estado-Juiz em políticas públicas mediante reconhecimento de direitos constitucionais, seja pelo prestígio conferido à determinada interpretação jurídica, seja pela vedação de determinada possibilidade interpretativa ou, ainda, pela declaração de inconstitucionalidade de determinado dispositivo normativo.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; BREGA FILHO, Vladimir. A proibição do Retrocesso e a Reforma do Código Florestal. *Argumenta*, n. 16, 2012.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALVES, Fernando de Brito. Democracia e Desconfiança. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 16, 2012.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. Vol. 1.

_____. *Mandado de Segurança, Direito Público e Tutela Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; SACCHI, Carolina Estrela de Oliveira. O ativismo judicial nas ações especiais de controle da omissão inconstitucional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luís de (org.). *Constitucionalismo, Democracia, Procedimento & Substância*. Birigui: Boreal, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*: Influência do Direito Material sobre o Processo. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1952, tomo I.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado social ao Estado liberal*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988:* conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:* direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CIENA, Fabiana Polican. O Poder do Judiciário na Efetivação do Direito Fundamental à Educação. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 10, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social*. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política Constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas:* princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Vol. I.

DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 1978.

FAGUNDES, Seabra. Poder Discricionário da Administração, Abuso dêste poder, Mandado de segurança, Direito líquido e certo. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1948, Vol. 14.

FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: _____ (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GARCIA, Emerson. Jurisdição constitucional e legitimidade democrática tensão dialética no controle de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Jus Podium.

GOTTI, Alessandra. *Direitos Sociais*: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Por que tenho medo dos Juízes:* a intepretação/aplicação do direito e os princípios. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:* Comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. *Direito Constitucional, Estado de Direito e Democracia:* Homenagem ao Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

ILKIU, Ivan Moizés *et al*. *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: Verbatin, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*: os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Manual do Processo Coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Jairo Néia. Jurisdição inclusiva: a inclusão social por meio da atividade jurisdicional. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 13, 2010.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo Judicial*: limites institucionais democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Interesses difusos*: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Ação Civil Pública*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo *et al. Direito sanitário*. São Paulo: Ministério Público, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Processual Civil:* Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Vol. 1.

_____. MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil:* Comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.* 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Administrativo.* 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MERKL, Adolfo. *Teoria general del derecho administrativo.* México: Editora Nacional, 1975.

NEGRÃO, Ricardo. *Ações Coletivas:* Enfoque sobre a Legitimidade Ativa. São Paulo: Leud, 2004.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal.* 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Flávio Luís de; BRITO, Jaime Domingues. Acesso à Justiça e Inclusão Social. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 15, 2011.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINHEIRO. Paulo Eduardo D'Arce. *Poderes executórios do juiz.* São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa:* Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial:* parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O direito à saúde em face da discricionariedade administrativa.In: MARQUES NETO Floriano de Azevedo *et al.* (org.). *Direito e Administração Pública:* Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta:* Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SALIBA, Maurício Gonçalves; HANSEN, Thiago Freitas. Direitos Humanos e Direitos Animais em Perspectiva Histórica. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (org.). *Tutela dos Direitos Humanos e Fundamentais*. Birigui: Boreal, 2011.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Característica de Direito ou Interesse Difuso na Segurança Pública. *Argumenta,* n. 5, 2010.

_____. A participação do Ministério Público e do Cidadão na Política de Segurança Pública. *Justitia,* n. 193. São Paulo, 2001.

_____. *A indenização dos Danos Morais por Ferimento ao Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. Disponível em <http://www.apmp.com.br/juridico/santin >. Acesso em 14 out.2013.

_____. Notas Sobre o Poder Normativo das Agências Reguladoras. In: COSTA, Ilton Garcia da; FREITAS, Paulo Henrique de Souza (org.). *Agências reguladoras como fator de inclusão social*. São Paulo: Verbatim, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012-A.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012-B.

SHIMURA, Sérgio. *Tutela Coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

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

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A Inefetividade do Direito Fundamental à Saúde como Fator Determinante para a Aplicação dos Instrumentos de Tutela Jurisdicional Coletiva. *Argumenta*. Jacarezinho, n. 10, 2009.

_____; ALVES, Fernando de Brito. Cidadania e Direitos Sociais. In: _____ (org.). *Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade* – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Birigui: Boreal, 2011.

SOARES, Fernanda Heloísa Macedo; MASSIME, Maiara Cristina Lima. O processo como instrumento do Estado democrático de direito. Argumenta, n. 13, 2010.

SOUZA, Gelson Amaro; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo Judicial e Políticas Públicas de Saúde: Impacto da Tutela Jurisdicional de Medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Políticas Públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade* – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Birigui: Boreal, 2011

_____. Direitos Humanos e Processo Civil. *Argumenta*, n. 5, 2005.

STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:* uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Verdade e Consenso:* Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIDEIRA, Susana Antas. A emergência da cultura jurídica associada aos direitos sociais. In: PIRES, Natacha Ferreira Nagao; SIMÕES, Alexandre Gazetta (org.). *Ensaios sobre a história e a teoria do direito social.* São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WATANABE, Kazuo *et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Madrid: Editorial Trota, 2009.