

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS  
JURÍDICAS – PPGCJ  
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**PEDRO IVO SOARES BEZERRA**

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO  
DEFINIDOR DE LIMITES**

**João Pessoa, PB  
2012**

**PEDRO IVO SOARES BEZERRA**

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO  
DEFINIDOR DE LIMITES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como critério parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ/UFPB.

Área de concentração: Direito Econômico.

Linha de pesquisa: Justiça e Desenvolvimento Econômico.

Orientador: Professor Doutor Manoel Alexandre Cavalcante Belo

**João Pessoa, PB  
2012**

**PEDRO IVO SOARES BEZERRA**

**CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS  
PÚBLICAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA  
PROPORCIONALIDADE COMO CRITÉRIO  
DEFINIDOR DE LIMITES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, como critério parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ/UFPB.

Aprovado em: \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2012

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

**Professor Doutor Manoel Alexandre Cavalcante Belo**  
**Professor Orientador**

---

**Professora Doutora Ana Luísa Celino Coutinho**

---

**Professora Doutora Ana Paula Basso**

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, o Grande Arquiteto do Universo, por abençoar cada momento de minha existência, dando-me tudo o de que necessito.

À minha família, por entender os momentos de ausência em razão da dedicação à elaboração do presente estudo.

À Universidade Federal da Paraíba, instituição que me formou na graduação e que agora me possibilita a oportunidade de concluir este curso de mestrado.

Ao professor Manoel Alexandre Cavalcante Belo, profundo conhecedor da ciência jurídica, pela paciência, dedicação, habilidade e competência com que orientou o presente trabalho.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, pela dedicação ao ensino jurídico, em especial à professora Ana Luísa Celino Coutinho.

Ao professor Felix de Carvalho, responsável pela correção gramatical deste trabalho, pela atenção, cordialidade e dedicação.

À professora Ana Paula Basso, pela atenção despendida.

Aos funcionários do Centro de Ciências Jurídicas, sempre prestativos no atendimento dos pleitos dos estudantes.

A todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a elaboração deste trabalho.

## Resumo

Os direitos fundamentais necessitam de efetivação, em especial na era da normatividade dos princípios e da supremacia hierárquica dos dispositivos constitucionais. No Estado democrático de direito, são definidas, na constituição e demais documentos legislativos infraconstitucionais, diretrizes a serem concretizadas a partir da adoção de políticas públicas, as quais servem como instrumentos para a realização dos objetivos estatais que devem ser direcionados para o bem comum. A proposta é analisar o controle jurisdicional sobre políticas públicas, observando o confronto entre a necessidade de concretização de direitos fundamentais, especialmente aqueles que servem para assegurar a implementação do mínimo existencial, e a obrigatoriedade de observância dos princípios da divisão harmônica das funções estatais, da legitimidade democrática, bem como as limitações decorrentes da reserva do possível e da microvisão do Poder Judiciário. Para solucionar esse embate entre princípios de hierarquia constitucional, será imperiosa a aplicação do princípio da proporcionalidade, como forma de possibilitar o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas, sem que se promova uma atuação exacerbada dos magistrados nem tampouco que se deixem de efetivar direitos constitucionais em razão da inércia do Estado na realização de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Controle jurisdicional. Princípio da proporcionalidade.

## **Abstract**

The fundamental rights require effective, especially in the era of normative principles of hierarchy and the supremacy of constitutional provisions. In the democratic state of law, are defined in the constitution and other legislative documents infra, guidelines to be implemented from the adoption of public policies, which serve as instruments to achieve the state goals, which, in brief summary should be directed for the common good. The proposal is to analyze the jurisdictional control over public policy, observing the clash between the need for realization of fundamental rights, especially those who serve to ensure the implementation of the existential minimum, and the obligation to uphold the principles of harmonic division of state functions, the legitimacy democratic as well as the limitations resulting from the reserve for microview of the judiciary. To resolve this conflict between the constitutional principles, it is imperative that the principle of proportionality as a way of enabling the exercise of jurisdictional control over public policies, to promote a heightened role of the judiciary nor that fail to enforce constitutional rights due to the inertia of the State in carrying out public policy.

**Keywords:** Public policy. Jurisdictional control. Principle of proportionality.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	07
1 POLÍTICAS PÚBLICAS .....	14
1.1 Histórico .....	14
1.2 Conceito .....	19
1.3 Desenvolvimento das políticas públicas de acordo com o perfil do Estado.....	22
1.4 Formulações teóricas para as políticas públicas: <i>policy analysis</i> .....	29
1.4.1 Processo de política pública: <i>policy cycle</i> .....	30
1.4.2 Neoinstitucionalismo e análise de estilos políticos .....	32
2 CONTROLE JURISDICIONAL .....	35
2.1 Razão da existência do controle jurisdicional.....	35
2.2 Jurisdição: conceito e características.....	37
2.3 Expansão da jurisdição .....	41
2.4 Neoconstitucionalismo: novos paradigmas do direito constitucional .....	44
2.4.1 Marco histórico .....	45
2.4.2 Marco filosófico.....	46
2.4.3 Marco teórico .....	47
2.4.4 Características do neoconstitucionalismo .....	50
2.5 Visões da jurisdição: procedimentalismo e substancialismo .....	51
2.6 Controle jurisdicional de políticas públicas .....	56
2.6.1 Políticas públicas, discricionariedade, mérito administrativo e controle do Judiciário.....	56
2.6.2 Ativismo judicial e autocontenção .....	61
3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	68
3.1 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	77
3.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade como critério definidor de limites .....	81
3.2.1 Teoria da separação dos poderes estatais.....	82
3.2.2 Reserva do possível: necessidade de conciliação com o mínimo vital e superioridade normativa da constituição.....	99
3.2.3 Legitimidade democrática e microvisão do Judiciário .....	105
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	110
REFERÊNCIAS .....	112

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por meta estudar o controle jurisdicional sobre políticas públicas, investigando, em especial, os limites para o exercício da função jurisdicional nessa seara. Para isso, será estudado o princípio da proporcionalidade, defendido como instrumento fundamental para traçar parâmetros objetivos e limitadores com vista ao exercício da jurisdição em relação a demandas que tenham como objeto de discussão a implementação de direitos, em especial, os direitos fundamentais, a partir da execução de políticas públicas.

Tal princípio será detalhado nos seguintes elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esses elementos visam a estabelecer critérios para o exercício da atividade judicante em relação às políticas públicas. Buscam, com isso, evitar ou pelo menos mitigar a atuação proativa e desarrazoada do Judiciário ou, por outro lado, minimizar a autocontenção exagerada desse poder. Tal conduta comprometeria a efetivação de direitos assegurados no ordenamento jurídico e ainda não implementados em razão da inércia ou ineficiência dos poderes políticos majoritários.

Hodiernamente, é comum afirmar-se que o direito vivencia a era de efetivação das conquistas positivadas. Tais conquistas foram frutos de séculos de debates e reivindicações em favor da redução da arbitrariedade estatal e, conseqüentemente, da concessão de direitos que assegurassem o mínimo vital para as parcelas mais vulneráveis da população. Todavia, o processo de efetivação de direitos – notadamente os direitos de segunda geração, denominados de direitos sociais, econômicos e culturais – caracteriza-se pela sua elevada complexidade. As dificuldades começam pelo processo político de escolha das demandas a serem prioritariamente atendidas, passando pelo procedimento de debate e disputa política anterior à definição do programa. Só depois de superados esses obstáculos é que são estabelecidas as etapas de criação, implementação e execução da política pública. Nesse longo percurso, resta frustrada a efetivação de muitos direitos positivamente afirmados no ordenamento jurídico.

O tema em estudo é atual e polêmico. Envolve discussão acerca de matérias referentes à estrutura do Estado democrático de direito, a exemplo da divisão de poderes, efetivação de direitos fundamentais, aplicação de recursos públicos, reserva do possível e priorização de gastos. Na jurisprudência, o controle jurisdicional de políticas públicas é tema que se encontra em debate, haja vista a existência de constantes discussões acerca da universalização de

políticas públicas que envolvem a efetivação de direitos fundamentais. Nessa discussão, destacam-se a necessidade de fornecimento de medicamentos de alto custo e a garantia de vaga em escola pública, entre outros assuntos em que são debatidos os limites da interferência do Judiciário na seara política.

No primeiro capítulo do trabalho, será feita a análise teórica do que se entende por políticas públicas, traçando o histórico de seu surgimento e desenvolvimento. A análise mostra que o aprofundamento do estudo da atividade administrativa estatal, a partir de políticas públicas, ocorreu em razão da necessidade de estabelecer tais políticas como instrumento para a promoção do desenvolvimento econômico e social. Também contribuiu para o desenvolvimento das políticas públicas a necessidade, especialmente a partir de década de 1980, de os Estados promoverem agendas de equilíbrio fiscal. Essa situação gerou a necessidade de otimização dos gastos, exigindo o melhor aproveitamento possível dos recursos públicos, de modo a garantir a eficiência e a efetividade da atividade administrativa.

As políticas públicas são concebidas como uma forma de tornar a atuação do poder público mais dinâmica e adequada às mutações sociais de uma sociedade cada vez mais complexa em que as demandas e as respostas necessitam de uma relação mais interativa e célere, entre a sociedade e o poder público. Promove-se, em razão dessas políticas, uma análise consentânea com a realidade empírica, a partir do estudo das estruturas e normas do poder público e do processo político de formação das *public policies*. Nesse contexto, a atividade administrativa passa a ser vista de maneira teórica e científica.

No mesmo capítulo, serão explanados os conceitos de políticas públicas utilizados na doutrina especializada. Evidencia-se que tais políticas são instrumentos utilizados pelo Estado com o fito de promover a implementação de objetivos políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais etc. Tais metas são definidas num projeto governamental, a ser executado através de medidas articuladas a partir da utilização de elementos das mais variadas áreas do conhecimento. Em síntese, as políticas públicas são meios necessários a permitir que o Estado promova seus fins primordiais, notadamente o bem-estar social, através de ações de caráter prestacional em favor da promoção de direitos fundamentais e das premissas basilares do Estado democrático de direito.

O desenvolvimento das políticas públicas sofre influência direta do modelo de Estado, o qual, a depender de seu perfil, priorizará a busca de efetivação de determinadas políticas públicas. Da mesma forma, de acordo com o perfil do Estado, será possível aferir o grau de concessão para a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, com o

escopo de tornar concretos os preceitos constitucionais relacionados ao exercício de direitos. Na aferição do perfil do Estado, as constituições são a bússola política, aptas a demonstrar as prioridades a serem adotadas pelo poder público quando da execução das prerrogativas abstratamente definidas no ordenamento jurídico.

Ainda no primeiro capítulo, far-se-á a análise das formulações teóricas desenvolvidas no estudo analítico das políticas públicas, diferenciando-se os conceitos dos termos *policy*, *politics* e *polity*. Será também discutido o processo de desenvolvimento e implementação de uma política pública, qual seja, o *policy cycle*, em que se destacam a agenda, a elaboração, a implementação, a avaliação e a correção das políticas públicas. Serão, além disso, abordadas as teorias do neoinstitucionalismo e da análise de estilos políticos.

No segundo capítulo, será feita a análise do controle jurisdicional em geral, explicitando a necessidade de seu exercício como forma de resguardar a estrutura do Estado democrático de direito e o respeito aos direitos fundamentais, contendo a natural tendência à arbitrariedade no exercício do poder político. Será enfatizada a razão para a existência desse controle, derivado do regime democrático, o qual consigna que todo o poder emana do povo e deve ser exercido em benefício da coletividade.

A gestão do patrimônio do Estado deve ser impessoal, voltada à consecução do interesse coletivo. Afinal, o titular dos interesses geridos é a coletividade, que elege seus representantes apenas para que promovam a gestão da coisa pública, não existindo, pois, em uma relação de propriedade ou domínio do gestor para com a *res publica*. Por essa razão, todas as atividades estatais são passíveis de controle, de forma a possibilitar a investigação do atingimento das balizas legais e do interesse público, quando da utilização dos recursos pertencentes ao erário, a partir da realização de políticas públicas. Tal fiscalização é uma garantia fundamental do Estado democrático de direito, conferindo aos órgãos do poder público e aos próprios cidadãos a possibilidade de exercerem uma ação obstativa em relação a condutas que firam os princípios regentes da atuação administrativa.

Como espécie dessa fiscalização da conduta administrativa, será dada ênfase à modalidade de controle exercido pelo Judiciário sobre a ação administrativa adotada na forma de políticas públicas. Nessa abordagem, serão analisados o conceito e as características da jurisdição, diferenciando-a das demais funções estatais. Destacar-se-á a importância da constituição e do perfil delineado para o Estado como elementos aptos a influir na definição

do grau de atuação do Judiciário: se mais contido ou proativo na efetivação dos direitos fundamentais.

No estudo da jurisdição, será evidenciada a expansão dessa função estatal, especialmente com a queda do Estado absolutista, com o advento da Revolução Francesa. O modelo de regulamentação fechada e sistematizada a partir da elaboração de grandes códigos, predominante após a queda da Bastilha, acabava por ensejar o engessamento da atuação jurisdicional. As desigualdades sociais, cada vez mais intensas após a concentração de capital ensejada pela Revolução Industrial, demonstraram a necessidade de reformulação desse modelo formalista de visualização do direito, exigindo uma atuação mais proativa do Judiciário. Em sua atuação, ele deveria interferir na seara política do Estado em favor do respeito às diretrizes legais e da efetividade das previsões constitucionais, sobretudo a partir da intervenção na fixação e implementação de políticas públicas.

A corrente doutrinária neoconstitucionalista, difusora da efetividade dos direitos fundamentais e da normatividade dos princípios constitucionais, tem elevada importância na fixação dessa nova visão acerca da jurisdição. Dada a importância teórica dessa corrente, serão destacados seus marcos histórico, filosófico e teórico, descrevendo-se também as suas características. Essa análise contribuirá para demonstrar as visões antagônicas da jurisdição – procedimentalismo e substancialismo – as quais serão abordadas no tópico seguinte. Tais concepções têm influência direta no estabelecimento da ação do Judiciário em relação ao controle de políticas públicas.

No tópico seguinte, será abordado o controle jurisdicional especificamente sobre políticas públicas. Para isso, apresentar-se-á um paralelo entre políticas públicas, discricionariedade, mérito administrativo e controle do Judiciário. De início, busca-se demonstrar que as demandas sociais são superiores à capacidade de resposta do poder público, razão pela qual as políticas públicas não se mostram capazes de solucionar todas as reivindicações de prestação de serviços à sociedade. Devido a isso, há certa margem de discricionariedade da administração pública, no sentido de traçar metas prioritárias a serem atingidas através de políticas públicas. Essa discricionariedade se encontra no campo do mérito administrativo, sendo, em regra, isenta ao controle jurisdicional.

Apesar dessa discricionariedade, há um elenco mínimo de direitos e garantias cuja efetivação o Estado não pode se furtar de buscar, como decorrência dos princípios e objetivos fundamentais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. São princípios e regras dotados de

força normativa e imperatividade e, por isso, não podem ser esquecidos ou relegados a segundo plano, quando da realização de determinadas metas, ainda que essas metas sejam também essenciais para o Estado.

Com isso, surgem duas situações que, em alguns casos, se mostram aparentemente contraditórias: de uma lado, a liberdade de atuação do poder político na definição das políticas públicas a serem executadas em favor da sociedade; de outro, a necessidade de implementação, ainda que gradativa, de direitos assegurados no ordenamento jurídico, a exemplo da saúde, educação, saneamento básico, meio ambiente saudável, entre outros. Diante desse contexto, será demonstrado que, no Estado moderno, a discricionariedade na definição e implementação de políticas públicas é flexibilizada em favor da efetivação de direitos imperativamente definidos como fundamentais pelo ordenamento jurídico, necessitando, portanto, de implementação gradativa e contínua. Com efeito, a liberdade de opção política dos representantes da coletividade não é absoluta, sendo vedada a adoção de condutas irrazoáveis. Os agentes políticos não podem proceder com nítida intenção de neutralizar a eficácia de direitos econômicos, sociais e culturais, de cuja efetividade muitas vezes depende a existência digna e a sobrevivência do indivíduo.

Nesse contexto, serão debatidos os limites para a intervenção do Judiciário na seara das políticas públicas, as quais consistem em instrumentos adotados para que o poder público possa efetivar a consecução de direitos. O problema é saber até que ponto se deve prestigiar a liberdade de atuação do administrador ou do legislador na definição e execução de políticas públicas, sabendo-se que diversos direitos fundamentais aptos a assegurar o mínimo existencial encontram-se sendo desrespeitados. Trata-se de tema de elevada complexidade, haja vista que interfere no equilíbrio, autonomia e harmonia entre os poderes do Estado. Há, assim, um aparente conflito, no cenário brasileiro, entre os princípios que estabelecem os objetivos fundamentais da República (art. 3º da Constituição Federal) e o princípio da autonomia das funções estatais (art. 2º).

A definição de limites para o exercício do controle jurisdicional passa pela necessidade de analisar-se mais detidamente o que se entende por postura ativista e postura autocontida. No tópico subsequente, será apresentado o conceito de cada uma das vertentes, bem como o delineamento histórico de posturas das cortes judiciárias.

No terceiro capítulo, será analisado o princípio da proporcionalidade, o qual se revelará como essencial para a solução da problemática da definição dos limites da atuação

jurisdicional no que concerne ao campo das políticas públicas. Para isso, apresentar-se-á o conceito do mencionado princípio, bem como sua natureza e origem histórica, aproximando-o do princípio da razoabilidade, para muitos tidos como sinônimos. Abordar-se-á o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da proporcionalidade, analisando, de maneira crítica, os precedentes que aplicam o citado preceito normativo. Na análise do princípio da proporcionalidade, serão estudados seus três elementos, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Feita a abordagem desse princípio, será possível aplicá-lo a questões complexas referentes ao controle jurisdicional de políticas públicas. Nessa análise, averiguar-se-á o potencial do princípio da proporcionalidade em servir como parâmetro para o citado controle, notadamente em relação à teoria da separação dos poderes estatais, às limitações da reserva do possível ante a necessidade de conciliação com o mínimo vital e a superioridade normativa da constituição. Será mencionada também a problemática da legitimidade democrática e da microvisão do Poder Judiciário. São situações muito debatidas na doutrina, questionando-se os limites para a atuação jurisdicional na seara política em favor de uma efetivação de direitos fundamentais.

Na análise de cada uma dessas questões, será apontada a necessidade de utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento essencial para a solução dos conflitos. Em tal abordagem, demonstrar-se-á a ausência de liberdade plena do administrador e do legislador no manejo e utilização das verbas públicas, haja vista que as políticas públicas devem estar calcadas em finalidades proporcionais e razoáveis, sob pena de invalidação pelo Poder Judiciário. Por outro lado, devem ser estabelecidos limites para a atuação jurisdicional, evitando que, na busca da efetivação de direitos, configure-se uma interferência exacerbada na esfera política, ferindo a autonomia dos demais poderes do Estado. Também nesse contexto, o princípio da proporcionalidade servirá como instrumento apto a dosar a atuação do Judiciário no exercício do controle sobre políticas públicas.

No que tange à metodologia do trabalho, o método de abordagem a ser utilizado será o dedutivo, que parte do geral para o particular. Utilizar-se-ão premissas reconhecidamente científicas para se chegar a conclusões formais. Para tanto, será feita uma análise teórica acerca das políticas públicas, do controle jurisdicional e do princípio da proporcionalidade, buscando-se justificar a aplicação desse princípio como instrumento definidor dos limites para o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas.

Os métodos de procedimento, que constituem as etapas mais concretas da investigação, incluirão: a) o método histórico, a partir da análise das experiências já ocorridas em relação a políticas públicas e à efetivação de direitos fundamentais, de acordo com o perfil de Estado, bem como em relação ao controle jurisdicional e o princípio da proporcionalidade; b) o método comparativo, através da observação das semelhanças e diferenças entre os graus do controle jurisdicional de políticas públicas, a depender do modelo de Estado e da época histórica, traçando um paralelo entre a postura ativista ou autocontida do Poder Judiciário.

No que concerne às técnicas de pesquisa, as quais se relacionam com a parte prática da pesquisa, por meio da instrumentação específica da coleta de dados, será utilizada a documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica. A pesquisa bibliográfica terá como fundamento a literatura pertinente em relação às políticas públicas, direitos fundamentais, controle jurisdicional e princípio da proporcionalidade.

O objetivo da presente dissertação não é exaurir a discussão sobre o tema, o que, como se sabe, é impossível. Em suas linhas gerais, busca dar uma contribuição teórica, no sentido de estabelecer balizas objetivas para a atuação do Judiciário em prol da realização de direitos que necessitam da consecução de políticas públicas. Nesses casos, a função jurisdicional preenche a omissão ou ineficiência dos poderes políticos na efetivação de direitos fundamentais, desde que não haja uma atuação exacerbada e desarrazoada do Poder Judiciário, sob o pretexto de garantir a concretização de determinados direitos.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS

A presente dissertação está focada em três grande pilares: políticas públicas, controle jurisdicional e aplicação do princípio da proporcionalidade. Este último será analisado como critério definidor para o exercício do controle jurisdicional sobre as políticas públicas.

Neste capítulo, será feita uma análise sobre as políticas públicas, seu histórico, conceito e características, suas etapas ou fases, bem como os modelos explicativos para as políticas públicas (*policy analysis*). Serão também abordados o neoinstitucionalismo e a análise de estilos políticos, teorias que surgiram como consequências das limitações da *policy analysis* tradicional. Nessa análise, tentar-se-á traçar um perfil teórico do que seja política pública, entendida como condição essencial para o desenvolvimento do presente estudo, notadamente no que diz respeito ao estabelecimento de balizas para e efetivação da intervenção do Poder Judiciário com vista à consecução das políticas públicas.

### 1.1 Histórico

Nas últimas décadas, o campo teórico de estudo autônomo em relação às políticas públicas mostrou elevado avanço. Dessa forma, passou a existir uma maior preocupação dos pesquisadores em relação a esse instituto, considerado essencial para o desenvolvimento e a implementação das diretrizes estatais. Esse aprofundamento no campo de estudo sobre políticas públicas tem repercutido no campo empírico. Em consequência, os Estados - especialmente aqueles em processo de desenvolvimento - passaram a adotar políticas restritivas de gasto, voltadas ao superávit nas contas governamentais e com orçamentos equilibrados entre receita e despesa.

Houve, portanto, uma gradual substituição do modelo keynesiano implantado após a Segunda Guerra Mundial, em que o Estado era o grande propulsor do desenvolvimento através de pesados investimentos. Essa agenda de equilíbrio fiscal passou a predominar a

partir da década de 1980, especialmente nos países da América Latina, os quais apresentavam recorrentes trajetórias inflacionárias em suas economias.

Outro fator contribuinte para o desenvolvimento do estudo teórico sobre políticas públicas foi a incapacidade de alguns países de planejar e implementar um conjunto de diretrizes que servissem como instrumento capaz de propulsionar o crescimento econômico, a inclusão social e a preservação do meio ambiente. A esse respeito, enfatiza Souza (2006, pp. 20-21):

[Outro] fator [para o desenvolvimento do estudo sobre políticas públicas], mais diretamente relacionado aos países em desenvolvimento e de democracia recente ou recém-democráticos, é que, na maioria desses países, em especial os da América Latina, ainda não se conseguiu formar coalizões políticas capazes de equacionar minimamente a questão de como desenhar políticas públicas capazes de impulsionar o desenvolvimento econômico e de promover inclusão social de grande parte da população.

Apesar de se atribuir maior ênfase à análise de políticas públicas em época recente, é imperioso consignar que, durante todas as fases cronológicas em que se estudou esse instituto, a análise das realidades estatais sempre foi feita sob uma ótica holística. Essa análise envolveu o conhecimento de diversas áreas do saber, tais como a ciência política, a filosofia, a sociologia, o direito, as ciências administrativas, entre outras, prevalecendo cada uma em determinado momento da história.

Com efeito, a visão jurídica acerca da análise das políticas públicas revelou-se hegemônica durante o período que se estendeu da segunda metade do século XIX até meados do século XX, após a Segunda Guerra Mundial. Por sua vez, a ótica administrativa, prevalente na atualidade, surgiu de maneira tímida no início do século XX, nos Estados Unidos da América, estendendo-se a outros países a partir da década de 1960. Essas duas visões foram as que mais se destacaram no estudo das políticas públicas. É importante salientar que, não obstante terem predominância sucessiva no tempo, essas duas visões não provocaram a aniquilação do modelo anteriormente predominante e das demais visões, haja vista que, na prática administrativa, verificou-se a coexistência de vários enfoques, nem sempre compatíveis entre si.

Fato relevante a ser considerado na análise histórica das políticas públicas diz respeito ao sistema jurídico adotado pelo Estado. Nos países de cultura romano-germânica, existente em parte da Europa e na América Latina, manteve-se um forte apego à ordem normativa escrita e documentada, representada pelo legalismo. Segundo Saraiva (2006, p. 22), tal visão

“leva a uma consideração um tanto estática do Estado e da Administração Pública, que privilegia o estudo das estruturas e das normas que organizam a atividade estatal.”

Por outro lado, os países de cultura anglo-saxã, que adotam o sistema da *common law*, notadamente orientado pelos precedentes jurisprudenciais e pelos costumes, compuseram um sistema de políticas públicas regido por normas e princípios que permitem, em regra, maior flexibilidade na adoção de determinados comportamentos administrativos, quando comparados ao legalismo existente nos países de tradição romano-germânica. No caso específico dos Estados Unidos da América, a justiça equiparou os atos da administração pública a atos privados, motivo pelo qual o direito administrativo não teve o desenvolvimento e o aprofundamento observados nos países latino-americanos.

O estudo das políticas públicas está associado à análise da administração pública, pois dela emanam as diretrizes para a implantação dessas políticas. Portanto, é preciso entender a origem dos estudos voltados para a administração pública, para que se possa fazer sua inter-relação com a origem e o desenvolvimento da análise das políticas públicas. Os primeiros estudos da administração pública sistematizados em uma disciplina acadêmica surgiram na Universidade de Princeton, nos Estados Unidos, em 1880. A citada disciplina foi ministrada pelo professor e, posteriormente, presidente da República, Woodrow Wilson. Tempos depois, ele publicou ensaios sobre a administração pública, defendendo a existência de um grupo de funcionários independentes e competentes, a quem caberia aplicar as leis aprovadas pelo Parlamento (BRESSER-PEREIRA, 2005, p. 39).

Nesse contexto, predominava a visão que objetivava estabelecer o profissionalismo para o serviço público. Buscava-se implantar uma visão científica sobre a administração pública, adotando-se o modelo gerencial de formação de recursos humanos existentes nas empresas privadas. O objetivo era criar uma classe de servidores públicos sem vínculos com partidos políticos, como forma de neutralizar as barganhas, o nepotismo e as concessões no preenchimento dos cargos na administração pública, adotando-se, na seleção para ingresso dos servidores, critérios que privilegiassem o mérito.

Até a década de 1930, um servidor que trabalhava no setor público era identificado como um simples executor de políticas, devendo obediência aos princípios da eficiência e eficácia. Dava-se enfoque apenas ao aspecto laboral teórico-mecanicista, em que não havia liberdade para a elaboração e concepção de ideias por parte do servidor público. A partir dessa época, todavia, o administrador público passou a ser incumbido da função de

formulador de políticas públicas, atribuição que derivou do crescimento do aparato estatal, conforma assinala Fischer (1984, p. 278):

Até 1930 (...) o administrador público era considerado um mero executor de políticas, dentro de princípios de eficiência, considerados não apenas o fim do sistema, mas também a medida de eficácia do mesmo. Nessas circunstâncias, a administração pública teve um enfoque teórico mecanicista, estabelecendo-se relações estreitas entre organização pública e privada. A partir dos anos 30 e da I Guerra Mundial, o crescimento do aparato estatal influenciou na mudança do conceito de administrador, já então percebido como um formulador de políticas públicas.

A partir desse período, houve a preocupação em tornar eficiente a atividade administrativa. Para tanto, buscou-se aplicar fórmulas administrativas e gerenciais adequadas, recepcionando-se o entendimento do *new public management*. Todavia, não se pode deixar de considerar a observação de Saraiva (2006, p. 23), segundo a qual “a decisão política leva em conta variáveis que a decisão empresarial não considera. A dependência em relação aos recursos do mercado é quase total na administração privada e os objetivos organizacionais são diferentes e muitas vezes opostos.”

A ideia de eficiência e efetividade da atividade administrativa foi sendo intensificada ao longo do tempo, notadamente com o avanço das telecomunicações, a evolução da informática e a globalização dos mercados financeiros e do comércio. Essas transformações geraram a necessidade de maior dinamismo na preparação, desenvolvimento e aplicação das políticas estatais, como respostas às cada vez mais mutantes situações existentes no seio social.

Nesse novo contexto, o êxito e a sobrevivência – nesse caso especialmente para as empresas privadas – estavam relacionados à capacidade de rápida adequação, a partir da adoção de novas técnicas de administração. No âmbito estatal, essas técnicas se traduziram nos grandes sistemas de planejamento governamental, predominantes nas décadas de 1950 e 1960. Órgãos específicos foram criados com o objetivo de elaborar planos para o crescimento econômico, promovidos a partir de pesados investimentos e incentivos estatais. No setor privado, as empresas adotaram o planejamento organizacional, que direcionava a entidade para o estabelecimento de metas e objetivos, com a especificação dos instrumentos necessários para atingi-los.

Todavia, as mudanças no contexto internacional demonstraram a necessidade de se adotarem métodos mais flexíveis de administração e planejamento, os quais levassem em consideração variantes externas à organização. Assim, as metas e objetivos rígidos eram

substituídos por estratégias que permitissem a atuação otimizada em cenários alternativos, os quais seriam independentes da vontade dos responsáveis pela organização. É o planejamento estratégico. Sobre ele, Saraiva (2006, pp. 25-26) faz a seguinte observação:

Mas os acontecimentos da década de 70 – guerras, crises petroleiras e financeiras, etc. -, com a conseqüente transformação do contexto e o surgimento de novas variáveis, mostraram que os sistemas de planejamento estabelecidos eram muito lentos e rígidos para dar conta de uma conjuntura que exigia respostas imediatas. Vai-se impondo, assim, a gestão estratégica, que não prescinde do planejamento, mas permite reação imediata da organização aos desafios e às oportunidades que surgem do contexto.

Devido às características relacionadas à atividade empresarial, destacando-se o caráter concorrencial e o maior dinamismo e adaptabilidade, as empresas privadas se adequaram mais facilmente à nova realidade. Por outro lado, as organizações estatais reagiram tardiamente ou, em muitos casos, não promoveram modificações em razão das novas circunstâncias. Tal situação resultou na perda de credibilidade das instituições estatais, haja vista que não respondiam às demandas sociais, bem como às necessidades e desejos dos destinatários dos serviços públicos.

Diante desse contexto, na década de 1980, a ação estatal passou a ser pensada na forma de políticas públicas propriamente ditas. Buscava-se, assim, uma forma de implementar uma visão mais dinâmica e adequada às mutações sociais da atividade estatal, a partir da incorporação de conhecimentos oriundos das transformações ocorridas em outros campos do conhecimento, a exemplo da informática, administração, economia, direito e telecomunicações. Esse novo quadro facilitou a elevação da participação democrática na tomada de decisões estatais.

No campo teórico, passou-se a analisar o modo de funcionamento da máquina estatal, a partir de uma ótica dinâmica, baseada nos fluxos decorrentes das relações de poder. Esse enfoque teria como elementos de destaque as entidades ou órgãos públicos elaboradores das políticas públicas, os atores participantes do jogo político e as inter-relações dessas variáveis, bem como as relações destas com as variáveis externas que influenciam o processo. Assim, superou-se a perspectiva analítica que restringia o estudo das políticas públicas a visões parciais desse fenômeno de atuação estatal. Em conseqüência, promoveu-se uma análise consentânea com a realidade empírica, estudando-se as estruturas e normas do poder público e o processo político de formação das *public policies*.

São considerados como precursores na área de políticas públicas quatro grandes pensadores: H. Laswell, H. Simon, C. Lindblom e D. Easton. O primeiro foi o responsável

pela introdução, na década de 1930, do termo *policy analysis*, expressão que tinha o objetivo de conciliar o conhecimento acadêmico-científico com a atuação dos governos no mundo dos fatos. Duas décadas mais tarde, H. Simon inseriu o conceito de racionalidade limitada dos elaboradores de políticas públicas, denominados *policy makers*. Essa racionalidade pode ser maximizada, de maneira satisfatória, pela criação de estruturas que regem o comportamento dos atores na direção de resultados desejados. (SOUZA, 2006, pp. 23-24).

C. Lindblom, por sua vez, sugeriu o adição de outras variáveis à análise das políticas públicas. Destacou, especialmente, o papel das eleições, dos grupos de interesse, dos partidos políticos e das burocracias, como forma de não manter restrita a análise das *public policies* ao racionalismo de H. Laswell e H. Simon. Finalmente, no campo da análise das políticas públicas, D. Easton desenvolveu a ideia da atuação estatal a partir de sistemas, em que existiriam as etapas de formulação, os resultados e o ambiente, além das ideias de *input*, *output* e *feedback*.

## 1.2 Conceito

A ideia de desenvolvimento das atividades estatais a partir de políticas públicas surgiu como decorrência da ausência de efetividade e eficiência no desenvolvimento das prestações públicas originadas de modelos não-dinâmicos. Observou-se que tais modelos não permitiram o desenvolvimento de uma relação interativa entre a percepção e a constatação das demandas sociais e a elaboração e posterior execução de medidas que poderiam produzir ações estatais capazes de atendê-las. Dworkin (2007, p. 36) assim conceitua política pública:

Aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).

A política pública é o instrumento estatal apto a promover a concretização dos valores consolidados na sociedade, geralmente definidos em previsões abstratamente estabelecidas no ordenamento legal, a partir da densificação e concretização de seu conteúdo. Para tanto, devem ser utilizadas ferramentas de diversas áreas do conhecimento, especialmente da economia, engenharia, arquitetura, ciência da computação e do direito. Bucci (2006, p. 14) apresenta o seguinte conceito de política pública:

(...) um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou na ótica dos juristas, concretizar um direito.

As políticas públicas denotam uma ação propositiva e prestacional por parte do Estado. Busca-se, com elas, a implantação de um projeto governamental, através de programas que compreendem ações voltadas para setores específicos da sociedade (HÖFLING, 2001, p. 31). Sua principal meta é alcançar objetivos sociais, econômicos, culturais e ambientais, dentre outros, em nível previamente determinado e num espaço de tempo definido. Para a consecução de políticas públicas, mostra-se imperioso o planejamento, com a fixação do órgão ou entidade executora, a definição dos instrumentos e meios para a efetivação do plano, bem como do objetivo a ser perseguido e atingido. Tal objetivo pode ter caráter econômico, político ou social em favor da comunidade, tendo sempre em vista a concretização dos direitos, notadamente aqueles caracterizados como fundamentais.

A construção de políticas públicas não pode ser feita de forma desordenada e sem metas preestabelecidas. Pelo contrário, é preciso haver a “racionalização técnica da ação do poder público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados” (BUCCI, 2006, p. 27). Essa racionalização possibilita uma ação estatal mais objetiva, eficiente e, conseqüentemente, concretizante dos preceitos constitucionais e legais, além de obediente ao princípio constitucional da eficiência.

As políticas públicas existem como instrumento para a efetivação de diretrizes da administração pública. Elas devem buscar atingir metas e objetivos sociais que demandam um programa de ação a ser desenvolvido e realizado pelo Estado-providência, atrelado à concepção de Estado de bem-estar social (*welfare State*). Para Souza; Coura (2008, p. 4057), políticas públicas são “atividades promocionais desenvolvidas eficientemente pelo Estado ou pela sociedade civil a fim de alcançar objetivos específicos de interesse econômico, político ou social, como forma de se efetivar os direitos fundamentais ou o Estado democrático de direito.”

Com efeito, a generalidade e a abstração dos princípios e normas constitucionais, bem como, em determinados casos, da legislação infraconstitucional devem ser particularizadas e concretizadas pela atuação complementar das políticas públicas. Elas devem atuar como instrumento que efetiva os princípios e regras, possibilitando a concretização de objetivos determinados. Por essa razão, as políticas públicas não podem ser gerais e abstratas, mas

dotadas de perceptível base de concretude necessária à determinação objetiva e à realização das metas previamente fixadas, não obstante possam ser estabelecidos princípios e diretrizes de caráter mais amplo. Em outras palavras, as políticas públicas são a *longa manus* das normas programáticas estatuídas nos diplomas legais, em especial, na Carta Magna. Segundo Bucci (2002, p. 241), “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.”

Uma política pública é mais ampla do que uma mera decisão política, pois compreende ações planejadas e estrategicamente orientadas para concretizar projetos formalizados. Já a decisão política é pressuposto para a política pública, antecedendo-a. Representa uma opção do Estado que servirá como diretriz para os órgãos executores das políticas públicas. Nesse aspecto, a efetivação de direitos fundamentais - especialmente os direitos sociais, econômicos e culturais – exige uma prestação positiva do poder público. Depende substancialmente da existência e efetivação de políticas públicas, as quais são, de resto, meios ou instrumentos para a realização dos princípios e valores estabelecidos na legislação. Sobre políticas públicas, Saraiva (2006, pp. 28-29) esclarece:

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidade das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política. Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação de recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.

Com efeito, as políticas públicas desempenham importante papel na preservação e manutenção do equilíbrio entre as diversas correntes de pensamento existentes no seio social. Exercem, igualmente, a função de promover os direitos, notadamente os fundamentais, com o fito de efetivar previsões constantes no ordenamento jurídico. Ainda sobre o conceito de políticas públicas, convém destacar o formulado por Souza (2006, p. 26):

(...) campo de conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

Na mesma vertente, Canela Junior (2009, p. 10) arremata:

Por política estatal — ou políticas públicas — entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de “atos de governo” ou “questões políticas”, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.

Como se observa, o conceito de políticas públicas passa necessariamente pelos fins e metas estabelecidos pela sociedade a partir de instrumentos normativos. Nesse aspecto, é importante distinguir os termos *politics* e *policy*, tão difundidos no estudo das políticas públicas: o primeiro tem relação com a atividade política em sentido amplo, enquanto o segundo caracteriza os programas governamentais que servem para implementar o que foi decidido no cenário político, representando as tarefas estatais relacionadas à intervenção na ordem social, econômica e política (BARROS, 2008, p. 58).

No que tange às espécies de políticas públicas, cumpre destacar que, *lato sensu*, qualquer comportamento do Estado poderia ser caracterizado como exemplo dessa atividade. Nelas estão também incluídas as atitudes abstencionistas, típicas do Estado liberal clássico, posto que consignam comportamento do poder público apto a atingir uma finalidade pública num determinado espaço de tempo.

### **1.3 Desenvolvimento das políticas públicas de acordo com o perfil do Estado**

Neste tópico, far-se-á uma análise sobre o surgimento e o desenvolvimento da ideia de políticas públicas, bem como a respeito do potencial controle jurisdicional a ser exercido sobre estas. Entretanto, para melhor compreensão da matéria, faz-se necessário, preliminarmente, explicitar as concepções de Estado adotadas no tempo, especialmente após

o período moderno, com o advento das ideias liberais oriundas da Revolução Francesa. Compreendendo-se o perfil de Estado (liberal, de bem-estar social, social-democrata ou neoliberal), poder-se-á observar, com maior ou menor destaque, a ênfase nas políticas públicas, assim como a busca de sua real efetivação. Também pelo desenho político-institucional adotado no Estado, será possível aferir o grau de concessão para a intervenção do Poder Judiciário, com o escopo de tornar concretos os ditames constitucionais relacionados ao exercício de direitos.

Nesse contexto, as constituições são documentos essencialmente políticos, agregadoras de princípios e disciplinadoras de ações políticas por regras preceptivas ou normativas postas ou impostas (CANOTILHO, 1993, p.58). Por esse motivo, servirão como bússola para se desenhar o perfil de Estado, fazendo-se necessário associar o constitucionalismo às ideologias, valores e diretrizes predominantes nos modelos de Estado. Não se abordará a concepção de Estado nas Idades Antiga e Medieval, por representarem modelos distantes da realidade hodierna e por não servirem como parâmetro para a análise da formação e execução de políticas públicas, tal como concebidas na atualidade.

O Estado liberal clássico, surgido após a Revolução Francesa, teve como doutrina política a limitação do poder estatal em prol das liberdades individuais dos cidadãos. Nesse sentido, combateu a concentração de poder e a ausência de parâmetros para o exercício deste, antes considerado como prerrogativa pessoal e ilimitada dos governantes, principal razão pela qual foram cometidos excessos. O poder do Estado absolutista é bem representado pela célebre frase atribuída ao rei Luís XIV, da França (1643-1715), o qual personificou a imagem do Estado em sua pessoa ao afirmar “L’État c’est moi” (O Estado sou eu).

No campo econômico, esse modelo liberal de Estado caracterizava-se pela adoção do liberalismo clássico, muito conveniente para a burguesia, que era a classe social e economicamente ascendente, à época, na Europa. A organização do Estado liberal fincava-se, sinteticamente, na adoção do tripé: legalidade, divisão dos poderes e garantia de direitos individuais. A legalidade substituía a vontade pessoal e casuística do governante pela previsão normativa geral e abstrata da lei, coibindo-se, assim, a arbitrariedade, o desvio e o abuso de poder.

Observava-se demasiadamente o enunciado formal da lei, sem qualquer preocupação com o conteúdo ou a essência que o fundamentasse, abstraindo-se, por completo, a realidade social, política e econômica. Tal situação possibilitou que a ideologia liberal se transformasse

em instrumento para a dominação da classe político-econômica prevalente, qual seja, a burguesia revolucionária (MACHADO JÚNIOR, 2009, p. 57).

A divisão de poderes, cuja teoria foi melhor sistematizada por Charles de Secondat, o barão de Montesquieu, em “O espírito das leis”, serviria como mecanismo de autolimitação à natural tendência de arbitrariedade quando do exercício do poder estatal. Segundo Montesquieu (2000, p. 179), “todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. (...) Para que não possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”

Dentro dessa concepção econômica e política, a atuação do Estado deveria ocorrer de forma supletiva, reduzindo-se ao mínimo indispensável, nas hipóteses em que houvesse omissão relevante, por parte dos particulares, nas relações mercantis. Dessa forma, a “mão invisível” do mercado regularia, de maneira eficiente, as forças sociais e econômicas (SANTOS, 2000, p. 60). A constituição liberal, nesse contexto, objetivava, tão somente, limitar a ação do Estado em relação às liberdades individuais e garantir um cenário econômico de livre iniciativa. Buscava criar uma estrutura de poder limitada, que se circunscrevia, basicamente, a homologar as diretrizes do sistema econômico liberal, como ressalta Bercovici (2005 p. 32):

A constituição econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade.

Ante a tímida participação política estatal, a concepção e a execução de políticas públicas, na modalidade de ação proativa do poder público, praticamente inexisteram no Estado liberal clássico. Por outro lado, a constituição era percebida como um documento meramente político, responsável pela estruturação do Estado e pela garantia da não interferência do poder estatal nas liberdades individuais. O Estado social surgiu a partir das insatisfações decorrentes das desigualdades sociais e da concentração dos instrumentos de poder quase que exclusivamente no mercado. Resultou, portanto, do aparecimento de situações socioeconômicas não desejadas pelo próprio modelo teórico capitalista.

Em consequência, surgiram monopólios econômicos, crises cíclicas e conflitos intensos entre as forças do capital e do trabalho, provocados pelos extremos desequilíbrios

sociais. Esse quadro foi representado especialmente pela concentração de riquezas e pela exploração da mão-de-obra dos trabalhadores, comprometendo a higidez do modelo liberal clássico. Tal cenário exigia uma ação mais efetiva por parte do Estado, como forma de superar as deficiências do sistema capitalista e “restabelecer o equilíbrio violado pelos efeitos patológicos do liberalismo econômico” (SANTOS, 2000, p. 64).

Surgiram, nesse contexto, o Estado social e as constituições econômicas. Tratava-se, em verdade, da única maneira de a sociedade capitalista preservar-se, por meio da redução das tensões sociais, a partir do empenho para a promoção da diminuição das desigualdades socioeconômicas. Essa situação resultou na ampliação das funções do Estado, tornando-o tutor e suporte da economia, em defesa da acumulação do capital e da proteção dos interesses dos trabalhadores (STRECK, 2007, p.22). Nessa perspectiva, são proclamados os direitos sociais, consistentes, nas palavras de Silva (2004, p. 285), em “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos”, com o objetivo de promover o equilíbrio social a partir da ideia de igualdade material.

No Estado social, a constituição passa a desempenhar papel mais amplo, não se restringindo a organizar a estrutura do Estado e a limitar o exercício do poder. Além disso, começa a promover uma real intervenção nas relações econômicas e sociais, a partir da outorga à população de direitos sociais, culturais e econômicos. Tais direitos demandam prestações positivas a serem executadas pelo Estado, a partir da fixação de políticas públicas no campo trabalhista, assistencial, previdenciário, educacional, da saúde, entre outros. Nesse novo modelo de Estado, a legislação passa a ter um sentido promocional prospectivo, deslocando o direito do tempo pretérito – do qual se extrai a norma formalizada de caráter geral e abstrato, fundamento da chamada certeza jurídica – para o tempo futuro, em que a promoção social estipulada pela lei deverá ser realizada por meio da intervenção do Estado (VIANA, 1996, p. 266).

Com o “constitucionalismo social”, diferentemente do liberalismo clássico, o Estado passou a ter a obrigação de promover prestações positivas em favor dos cidadãos que se encontrassem em situação de vulnerabilidade social. Dispôs-se, assim, a garantir o mínimo existencial, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Deixou, pois, a anterior postura abstencionista em prol de uma postura prestacional. Destacam-se, nesse contexto,

como pioneiras, a Carta Magna mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919.

O Estado passa a se comprometer a realizar políticas públicas para a consecução dos direitos sociais previstos constitucionalmente. Para a efetivação dessas prestações positivas, surge a necessidade de planejamento e organização, no sentido de possibilitar a promoção de políticas públicas, que são verdadeiros instrumentos voltados à ação programática do governo (BARROS, 2008, p. 61). Assim, a partir da previsão de direitos sociais nos diplomas legais, outorgava-se ao cidadão a possibilidade de exigir a prestação prometida pelo Estado, concretizando a previsão abstratamente estabelecida no ordenamento jurídico.

Todavia, predominou o entendimento de que esses direitos possuíam baixa normatividade e eficácia duvidosa. Segundo Bonavides (2004, p. 564), isso acontecia “em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”. Tais direitos eram, portanto, remetidos “à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade” (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Em uma fase mais evoluída da concepção de Estado, passou-se a idealizar a participação efetiva do povo no procedimento de criação da ordem jurídica, bem como no controle e fiscalização das decisões de políticas públicas. Surgiu, assim, o Estado democrático social de direito. Tratava-se de um modelo de Estado em que a constituição democrática deveria ser um documento apto a promover o desenvolvimento de um campo de luta para a efetivação das demandas sociais. A principal característica desse novo perfil de Estado consiste no fato de buscar, por meio da constituição, a efetiva realização do tão propalado Estado de bem-estar social. Trata-se de um incremento de densificação para as promessas – muitas vezes não concretizadas – do *welfare State*, representando, assim, “um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado social de direito” (STRECK, 2007, p. 37).

Nesse modelo de Estado, há um compromisso com a participação democrática e com a efetivação das normas valorativas constantes no texto constitucional. Buscava-se assegurar valores, tais como igualdade, justiça, dignidade da pessoa humana e democracia, a partir de instrumentos que possibilitem a efetivação dos direitos de segunda, terceira e quarta

gerações. Como exemplos desses instrumentos, podem-se citar a iniciativa popular de leis, as ações constitucionais, como a ação de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, ação civil pública e mandado de segurança coletivo, dentre outras.

A mera declaração de direitos não satisfaz os anseios desse modelo de Estado, na medida em que ele passa a ser um real construtor da efetividade de determinadas ações objetivadas pela ordem jurídica, servindo, pois, como corolário para a atuação concreta do poder público (STRECK, 2007, p. 37). Nessa direção, é imperiosa a ampliação do campo de atuação do Poder Judiciário, como forma de atenuar a tendência à não efetividade das prerrogativas constitucionais, em razão da inércia dos demais órgãos estatais. Essa atuação jurisdicional possibilita a viabilização de políticas públicas não implementadas devido à omissão ou ineficiência do poder público na aplicação dos dispositivos constitucionais. Permite também a contenção dos abusos dos grupos políticos majoritários, eventuais ou não, buscando-se consolidar a democracia, em seu sentido amplo, e a concretização dos direitos fundamentais sociais (MACHADO JÚNIOR, 2009, p. 62).

No final do século XX, notadamente a partir da década de 1970, surgem os direitos de terceira geração, também denominados de direitos à fraternidade e à solidariedade entre os povos. Tais direitos pressupõem a atuação conjunta de todos os Estados, englobando o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento econômico, à exploração dos próprios recursos naturais e do patrimônio genético, bem como ao meio ambiente saudável (JORGE NETO, 2008, pp. 37-38). Em sua essência, não se destinam à proteção de pessoas ou grupos específicos, mas à tutela da espécie humana. Os direitos de terceira geração emergiram da evolução do pensamento a partir da reflexão sobre temas relativos ao desenvolvimento, à comunicação, à paz, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2004, p. 569). Pode-se denominar essa fase estatal de Estado-fraternidade.

No mesmo período, surgem também os direitos de quarta geração (ou dimensão), que correspondem, para muitos, à última fase de institucionalização do Estado social. Caracteriza-se pela necessidade de globalização dos direitos fundamentais, na busca da promoção da liberdade democrática de todos os povos. A respeito dessa última geração de direitos, enfatiza Bonavides (2004, p. 571):

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro,

em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Como se observa, os direitos de primeira geração (ou dimensão) não demandam, de forma direta, a necessidade de atuação proativa do Estado para a sua concretização. Ao reverso, requerem a abstinência do poder público na prática de ações que restrinjam as liberdades individuais. Já os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda geração) e os direitos de terceira e quarta dimensões exigem um perspectiva de atuação positiva do Estado para a sua efetivação, a partir da promoção de políticas públicas sociais, econômicas, culturais, ambientais e de universalização da democracia. Todas essas diretrizes são, de resto, instrumentos aptos à concretização dos objetivos delineados nas cartas constitucionais democráticas.

Essa diferenciação das concepções de Estado e a divisão metodológica das dimensões dos direitos fundamentais têm o objetivo de demonstrar a estreita relação entre o perfil do Estado e a efetividade de direitos, seja diretamente, a partir da promoção de políticas públicas pelo Poder Executivo, ou indiretamente, como resultado da intervenção judicial no sentido de garantir a implementação dos direitos assegurados na ordem jurídica. Dentre as diversas características que podem identificar uma política pública, destacam-se as seguintes:

*a) Institucional:* a política pública é oriunda de uma ação estatal, elaborada ou decidida por uma autoridade formal, constituída a partir do espectro jurídico do ordenamento, dentro de sua esfera de competência, sendo a política pública vinculante em relação aos destinatários. Com efeito, não obstante haver a participação de diversos atores no processo político de formação da política pública, a exemplo de entidades da sociedade civil organizada, grupos de pressão etc., em última instância, a decisão final sobre a formulação e a implementação de uma política pública sempre pertencerá à entidade ou órgão estatal competente, por ser o gerenciador ou executor das verbas públicas necessárias à efetivação da atividade estatal.

*b) Decisória:* a política pública deriva de um processo com várias etapas, que culminam com a decisão política para sua aprovação e execução. Nessa decisão, escolhem-se o público destinatário, o período de duração, os fins e os meios, o alcance, uma situação específica ou até um alcance geral. Enfim, são definidas as peculiaridades de cada política pública.

c) Comportamental: toda política pública implica ação ou inação, uma conduta positiva ou uma abstenção por parte do poder público. Caracteriza-se, eminentemente, por ser um conjunto de ações e não meramente uma decisão isolada, haja vista que a política pública resulta de um processo decisório que se estende desde a constatação da demanda social até a execução da *public policy*.

d) Causal: como uma relação de causa e efeito, as políticas públicas “são os produtos de ações que têm efeitos no sistema político e social” (SARAIVA 2006, p. 31). De fato, a partir da constatação de necessidades sociais, são elaboradas as políticas públicas para a promoção de ações que atendam às reivindicações da coletividade, produzindo, assim, efeitos no sistema político e social.

#### **1.4 Formulações teóricas para as políticas públicas: *policy analysis***

As formulações teóricas acerca das políticas públicas, como dito, passaram a ganhar relevo a partir da década de 1980, objetivando analisar, de maneira científica, o processo político, bem como a inter-relação entre as instituições políticas e o conteúdo da política. Todavia, essa abordagem não se restringia apenas à análise empírica de políticas desenvolvidas no campo econômico, financeiro, social, ambiental e tecnológico.

A construção teórica sobre políticas públicas só pode ser efetivamente realizada levando em consideração os institutos de ciência política e as diretrizes teóricas sobre o sistema político.

Inicialmente, é preciso distinguir alguns conceitos sempre presentes na *policy analysis*, a exemplo dos termos *polity*, *politics* e *policy*. O termo *polity* é utilizado para identificar as instituições políticas, referindo-se “à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo” (FREY, 2000, p. 216). Na dimensão processual, utiliza-se o termo *politics*, o qual representa o processo político, dentro do qual são realizados os debates precedentes à decisão acerca de uma política pública. Tal debate acarreta situações de conflito entre as diversas correntes interessadas na distribuição dos recursos públicos. Por sua vez, a expressão *policy* significa a

dimensão material das políticas públicas, referindo-se ao seu conteúdo concreto, aos problemas técnicos e à configuração dos programas políticos.

Tal compartimentação visa a tornar metodologicamente mais simples o estudo das políticas públicas, sendo imperioso consignar que, no mundo empírico, essas dimensões são interdependentes e entrelaçadas, influenciando-se mutuamente. Essa situação de mútua vinculação entre as dimensões analíticas das políticas públicas é especialmente evidenciada entre *politics* e *policy*, haja vista que as “disputas políticas e as relações das forças de poder sempre deixarão suas marcas nos programas e projetos desenvolvidos e implementados” (FREY, 2000, p. 219).

De fato, o plano do conteúdo material da política pública pode ser alterado em virtude das forças atuantes no processo de negociação política. Portanto, pressões fortes no interior do sistema político podem levar à revisão ou completa alteração do plano original configurado para uma determinada política pública. Isso revela a importância da conjuntura econômico-social e política como fator condicionante para a fixação, desenvolvimento e implementação de políticas públicas.

#### **1.4.1 Processo de política pública: *policy cycle***

O perfil analítico muito importante para as políticas públicas é a análise que observa os estágios de desenvolvimento do processo que dá origem a uma *public policy*. Denominado de *policy cycle*, esse perfil analítico visualiza a política pública “como um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado” (SOUZA, 2006, p. 29).

O momento inicial no processo de desenvolvimento de uma política pública é o da agenda. Nela são escolhidos os temas decorrentes das demandas sociais, que serão incluídos na lista de prioridades para a atuação do poder público. A inclusão de determinada demanda na agenda “designa o estudo e a explicitação do conjunto de processos que conduzem os fatos sociais a adquirir *status* de ‘problema político’, transformando-os em objeto de debates e controvérsias políticas na mídia” (SARAIVA, 2006, p. 33).

A grande questão é identificar a razão pela qual determinadas demandas são incluídas na agenda política, enquanto outras são ignoradas. Nessa análise, busca-se saber quais os critérios ou condicionantes que influenciam na definição das agendas pelos governos. A essa questão são apresentados três tipos de respostas, assim sintetizados por Souza (2006, p. 30):

A primeira focaliza os problemas, isto é, problemas entram na agenda quando assumimos que devemos fazer algo sobre eles. O reconhecimento e a definição dos problemas afetam os resultados da agenda. A segunda resposta focaliza a política propriamente dita, ou seja, como se constrói a consciência coletiva sobre a necessidade de se enfrentar um dado problema. Essa construção se daria via processo eleitoral, via mudanças nos partidos que governam ou via mudanças nas ideologia ( ou na forma de ver o mundo), aliados à força ou à fraqueza dos grupos de interesse. Segundo essa visão, a construção de uma consciência coletiva sobre determinado problema é fator poderoso e determinante na definição da agenda. Quando o ponto de partida da política pública é dado pela política, o consenso é construído mais por barganha do que por persuasão, ao passo que, quando o ponto de partida da política pública encontra-se no problema a ser enfrentado, dá-se o processo contrário, ou seja, a persuasão é a forma para a construção do consenso. A terceira resposta focaliza os participantes, que são classificados como visíveis, ou seja, políticos, mídia, partidos, grupos de pressão, etc. e invisíveis, tais como acadêmicos e burocracia. Segundo essa perspectiva, os participantes visíveis definem a agenda e os invisíveis, as alternativas.

Com efeito, vários fatores influenciam na inclusão ou não de determinada demanda na agenda política, destacando-se os seguintes: o perfil ideológico do governo, a influência dos grupos de pressão, a política externa, o poderio econômico dos conglomerados multinacionais, a cobertura da mídia, reivindicações populares, entre outros. Tais fatores contribuem para que seja dada relevância política a um problema específico, transformando uma questão social em um problema de *policy*, a partir da constatação de que esse problema precisa ser solucionado pelas esferas política e administrativa.

O segundo momento do ciclo da política pública é a fase de elaboração, a qual se caracteriza pela percepção do problema cuja reivindicação de solução é exigida pela comunidade. Nessa fase, dá-se a determinação das alternativas para a resposta, avaliando-se os custos e as consequências de cada uma delas. Assim, em atendimento ao princípio da eficiência, norteador de toda a atividade administrativa estatal, deve-se escolher a solução mais adequada entre as diversas alternativas de ação. Essa opção, consubstanciada em um ato de decisão política, geralmente é precedida de processos de conflito, debates e acordo de que participam os diversos atores do processo político.

No terceiro momento, após a escolha do tema e a elaboração e formulação da atuação estatal, ocorre a implementação da política pública, “constituída pelo planejamento e

organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários para executar uma política” (SARAIVA, 2006, p. 24). Em seguida, verifica-se a fase de execução, representada por ações cujos objetivos almejam tornar concretos os fins estabelecidos na política pública, as quais permitem pôr em prática o plano estabelecido na elaboração da *public policy*. Nessa fase, verificam-se os obstáculos e as dificuldades levados em consideração na fase de acompanhamento. Tal fase é necessária para averiguar as falhas e promover eventuais correções. Busca-se, com isso, efetivar, de maneira adequada, a consecução dos objetivos estabelecidos no plano da política pública.

Por fim, vem a fase de avaliação das políticas e de correção de ação, também denominada *evaluation*. Nessa fase, verifica-se se os programas implementados corresponderam aos impactos projetados na fase de elaboração, ou seja, analisa-se se os objetivos traçados na fase de preparação da política pública foram atingidos. São, além disso, verificados possíveis déficits de impacto e efeitos colaterais, de forma a deduzir consequências para ações e programas futuros (FREY, 2000, p. 219). Possibilita-se, com isso, a aprendizagem política, a partir da adaptação contínua das formas e das ferramentas utilizadas na ação pública.

#### **1.4.2 Neoinstitucionalismo e análise de estilos políticos**

Historicamente, a doutrina tradicional acerca das políticas públicas não deu grande importância à análise dos elementos estruturais do Estado, atribuindo mais ênfase à análise do conteúdo da política do que às estruturas e variantes institucionais. Com o surgimento da perspectiva neoinstitucionalista, a análise das políticas públicas passou a colocar o Estado como foco central de influência na elaboração e execução das ações do poder público. Partiu-se da concepção de que a sociedade se encontra permanentemente sendo influenciada pelo Estado, que pode ser visto numa ótica autônoma, não restrita a um mero foro em que os grupos sociais propõem demandas, efetivam lutas de poder ou promovem avanços.

Para os neoinstitucionalistas, no campo das políticas públicas, o Estado tem objetivos próprios e autônomos em relação às reivindicações dos diversos grupos sociais. Dessa forma, os *outputs* (respostas) do sistema político podem extrapolar as demandas (*inputs*) do mesmo

sistema ou até ser contraditórios em relação a estas. Analisando essa concepção, Rocha (2005, p. 14) esclarece:

(...) não se submete simplesmente a interesses localizados na sociedade, sejam das classes ou de grupos de interesse. As ações do Estado, implementadas por seus funcionários, obedecem à lógica de buscar reproduzir o controle de suas instituições sobre a sociedade, reforçando sua autoridade, seu poder político e sua capacidade de ação e controle sobre o ambiente que o circunda.

As instituições estatais possuem significado relevante e estratégico, na medida em que influenciam na fixação de posições de poder, nas liberdades individuais e na distribuição de bens e serviços sociais, tendo, assim, efeitos decisivos para o processo político e seus resultados materiais. Em síntese, o ponto mais relevante da perspectiva neoinstitucionalista é o fato de transformar em objeto de análise os pressupostos político-institucionais dos processos de decisão política, salientando a importância do fator institucional para a explicação de acontecimentos políticos concretos.

É importante destacar que, no termo “neoinstitucionalismo”, o prefixo “neo” serve para diferenciá-lo do institucionalismo tradicional, porque não explica tudo por meio das instituições. Para a primeira corrente, é possível haver situações em que os processos políticos são pouco consolidados, sendo, assim, difícil explicar os acontecimentos pelo fator institucional. Tal situação, segundo Frey (2000, p. 234), é verificada, com mais frequência, nos países de terceiro mundo, nos quais a instabilidade institucional é mais elevada. Por essa razão, segundo ele, a força explicativa do fator institucional é mais relevante nos Estados em que o processo político se encontra mais consolidado e as instituições estão mais fragmentadas.

Também como consequência da limitação da *policy analysis* tradicional, muito restrita à análise dos processos políticos meramente a partir de conteúdos da política, verifica-se a corrente teórica denominada análise de estilos políticos. A respeito dessa corrente, Frey (2000 p. 235) afirma:

[Ela se dedica] mais aos aspectos do “como” da política (politics), frisando fatores culturais, padrões de comportamento político e inclusive atitudes de atores políticos singulares como essenciais para compreender melhor o processo político, que, por sua vez – eis um processo central dessa abordagem –, repercute na qualidade dos programas e projetos políticos elaborados e implementados.

Tal modelo teórico de análise das políticas públicas promove a comparação entre culturas políticas, destacando-se três tipos ideais: a paroquial, em que não há uma visão sistêmica do processo político; a de súditos, em que a população reage passivamente, mostrando-se interessada meramente nos resultados da política; a de cultura de participação, caracterizada pela participação efetiva da população no processo político.

A abordagem dessa corrente de análise tem um forte componente prático e normativo, na medida em que avalia a cultura política no que concerne às características que contribuem para a estabilidade democrática. Independentemente da visão analítica adotada acerca das políticas públicas, cumpre destacar, corroborando Souza (2006, p. 40), que “o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa a corrigir, na chegada desse problema ao sistema político (*politics*) e à sociedade política (*polity*), e nas instituições/regras que irão modelar a decisão e a implementação da política pública.”

## **2 CONTROLE JURISDICIONAL**

Neste capítulo, abordar-se-á o controle jurisdicional, derivado da função jurisdicional, que é um dos pilares do Estado democrático de direito. Para isso, serão apresentados o conceito e a razão da existência desse controle em relação às atividades do poder público, abordando-se, em seguida, o que se entende por jurisdição, seu histórico e características. Far-se-á também uma abordagem sobre os novos paradigmas do direito constitucional, destacando-se as ideias oriundas do neoconstitucionalismo. Trata-se de uma temática importante para se entender os fundamentos teóricos de uma atuação mais proativa do Poder Judiciário nem favor da implementação de políticas públicas.

### **2.1 Razão da existência do controle jurisdicional**

No Estado democrático de direito, todo o poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou através de representantes eleitos. A Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, consagra essa forma de governo no parágrafo único de seu art. 1º. Por essa razão, no exercício do poder político ou administrativo, quem executa o múnus público deve sempre visualizar a consecução do interesse público e do bem comum, com fundamento nas diretrizes constitucionais e no princípio da legalidade.

Como se sabe, a atividade estatal e a administração pública se caracterizam por não possuírem um proprietário, elemento caracterizador da iniciativa privada. O titular dos interesses geridos pelo Estado é a coletividade, que elege representantes para gerir a coisa pública. Assim, os administradores são meros gerentes de coisa pública, não sendo donos dos bens e interesses de que devem cuidar. O Estado surgiu com a finalidade de promover a consecução do bem comum. Independentemente do perfil traçado para o Estado e de que sua competência varie no tempo ou no espaço, ele deve buscar a consecução do interesse público. Sobre essa afirmação, é pertinente transcrever a lição de Azambuja (2001, pp. 114-115):

O fim do Estado é o objetivo a que ele visa atingir quando exerce o poder. Esse objetivo, podemos anteciper, é invariável, é o bem público. A competência do Estado é variável, conforme a época e o lugar. Assim, o Estado pode chamar a si certos serviços ou permitir que os particulares os executem; mas, tanto quando amplia, como quando restringe a sua própria competência, o Estado visa a realizar o bem público.

Os agentes do Estado não exercem o poder, como dito, na condição de titulares, mas como representantes da vontade coletiva da sociedade. Portanto, os múltiplos controles exercidos sobre a administração visam a manter a conduta do agente público dentro das balizas legais e em direção ao interesse público. Segundo Carvalho Filho (2008, p. 879), o controle da administração pública deve ser entendido como sendo “o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.”

De fato, o controle sobre a administração pública representa uma garantia fundamental do Estado democrático de direito, na medida em que confere aos órgãos do próprio Estado e aos cidadãos a possibilidade de ação obstativa em relação a condutas que firam os princípios regentes da atuação administrativa. Isso porque a tarefa de gerir o interesse coletivo não pode ser desempenhada pela administração pública sem critérios. O gestor público deve agir sempre em conformidade com os parâmetros estabelecidos na lei e buscar, sempre, o interesse da comunidade (CARVALHO FILHO, 2008, p. 879).

O princípio da legalidade é mais rigoroso na atuação administrativa quando comparada à conduta do particular. Com efeito, a atividade administrativa é estritamente infralegal, tendo relação muito mais estreita com a lei do que a relação que medeia entre o administrado e a lei. Assim o é também em relação às políticas públicas. Nesse aspecto, é clássica a lição de Meirelles (1995, pp. 82-83):

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público “deve fazer assim”.

Complementando esse raciocínio, Mello (2006, p. 13) enfatiza: “A relação existente entre um indivíduo e a lei é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a administração e a lei é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção.” A obediência do administrador público a uma ordem legal superior tem o propósito político de submeter os que exercem o poder em concreto a um padrão normativo que reprima favoritismos, perseguições ou desmandos,

evitando quaisquer tendências de exacerbação personalista, autoritária ou absolutista dos governantes (MELLO, 2009, p. 100). Assim, não há que se cogitar de atuação do poder público em desobediência às diretrizes estabelecidas na Carta Magna e na legislação infraconstitucional, haja vista que o administrador público deve manter-se sempre submisso às previsões legislativas e aos princípios e normas constitucionais.

No planejamento, elaboração e implementação de políticas públicas, o administrador deve observar as diretrizes fundamentais estampadas nas normas diretoras, não podendo se afastar das regras ali estabelecidas. O Poder Judiciário exerce relevante papel de fiscalização na execução de políticas públicas e, se necessário, pode determinar coercitivamente a efetivação de direitos através de ações positivas do Estado, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais.

Por essa razão, o controle jurisdicional se revela como importante instrumento no campo das políticas públicas, haja vista que serve como ferramenta para balizar a atuação da administração pública dentro dos princípios, preceitos e valores consignados no ordenamento jurídico. Por ser um dos alicerces do presente estudo, foi reservado um capítulo próprio para a análise do controle jurisdicional, com a necessária profundidade.

## **2.2 Jurisdição: conceito e características**

A jurisdição sustenta um dos pilares do Estado democrático de direito, na medida em que serve como instrumento para evitar o arbítrio dos Poderes Executivo ou Legislativo, freando eventuais excessos cometidos por estes. Atua também como tábua de salvação para o cidadão que se socorre no Poder Judiciário quando todos os demais instrumentos de pacificação social se mostraram inaptos a solucionar a lide. Grinover; Cintra; Dinamarco (1981, p. 83) apresentam o seguinte conceito de jurisdição:

É uma das funções do Estado, mediante a qual se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide que lhe apresentada em concreto para ser solucionada; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando autoritativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).

Logo, como forma de atuação soberana do Estado, a jurisdição substitui as partes envolvidas no conflito, apresentando-lhes uma solução que deve se mostrar em consonância com o que se encontra previsto no direito objetivo. O processo é o instrumento para a atuação da jurisdição. Assim, ela deve ser precedida de um rito calcado na isonomia de tratamento entre as partes, no devido processo legal, no contraditório e na ampla defesa.

Nas palavras de Didier Jr. (2008, p. 65), “a jurisdição é a função atribuída a um terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protégendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível.” É uma atividade que decorre do poder estatal, manifestando-o através de decisões impositivas que interferem na esfera de direitos e liberdade dos indivíduos. É consectária do monopólio da produção e aplicação do direito pelo Estado e da proibição da autotutela dos interesses individuais em conflito. Com efeito, o Estado-juiz mostra-se como entidade que se encontra em melhores condições de dirimir litígios, devido à força de que dispõe e por presumir-se que tem interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida.

Em apertada síntese, Santos (2007, p. 67) define jurisdição com uma função própria e exclusiva do Poder Judiciário, determinando que o Estado execute “o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses ocorrentes.” No mesmo sentido, Tourinho Filho (2009, p. 52) afirma que “jurisdição é a função do Estado exercida pelo Poder Judiciário, consistente em fazer atuar, com imparcialidade, o direito objetivo”.

É sabido que o poder estatal é uno, não obstante ser compartimentado, por razões de ordem pragmática, em três funções (legislativa, executiva e jurisdicional). A função jurisdicional representa, portanto, parcela desse poder derivado da soberania. Em consequência, o controle que exerce em relação aos atos administrativos e às políticas públicas possui características próprias que a diferenciam das demais funções estatais decorrentes do poder constituído. A jurisdição tem seus objetivos traçados pelo delineamento valorativo definido na Carta Magna de cada Estado. Com efeito, cada perfil de Estado define a forma de atuação do Poder Judiciário, que pode ser contida ou mais proativa. Conforme a essência do Estado cujo poder deva se manifestar, a jurisdição poderá ter fins sociais, políticos e propriamente jurídicos.

No cenário brasileiro, a Carta Magna de 1988 elencou vasto cabedal de direitos fundamentais, todos de aplicabilidade imediata. No art. 3º, traçou os objetivos fundamentais da República, que são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o

desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Foi nesse contexto que a jurisdição assumiu função proeminente.

De fato, no contexto brasileiro, apesar de não terem sido ainda efetivados direitos mínimos para elevada parcela da população, a jurisdição exerce importante papel no sentido de tornar as previsões jurídicas realidade, concretizando os objetivos fundamentais da República, bem como os direitos e garantias individuais e coletivos. Em seu exercício, a jurisdição deve “afirmar a vontade espelhada na norma de direito material, a qual deve traduzir, já que deve estar de acordo com os fins do Estado, as normas constitucionais que revelam suas preocupações básicas” (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 36). É importante destacar que, não obstante deva ser predominantemente técnica, a jurisdição exerce relevante função no Estado democrático de direito, na medida em que possibilita a intervenção direta do cidadão na administração pública, através de ações populares.

Dentre as diversas características da jurisdição, duas demonstram a especificidade da atividade jurisdicional em relação às demais funções estatais: não se submete a controle externo; tem aptidão para produzir coisa julgada material. Com efeito, a decisão judicial pode ser controlada apenas dentro da própria seara jurisdicional, através dos recursos previstos em lei no sistema processual. Inexiste a possibilidade de outro poder, que não o Judiciário, rever o que for decidido em um processo que analisou uma situação concreta.

No caso brasileiro, mesmo com a criação do controle externo do Poder Judiciário, através da Emenda Constitucional nº 45, a função judicante continua sem ser submetida a esse controle. É que, de acordo com a Constituição Federal, ao Conselho Nacional de Justiça compete, tão somente, o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados (art. 103-B, § 4º). A segunda característica essencial que difere a jurisdição das demais atividades estatais é a aptidão que têm as decisões proferidas de se tornarem imutáveis dentro e fora do processo, ou seja, de ocorrer o fenômeno da coisa julgada material. Segundo Dinamarco (2001, pp. 5-6), “a coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente.”

A coisa julgada, fundamental ao Estado democrático de direito, garante a segurança jurídica, instituindo entre as partes envolvidas no conflito, em relação ao litígio, um estado de

firmeza quanto aos direitos e obrigações firmados na decisão. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material impede que as partes ou terceiros - incluindo os poderes e demais órgãos estatais - desrespeitem ou tentem alterar o conteúdo do que foi consignado na sentença sobre a qual resta incabível a interposição de recurso.

Nenhuma outra espécie de decisão, seja de cunho administrativo ou legislativo, tem o condão de se tornar imutável com a força da coisa julgada. Isso acontece porque, no Brasil, vige o princípio do monopólio da jurisdição e da inafastabilidade da possibilidade de análise pelo Judiciário de lesão ou ameaça de lesão (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal). Ainda que as decisões administrativas sejam oriundas de órgãos não-judiciários de *status* constitucional, a exemplo das agências reguladoras, dos tribunais de contas etc., as soluções adotadas poderão ser revistas em sua plenitude na seara judicial, que, de resto, possui a prerrogativa de decidir controvérsias jurídicas em definitivo. A coisa julgada possui *status* constitucional de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal), tendo proteção prevista no art. 5º, XXXVI, ao lado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, como decorrência do princípio da segurança jurídica.

Como outra característica da jurisdição, pode-se citar a substitutividade, consubstanciada no fato de que a solução para o problema apresentado pelas partes litigantes seja dada por terceiro. Com a atividade judicante, promove-se a heterocomposição do conflito, na medida em que, por força de lei, o Estado outorga a determinado órgão a competência para resolver contendas concretas. Em cumprimento aos princípios da isonomia, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, entre outros, esse terceiro não pode ter interesse no litígio. Deve ser, pois, imparcial, sendo indiferente para o órgão jurisdicional o fato de qualquer dos litigantes ser vencedor na demanda.

Ainda como característica da jurisdição, acrescenta-se o fato de esta apenas poder ser exercida por provocação (princípio da inércia) e para analisar um caso concreto, ou seja, uma determinada demanda levada ao conhecimento da justiça. Não se julga em tese, diferindo da atividade legislativa, que prevê normas abstratas e gerais, para abranger o máximo de situações.

## 2.3 Expansão da jurisdição

Em resposta aos excessos cometidos pelo Estado absolutista, o barão de Montesquieu defendeu a limitação do poder pelo poder, a partir da separação das funções estatais, como forma de evitar a concentração das prerrogativas de exercício do poder nas mãos de um único órgão. Suas ideias fundamentaram a Revolução Francesa e resultaram no surgimento do Estado moderno. A separação de poderes foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, como premissa e elemento fundamental do Estado moderno e da constituição.

Nessa fase, na França, o Poder Judiciário não gozava da prerrogativa de poder. Portanto, não era considerado uma função estatal dotada de plena autonomia, haja vista que seus membros não eram escolhidos através dos votos dos cidadãos. Havia garantias para os integrantes desse poder, mas a visão inicial sobre a teoria da separação dos poderes não contemplava, de maneira satisfatória, a função judicante com um nível de prerrogativas e garantias que possibilitassem evitar a sobreposição dos demais poderes.

A classe social que ascendeu ao poder na sociedade pós-revolucionária francesa, representante das ideologias vencedoras, visualizava a categoria da magistratura como formada por pessoas conservadoras que poderiam se opor às decisões oriundas dos representantes do povo ou controlá-las. Assim, na prática, não obstante a formal separação de poderes, era reservado papel tímido para o Poder Judiciário, ficando inibido de atuar de maneira proativa no processo de transformação social por que passava a sociedade na França.

O povo se preocupava notadamente com a implementação dos direitos oriundos da abstenção do Estado em relação à liberdade e demais direitos personalíssimos dos cidadãos, além da extinção do caráter arbitrário do exercício do poder por parte de seu detentor. A lei deveria ser oriunda do Poder Legislativo – formado pelos legítimos representantes do povo –, sendo, segundo esse raciocínio, o único instrumento apto a promover as transformações sociais necessárias.

Nesse modelo de Estado, o juiz era considerado mero executor autômato da lei, responsável pela aplicação mecânica das previsões legais abstratamente estabelecidas para regular as demandas concretas que lhe eram apresentadas. A sentença derivava da atividade silogística, em que a norma seria a premissa maior, sendo o caso concreto a premissa menor.

Havia, portanto, a subsunção do fato à norma, atitude da qual decorria a sentença, produto mecânico dessa subsunção, a qual era isenta de qualquer tipo de valoração.

Nesse contexto, a legislação pretendia abranger o máximo possível de situações, através da catalogação de direitos em previsões legais detalhadas, em descrições quase casuísticas. A filosofia positivista, então predominante, defendia a identidade entre direito e lei, sendo esta, como dito, produto único e exclusivo das deliberações parlamentares. Sobre a matéria, esclarece Anjos (2010, p.22):

A pretexto de evitar que o juiz se valesse da interpretação para aplicar o direito aos casos de lacuna, e que, com isso, suas decisões passassem a constituir um ato político normativo, o Poder Legislativo passou a particularizar sua atuação e acabou por violar a própria ideia legitimadora da separação de poderes. A lei, outrora tida como uma instância de defesa, por via da representação parlamentar, dos cidadãos contra as ameaças do poder soberano, passou a ser uma provisão quase casuística na composição dos numerosos conflitos.

O apego estrito aos ditames da lei pode ser entendido pelo fato de esta representar a vontade impessoal da sociedade, sendo imperativa para todos, inclusive para os governantes, antes usufrutuários de direitos absolutos e não submetidos a limites. Dessa forma, objetivava-se o aniquilamento de privilégios feudais, através do reconhecimento da “necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo à legislação privada nítida feição patrimonialista” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 22).

Todavia, o modelo das grandes codificações, que promovia uma regulamentação fechada e sistematizada a partir da elaboração de códigos, ensejou o engessamento da atuação jurisdicional. Consequentemente, abriu a impossibilidade de adequação dos provimentos judiciais às peculiaridades dos casos concretos, muitas vezes não compreendidos nas previsões frias, genéricas e abstratas da lei. Tal situação comprometeu a efetividade da justiça e o seu objetivo maior, que é garantir a pacificação social.

Como se sabe, a ação legislativa nunca se mostrará capaz de elencar todas as situações empiricamente possíveis de ocorrer, haja vista que essa ação representa uma versão simplificada das relações sociais, prática muitas vezes incompatível com a realidade dinâmica e diferenciada da sociedade. A experiência fática demonstrou que o modelo liberal de concepção do exercício da função judicante encontrava-se em crise, devido à falta de capacidade de resposta às demandas oriundas de uma sociedade cada vez mais complexa, mutável e dotada de forte mobilidade institucional.

De fato, o Judiciário era ceifado da competência de efetivamente realizar a justiça, adequando a lei às realidades dos fatos trazidos ao juízo, bem como observando as diretrizes valorativas e os princípios do ordenamento jurídico, notadamente os direitos sociais, econômicos e culturais. Esse sistema acabava por gerar situações de injustiça e de privilégios, na medida em que as previsões legais não se amoldavam às complexas variantes fáticas existentes na realidade empírica. Tal concepção legalista, predominante até o século XIX, passou a ser questionada devido à incapacidade demonstrada por esse sistema fechado de possibilitar a resolução justa das lides. Foi a crise de legalidade que demonstrou a necessidade de adequação da rigidez lógico-formal dos sistemas legais às situações oriundas das novas demandas de uma sociedade cada vez mais complexa.

Durante a primeira metade do século XIX, surgiram correntes doutrinárias que buscavam promover a ampliação do debate acerca da legitimidade da visão reducionista do direito à lei, questionando a inadmissão de elementos interpretativos no processo de aplicação das normas pelo Judiciário. Passou-se, então, a defender a gradativa perda da centralidade política do Poder Legislativo e a adoção de formas mais abertas de interpretação das normas jurídicas, de modo que não ficassem presas ao texto frio da lei. Tal situação, em que predominavam o formalismo e a igualdade formal, acabava por promover a elevação das desigualdades sociais, cada vez mais intensas após a concentração do capital oriunda da Revolução Industrial.

Assim, após um processo longo de inclusão de direitos sociais e a constatação da necessidade de sua efetivação, inicia-se uma gradativa fusão entre os campos político e jurídico, notadamente na hermenêutica constitucional. Essa nova ótica ensejou a rediscussão das funções da magistratura, a partir de uma revisão histórica dos limites da atuação desse órgão no que tange à garantia de direitos. Em artigo que debate o papel do Judiciário na democracia brasileira, Campilongo (1994 p. 121) analisa a gradativa perda de credibilidade do velho modelo legalista do direito. Segundo assinala, esse modelo não se mostrava capaz de atender a grande parte das exigências necessárias à manutenção de uma ordem social justa, enfatizando:

Mas ocorre que o velho modelo legalista, concebido no século passado no bojo de um processo codificador adequado a sociedades mais estáveis e Estado menos interventores, dá seguidas demonstrações de não atender a grande parte das exigências da ordem social justa. Mudaram-se os parâmetros de ordem e de justiça. A legalidade precisa adaptar-se à nova conjuntura.

Nesse novo cenário, o magistrado passa a ser titular de um papel proativo, interferindo na seara política do Estado em favor do respeito às diretrizes legais e da efetividade das previsões constitucionais, notadamente a partir da intervenção na fixação e implementação de políticas públicas. Assim, os juízes não mais se restringem a serem meros aplicadores automáticos das previsões literais dos textos de lei, sem qualquer liberdade argumentativa e interpretativa, mesmo que em favor da aplicação das normas em prol da efetivação do ideal maior do direito, qual seja, a realização da justiça. Arenhart (2009, p. 2), discorrendo sobre o papel político do juiz e a aplicação da constituição, ressalta:

O juiz, atualmente, não é mais visto como simples aplicador do direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera “boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar.

Os princípios, que representam valores e são dotados do mais amplo espectro de atuação e de maior adaptabilidade às situações concretas, passaram a ganhar relevância, não ficando o julgador limitado às regras mais restritas. Essa situação veio influenciar diretamente no controle jurisdicional de políticas públicas. Em consequência, passou-se a conferir ao Poder Judiciário, através da ponderação de princípios, o poder-dever de imiscuir-se nas atividades legislativa e executiva, com o fito de efetivar preceitos fundamentais do ordenamento jurídico, consignados nas leis e na constituição, controlando, caso necessário, políticas públicas.

## **2.4 Neoconstitucionalismo: novos paradigmas do direito constitucional**

A análise da efetivação das políticas públicas, especialmente a possibilidade, os parâmetros objetivos e os limites do controle jurisdicional sobre a sua aplicabilidade, passam pela nova conjuntura de aplicação dos princípios constitucionais e a promoção da efetividade dos direitos fundamentais, fenômenos incorporados pelo neoconstitucionalismo. Nesse novo contexto, têm relevante importância as transformações do direito constitucional contemporâneo, bem como as inovações oriundas dessa alteração de perspectiva. Essas transformações influenciam nas mais diversas matizes de aplicação do direito, notadamente

em prol da normatividade dos programas estabelecidos na Carta Magna e na legislação infraconstitucional.

Podem-se destacar três marcos fundamentais do neoconstitucionalismo: o histórico, o filosófico e o teórico. Nesses alicerces, estão contidas, segundo Barroso (2007, p. 2), “as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.” Tal situação decorre da necessidade constante de transformação do direito, em busca da dinamicidade de seus institutos, que não podem ficar inadequados aos fenômenos contemporâneos, “frustrando seu escopo fundamental de abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, políticas e econômicas” (CAMBI, 2007, p. 2).

A ordem jurídica deve servir como mecanismo para a pacificação social e a promoção da dignidade da pessoa humana. Seus dispositivos não podem ser despidos de efetividade. Esse vácuo comprometeria a realização, mesmo que paulatina, das expectativas legítimas dos cidadãos, especialmente quando refletidas em princípios positivados no texto constitucional. Sob essa nova ótica, a constituição passa a ser o centro do debate jurídico, promovendo uma nova postura em relação à efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os que demandam a adoção de políticas públicas para a sua concretização.

Não se admite, no novo constitucionalismo, uma Carta Magna que não seja dotada de eficácia própria de uma autêntica norma jurídica, revestida de obrigatoriedade, nem destituída de valores. Antes, a constituição era vista como um documento essencialmente político e desprovido de eficácia normativa vinculante. Essa nova visão repercute diretamente sobre a obrigatoriedade de realização de políticas públicas para a concretização dos programas definidos na ordem jurídica. Além disso, possibilita que os destinatários dessas *policies* possam exigir judicialmente o cumprimento das prerrogativas constitucionais, permitindo, assim, a intervenção da sociedade na execução das políticas públicas.

#### **2.4.1 Marco histórico**

O marco histórico do neoconstitucionalismo tem seu berço no constitucionalismo que surgiu após a Segunda Guerra Mundial. Passou-se a adotar uma concepção mais humanista do direito, de modo que os direitos fundamentais tivessem efetivamente prevalência nas políticas

públicas. A vontade do legislador perde o caráter absoluto, não se legitimando condutas do Estado que agridam valores elementares, a exemplo dos direitos fundamentais. Os limites entre direito e política foram estreitados, a partir da aplicação de conceitos como os de razoabilidade, interesse público, senso comum, entre outros. Nesse novo contexto, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada o núcleo axiológico da tutela jurídica.

Nesse cenário histórico, foi redefinida a posição da norma ápice e sua influência sobre as instituições, aproximando as doutrinas constitucionalistas e democráticas, em favor de uma novel organização política, denominada Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito ou simplesmente Estado democrático. Foram promulgados textos constitucionais com preocupação clara em relação à efetividade de seus princípios. Surgiu também uma vigorosa produção intelectual teórica e jurisprudencial, que possibilitou a ascensão do direito constitucional, a partir da premissa de que a Carta Magna seria uma norma jurídica superior, dotada de elevado valor e alta força normativa.

O neoconstitucionalismo possibilitou uma visão da constituição como um conjunto de normas vinculantes, ao estabelecer um programa a ser cumprido no presente e para o futuro. A constituição “traz em seu bojo um projeto de transformação, já que nela figuram os fins e os objetivos que o legislador deve alcançar” (BARROS, 2008, p. 36). Essa atividade vinculante da constituição se impõe em relação a todas as funções estatais, notadamente sobre aquelas que sejam direcionadas para a promoção dos direitos nela estabelecidos, a partir de instrumentos como as políticas públicas. Assim, a partir do caráter vinculante dos princípios constitucionais, as políticas públicas passaram a servir como instrumento apto a concretizar as diretrizes estabelecidas, através de ações positivas do Estado em favor da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

#### **2.4.2 Marco filosófico**

No que tange ao aspecto filosófico do neoconstitucionalismo, destaca-se o pós-positivismo, que representa a confluência entre o positivismo e o jusnaturalismo, correntes ideológicas que apresentam paradigmas aparentemente opostos. Após as barbáries promovidas durante a Segunda Guerra Mundial, muitas vezes a partir de interpretações fraudulentas e tendenciosas dos diplomas legais, promoveu-se a aproximação entre o

jusnaturalismo, fundado em princípios de justiça universalmente válidos, e o positivismo, dotado de objetividade científica e afastado da filosofia e de discussões relacionadas à justiça. Sobre essa nova concepção, Barroso (2007, pp. 4-5) afirma:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Com o pós-positivismo, a interpretação jurídica voltou a ter como elemento predominante e fim maior do direito: o ideal de justiça. A hermenêutica não devia ficar presa a formalismos nem fugir completamente ao que se extrai do teor da legislação. Nesse novo paradigma do direito, relevou-se a importância dos princípios no ordenamento jurídico e no próprio texto da constituição, superando-se a “vetusta ideologia, de origem híbrida (romano-canônica e iluminista), de que a lei deveria ser pura, objetiva, imune a elementos de cunho subjetivo” (TAVARES, 2007, p. 337). Promove-se, assim, a “virada kantiana”, com a aproximação entre direito e ética, fruto do retorno da influência da filosofia oriunda dos ensinamentos de Immanuel Kant, com a promoção da fundamentação moral dos direitos humanos e a busca da justiça fundada no imperativo categórico.

### **2.4.3 Marco teórico**

Como terceiro marco fundamental do neoconstitucionalismo, surgiram modificações que alteraram a forma tradicional relativa à aplicação do direito constitucional, destacando-se as seguintes: *a)* o reconhecimento da força normativa da Carta Magna; *b)* a expansão da jurisdição constitucional; *c)* o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

No cenário até então vigente, a concretização dos programas encartados na constituição era tarefa unicamente de competência do Poder Legislativo ou da alçada do Poder Executivo. Era praticamente insignificante a capacidade de influência do Poder Judiciário, que não tinha papel proativo na concretização das previsões constitucionais.

Com o neoconstitucionalismo, a ideia de constituição passou a ser necessariamente associada a normas vinculantes, disposições de cumprimento obrigatório e dotadas de

imperatividade. Dessa forma, aos órgãos estatais responsáveis cabia cumprir e fazer cumprir as referidas normas, utilizando-se, se necessário, de instrumentos de coação para a execução da previsão constitucional. Nesse sentido, assinala Pereira (2007, p. 5):

A previsibilidade constitucional dos direitos fundamentais é prescritiva e não meramente descritiva. Quer dizer, tratam as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais de comandos de agir aos seus destinatários, no caso, os agentes políticos responsáveis pela sua efetividade.

A admissão da força normativa da constituição irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, possibilitando, em consequência, a atuação mais incisiva do Judiciário na efetivação de direitos. Para tanto, há a redução da discricionariedade legislativa e administrativa na implementação de políticas públicas, através do controle jurisdicional. A expansão da jurisdição constitucional ocorre no contexto da ideia de normatividade vinculante e da supremacia da constituição. A concepção de supremacia absoluta do Poder Legislativo na concretização dos preceitos constitucionais cedeu espaço para a supremacia propriamente dita da constituição, que teria um elenco de direitos imunizados em relação ao processo político majoritário, cabendo ao Judiciário efetivar sua proteção (BARROSO, 2007, p. 6).

Expande-se pela Europa, a partir do final da década de 1940, o modelo de supremacia da constituição, que permitiria o controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional e a criação de tribunais constitucionais. A experiência norte-americana do *judicial review* se difunde nesse período. No Brasil, esse novo modelo só é adotado após a promulgação da Carta Magna de 1988, que verdadeiramente expandiu a jurisdição constitucional, notadamente pela ampliação do rol de legitimados a propor representação por inconstitucionalidade.

Ainda como elemento do marco teórico, impõe-se destacar a nova interpretação constitucional. De fato, além dos tradicionais critérios para a solução de conflitos normativos (hierárquico, temporal e especial), a interpretação constitucional passou a demandar princípios próprios, inspirados em conteúdo teórico diversificado, em razão das peculiaridades dessas normas, conforme assinala Barroso (2007, p. 8):

Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do poder público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

No sistema tradicional de interpretação, a solução para todas as contendas jurídicas encontrava-se no interior das previsões objetivas do próprio ordenamento jurídico. Assim, a atividade do julgador limitava-se a uma atitude técnica de subsunção, a partir do conhecimento do fato e da regra de direito, sobre os quais emanaria a decisão judicial. Nesse modelo, as normas eram concebidas como regras, ou seja, descreviam condutas a serem adotadas pelos destinatários. Ao intérprete restava exercer um papel meramente mecânico e silogístico, responsabilizando-se apenas pelo enquadramento do fato ao direito, a partir dessa operação, pela produção de decisão para o caso posto.

Para o direito constitucional, essas balizas tradicionais não se mostram mais aptas a solucionar os problemas de interpretação. Por essa razão, propõe-se um modelo em que o julgador funciona como coconstrutor do direito, laborando num relativamente amplo espectro de possibilidades de solução, a partir do qual completa, criativamente, o trabalho do legislador, fazendo valorações.

Nesse exercício, as expressões abertas, fluidas e dotadas de elevada amplitude interpretativa permitem que o hermeneuta realize a valoração de aspectos objetivos e subjetivos pertinentes à realidade fática, de modo a melhor equalizar a aplicação da norma ao caso concreto. Em consequência, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados possibilitam essa maior flexibilidade para o julgador, permitindo que a plasticidade facilite a prolação de uma sentença que se aproxime do ideal de justiça.

Diante de normas abertas, o âmbito de discricionariedade do intérprete é mais largo, pois da mera leitura dos enunciados normativos não se extrai a solução completa das questões sobre as quais incidem. Por tal motivo, surge a necessidade da atuação do hermeneuta na delimitação do alcance e sentido da norma. Por outro lado, em face da amplitude conceitual de determinados dispositivos, bem como do caráter dialético de muitas constituições, surge o aparente conflito entre as normas fluidas.

Nessas hipóteses, os critérios tradicionais para a solução de conflitos, propostos para a aplicação através da subsunção das normas, não se mostram aptos a resolver o problema. Surgindo conflitos entre normas, o intérprete deve utilizar-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, promovendo a ponderação dessas normas e sopesando os valores envolvidos no conflito, de maneira a trazer a solução mais justa para o caso concreto, sem que se promova a aniquilação de qualquer valor.

Por envolver âmbito demasiadamente subjetivo, nesses casos, o julgador deve, de maneira sólida e profunda, tomar sua decisão, aplicando os princípios da racionalidade, da

proporcionalidade e da razoabilidade, de maneira a minimizar a volatilidade dos conceitos no caso concreto. Para isso, segundo a lição de Barroso (2007, p. 11), a interpretação deve sempre ser reconduzida aos ditames do ordenamento jurídico, do qual, em última análise, deve extrair seu fundamento. Deve também buscar a universalidade a partir de seu fundamento jurídico, evitando, assim, casuísmos, bem como considerar as consequências empíricas da decisão, sopesando o impacto econômico, social, familiar, entre outros.

#### **2.4.4 Características do neoconstitucionalismo**

Tratando das características mais destacadas do neoconstitucionalismo, Barcellos (2007, pp. 2-4) divide-as em dois grandes grupos: um que reúne elementos metodológico-formais e outro que congrega elementos materiais. De conformidade com o primeiro grupo, o novo constitucionalismo atua com fulcro em três premissas fundamentais: a) a normatividade da constituição, ou seja, a imperatividade de suas previsões; b) a posição de superioridade hierárquica da constituição em relação às demais fontes da ordem jurídica; c) a centralidade da constituição, levando à obrigatoriedade de interpretação da legislação infraconstitucional constante nos outros ramos jurídicos à luz do que dispõe a norma ápice. Essas premissas decorrem do processo histórico que alterou a constituição, retirando-a da posição de documento essencialmente político, com fraco caráter normativo e imperativo, para alçá-la à condição de norma ápice, com todas as dimensões que essa expressão carrega.

No que diz respeito aos elementos materiais, dois aspectos merecem ser destacados: a) a inserção explícita de valores nas normas constitucionais, a exemplo dos direitos fundamentais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana, a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais etc; b) a expansão dos conflitos entre as opções valorativas existentes no sistema constitucional.

A inserção de opções políticas e de aspectos valorativos no texto constitucional é resultado de reação da comunidade à existência de regimes totalitários. Tais regimes promoveram o massacre de pessoas e a aniquilação completa de direitos fundamentais, desrespeitando, por completo, o sentimento de irmandade que deveria predominar nas relações humanas. Como forma de tentar assegurar maior estabilidade aos direitos fundamentais, em especial à dignidade da pessoa humana, os regimes políticos entenderam

por bem elevar a *status* constitucional as mencionadas normas. Dessa forma, impediram ou, pelo menos, dificultaram que maiorias ocasionais vulnerassem o sistema de proteção das minorias, obedecendo a um consenso mínimo indevassável, fora da discricionariedade da política ordinária e vinculante a qualquer grupo político.

No que tange à expansão dos conflitos constitucionais, existem alguns choques específicos, oriundos das diversas correntes de pensamento incorporadas no texto constitucional. Essas situações conflitantes necessitam ser harmonicamente equacionadas no contexto de uma sociedade plural. Há também os conflitos gerais, que se relacionam com o próprio papel da constituição e dos tribunais no Estado democrático de direito.

A democratização social e a redemocratização de países que emergiram de regimes totalitários ensejaram o aparecimento de uma constituição cujo texto positiva os direitos fundamentais e sociais (STRECK, 2007, p. 39). Tal circunstância, aliada à necessidade de efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, redefiniu a relação entre os poderes do Estado. Com esse novo desenho, o Poder Judiciário passou a ter atuação mais proativa no cenário político, a partir das cada vez mais constantes provocações, feitas através de demandas processuais reivindicativas de direitos e impositivas de obrigações em favor da promoção de ações e políticas públicas por parte do Estado.

## **2.5 Visões da jurisdição: procedimentalismo e substancialismo**

Em consequência desse novo papel da constituição e da intervenção do Judiciário na efetivação de direitos, surgiram duas correntes doutrinárias: o procedimentalismo e o substancialismo. Essa dupla concepção decorreu da nova visão sobre o Estado democrático de direito. Tal visão tem como premissa a valorização do elemento jurídico e, necessariamente, pressupõe a análise do perfil de atuação do Poder Judiciário, nesse novo panorama estabelecido pelo constitucionalismo predominante após a Segunda Guerra Mundial (STRECK, 2007, p. 38). Nesse cenário em que predomina o neoconstitucionalismo, o debate analítico passou a verificar a relação entre o direito e a política. Essa abordagem partiu da análise da exata medida em que os princípios dispostos no texto constitucional podem estabelecer a formação de uma nova sociedade, definindo as garantias que estavam fora de debate no cenário político anterior.

A corrente procedimentalista, cujos principais ícones são, entre outros, Habermas, Garapon e Ely, entende que o julgador deve se restringir a garantir o procedimento democrático de produção das normas jurídicas, o contraditório e iguais oportunidades de intervenção nos processo de formação de opinião e de vontades públicas (PEREIRA, 2007, p. 23). Para essa corrente, a constituição serve para delinear o terreno em que ocorrerão os embates políticos, fixando os procedimentos para que sejam estabelecidas as formas justas na sociedade, através da regulação dos procedimentos formais para a composição de interesses. Assim, a Carta Magna estaria desprovida de qualquer conotação valorativa ou ideológica, não possuindo preocupação social, econômica ou humanista.

Dentro dessa visão, a constituição se reduziria a prever os procedimentos que estabelecem os meios para se atingirem decisões coletivas, sendo os valores fundamentais ou substantivos relegados a plano inferior. A compreensão procedimental da constituição seria caracterizada por sua visualização apenas no sentido de proteger um processo de criação democrática do direito. Fortaleceria a garantia de que a cidadania possui instrumentos para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus conflitos e a forma de solucioná-los.

Para os autores que defendem o procedimentalismo, a atuação proativa do Judiciário na sociedade acarretaria o enfraquecimento da democracia representativa. Como resultado, os tribunais constitucionais não poderiam garantir sua imparcialidade na hipótese de enveredarem por análises que envolvessem juízos de valor em seus julgamentos. A respeito de tal concepção, afirma Tavares (2007, pp. 338-339):

De acordo com essa teoria, a constituição se encontra desprovida de derivações valorativas. A constituição, nesses termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes. Em outras palavras, quaisquer valores alcançados ao final de tal procedimento estariam necessariamente justificados/legitimados, desde que observados os passos previamente previstos. Trata-se de conceber a constituição como uma espécie de instrumento asséptico em relação aos valores vigentes.

Na ótica dos procedimentalistas, nenhuma geração poderia impor à geração subsequente suas convicções políticas e filosóficas. Assim, caberia “à constituição garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico, a definição de seus valores e de suas opções políticas” (BARCELLOS, 2007, p. 7). Segundo essa corrente, não é admissível a invasão da política e da sociedade pelo direito, sendo reservada à legislação política a função central de definição e implementação das opções valorativas do Estado.

Como premissas principais dessa concepção doutrinária, destacam-se a neutralidade e a democracia. A primeira decorreria da própria ausência de valoração existente no ordenamento jurídico proposto pelo sistema defendido pelos procedimentalistas. Dentro dessa visão, não se poderia analisar a legitimidade ou a ilegitimidade de uma decisão em razão do conteúdo desta, devendo o analista concentrar-se unicamente na verificação da regularidade no cumprimento do procedimento que engendrou tal decisão. Portanto, a legitimidade de uma decisão política não seria aferida pelo conteúdo desta, mas pela análise da obediência ao procedimento adotado para concebê-la. Já a democracia, segundo essa corrente, consistiria no fato de que a opção valorativa em sede constitucional acabaria por limitar ou tolher o âmbito decisório do Poder Legislativo, composto por representantes da coletividade.

Para os adeptos do substancialismo, compete à constituição impor ao sistema político decisões consideradas como valores elementares e consensuais no contexto social. São valores considerados relevantes para a sociedade e, portanto, não seriam passíveis de vulneração por decisão do âmbito popular. De acordo com essa visão, determinadas matérias, dadas a sua relevância e importância como alicerce valorativo do ordenamento jurídico, situar-se-iam em campo não passível à deliberação popular. Segundo essa corrente, caberia à constituição prever as condições para as ações políticas do Estado, sendo a explicitação do contrato social e dirigindo efetivamente o comportamento da sociedade.

Nesse contexto, o Poder Judiciário, notadamente a jurisdição constitucional, teria muito mais amplitude em seu poder decisório. Funcionaria como instituição apta a promover a real implementação dos direitos sociais fundamentais positivados, garantindo a vontade geral implícita no direito estabelecido especialmente em sede constitucional ou em princípios, mesmo que isso pudesse levar o Poder Judiciário a transcender as funções de *check and balances*.

De acordo com essa corrente doutrinária, se o modelo constitucional vigente optou por expressar valores considerados indispensáveis ao exercício da cidadania e à promoção da dignidade da pessoa humana, nada mais lógico do que todos os órgãos estatais se empenharem na busca – seja através de ação política ou de intervenção do Judiciário – da concretização desses direitos. Para esse corrente, a efetivação dos princípios valorativos constitucionais permitiria a proteção das minorias isoladas e sem representação no processo político majoritário. Estas poderiam exigir a efetivação de direitos rejeitados pela deliberação política de maioria, invocando a atuação do Judiciário, como órgão responsável por implementar os valores assegurados na ordem jurídica.

Na visão do substancialismo, não se admite a normatização parcial da constituição, de forma a contemplar apenas os interesses do grupo dominante no cenário político. Dessa forma, os dispositivos que não interessassem a essa maioria seriam dotados apenas de existência formal. O substancialismo defende a efetivação integral da norma ápice, possibilitando o acesso a direitos pelas classes sociais que buscam emancipação. Com base no princípio da supremacia da constituição, a lei em sentido estrito deixaria de ser considerada como única fonte de produção do direito, deixando o parlamento de ser considerado como a instituição exclusiva para a produção de direitos e obrigações. Ante a superioridade constitucional, as leis não devem obediência apenas às normas formais reedoras de sua formação, devendo também adequar-se às normas substantivas sobre seu conteúdo.

Nesse contexto, a aplicação da lei não se daria apenas por ser lei, independentemente de seu conteúdo substancial. Antes, seria preciso verificar a compatibilidade do que se encontra previsto na seara legal com a norma correspondente disposta na esfera constitucional. Assim, de acordo com esse entendimento, ficaria bem mais ampla a possibilidade de atuação da jurisdição, para controlar as leis e os atos administrativos que estejam em dissonância com as diretrizes constitucionalmente fixadas.

No campo do controle jurisdicional de políticas públicas, a reflexão é imediata, haja vista que tal entendimento concede ampla margem de atuação do Judiciário para a efetivação de prerrogativas positivadas constitucionalmente. Como se sabe, muitas dessas prerrogativas se encontram relegadas a segundo plano pela administração pública, situação que impossibilita a efetivação de direitos fundamentais tidos como prioritários pelo constituinte. A respeito dessa nova visão, afirma Streck (2007, pp. 48-49):

A constitucionalização rígida dos direitos fundamentais produziu efetivamente na democracia uma dimensão substancial, que se acrescenta à tradicional dimensão política, meramente formal ou procedimental. Com efeito, se as normas formais da constituição – aquelas que disciplinam a organização dos poderes públicos – garantem a dimensão formal da democracia política, que tem relação com “quem” e “como” das decisões, suas normas substantivas – as que estabelecem os princípios e os direitos fundamentais – garantem o que se pode chamar de dimensão material da democracia substancial, uma vez que se refere ao conteúdo que não pode ser decidido e ao que deve ser decidido por qualquer maioria, obrigando a legislação, sob pena de invalidade, a respeitar os direitos fundamentais e aos demais princípios axiológicos por ela estabelecidos. (...) Altera-se a relação entre a política e o direito. Uma vez que o direito já não está subordinado à política como se dela fosse instrumento, senão que é a política que se converte em instrumento de atuação do Direito, subordinada aos vínculos a ela impostos pelos princípios constitucionais: vínculos negativos, como os gerados pelo direito às liberdades que não pode ser violado; vínculos positivos, como os gerados pelos direitos sociais, que devem ser satisfeitos.

O debate doutrinário entre o procedimentalismo e o substancialismo não se cinge apenas ao campo teórico, haja vista que a adoção de uma ou outra teoria acarreta consequências diretas na relação entre os poderes do Estado, no exercício da cidadania e na forma de efetivação dos direitos estabelecidos em sede constitucional.

Na realidade brasileira, resta evidente a densidade valorativa inserida na Constituição de 1988, notadamente pela quantidade de menções ao regime político do Estado, bem como pela vasta quantidade de direitos fundamentais elencados. Além disso, Carta Magna vigente previu institutos aptos a permitir a concretização das disposições abstratamente positivadas, a exemplo do mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação popular, ação civil pública, entre outros instrumentos jurídicos.

Aprioristicamente, devido à elevada carga valorativa inserida na Constituição de 1988, associada à previsão de instrumentos de provocação do Judiciário para a efetivação de direitos, haver-se-ia de concluir pela adoção do modelo substancialista na realidade jurídica pátria. Todavia, insta consignar que o Judiciário brasileiro ainda não se encontra preparado para lidar com contendas transindividuais, próprias do novo modelo oriundo do Estado democrático previsto na Carta Magna vigente. A tradição e a legislação processual adotam posturas aptas a tratar de lides próprias de um modelo liberal-individualista, não obstante a constatação da evolução de alguns institutos no entendimento jurisprudencial, bem como a profusão da doutrina e de projetos de lei sobre direitos difusos e coletivos.

A dificuldade de análise de demandas que envolvem direitos que ultrapassam a esfera das partes envolvidas na lide passa por diversos fatores, destacando-se os seguintes: a ausência de preparação, em geral, dos magistrados para lidar com tal tema; a inexistência de legislação específica e adequada à temática, bem como a ainda escassa doutrina especializada; a necessidade de conhecimento de dados técnicos que fogem à alçada média de conhecimento da sociedade, sendo necessária a participação de profissionais de notória especialidade; a decisão que pode envolver o remanejamento e a utilização de recursos públicos, afetando a distribuição dos recursos do erário e a efetivação de outras políticas públicas. Assim, a atuação incisiva em prol da realização das opções valorativas estabelecidas na Constituição brasileira resta significativamente abalada, prejudicando a efetivação do Estado de bem-estar social desejado pelo ordenamento jurídico.

Noutro quadrante, há de se criticar a ideia de adoção do modelo procedimentalista em sua plenitude, por ser este voltado à autonomização das teorias processuais, como se estas fossem um fim em si mesmas. Embora se deva reconhecer a relevância do procedimento na

efetivação das normas constitucionais, a adoção de uma teoria procedimental não pode ser tida como a solução mágica para o enfrentamento de todos os problemas constitucionais.

Primeiramente, é de se destacar que o procedimento deve sempre ser visualizado como um instrumento para servir a um objetivo maior. A corrente procedimentalista busca permitir que a sociedade tenha acesso a um mecanismo formal apto a propiciar um amplo debate para a escolha dos destinos da sociedade através do sistema político. No entanto, o sistema representativo enfrenta uma crise de representatividade, fruto, dentre outros fatores, da ausência de identidade entre os interesses dos representantes da sociedade e o interesse público.

Ademais, na realidade brasileira, o principal mister do Poder Legislativo vem sendo assumido pelo Poder Executivo, que edita medidas provisórias que enchem a pauta do parlamento, praticamente usurpando a função legiferante desse órgão. Nesse contexto, quando confrontada com a constatação empírica, configura-se frágil a defesa da tese procedimentalista, especialmente na realidade jurídico-política brasileira.

## **2.6 Controle jurisdicional de políticas públicas**

Após uma análise conceitual e analítica sobre políticas públicas e controle jurisdicional, passemos a abordar o tema relacionado ao exercício da jurisdição em favor de um controle sobre as políticas públicas.

### **2.6.1 Políticas públicas, discricionariedade, mérito administrativo e controle do Judiciário**

As políticas públicas são instrumentos utilizados para a efetivação de direitos previstos no ordenamento jurídico, isto é, são meios para a consecução dos objetivos do governo, de interesse público, nos campos econômico, social, ambiental etc. Entretanto, a demanda social pela concretização desses direitos é superior à capacidade estatal de resposta, razão pela qual o poder público é obrigado a estabelecer prioridades para o atendimento de reivindicações.

Muitas vezes, o atendimento dessas demandas depende de vários fatores, dentre eles, o perfil ideológico-político do governo, a pressão de grupos da sociedade civil organizada, os interesses político-partidários e a carga de expectativas depositadas no grupo político vencedor do processo eleitoral de um Estado democrático.

A escolha das ações públicas será direcionada ou terá mais ênfase em campos específicos, possibilitando a efetivação de direitos de determinados segmentos da sociedade. Tais ações poderão ser enfatizadas no campo social e econômico ou voltadas para o desenvolvimento industrial, a geração de infraestrutura, a diminuição do tamanho do Estado, a redução da carga tributária, entre outras diretrizes.

A implementação de políticas públicas é, em regra, realizada pelo Poder Executivo. Encontra-se, portanto, no âmbito de discricionariedade da administração pública, que possui considerável margem de opções para adequar premissas e valores constantes nos princípios e nas normas jurídicas à realidade concreta. Cabe-lhe, assim, escolher a melhor opção para aplicar os gastos de maneira a atingir o interesse público da forma mais eficiente e com o menor dispêndio de tempo e recursos financeiros.

A priori, poder-se-ia concluir que ficaria a critério do poder público, notadamente do Poder Executivo, a seu livre arbítrio, estabelecer quais seriam as políticas públicas a serem adotadas e quais aquelas que deveriam ficar à espera de melhores oportunidades e condições financeiras para serem concretizadas. Convém, entretanto, ressaltar que existe um elenco mínimo de direitos, devendo o Estado assumir a obrigação de assegurá-los, como decorrência dos princípios e objetivos fundamentais estabelecidos pelo ordenamento jurídico. São princípios dotados de força normativa e imperatividade, os quais não podem ser relegados. São, portanto, prioritários nos projetos de elaboração e execução de políticas públicas.

Para evitar que a margem de discricionariedade, inerente à atuação dos agentes públicos, não enseje arbitrariedades, buscou-se a gradativa redução dessa prerrogativa, de forma a assegurar um núcleo rígido, apto a pautar a ação estatal e estabelecer-lhe limite intransponível. Tal preocupação resultou na inclusão de algumas normas de controle na Carta Magna, a fim de torná-las cláusulas pétreas, por representarem garantia dos direitos fundamentais (SANTOS, 2006, p. 85). O balizamento entre a ideia de discricionariedade e a vinculação dos atos administrativos e, conseqüentemente das políticas públicas passa, necessariamente, pela necessidade de efetivação gradativa e contínua desses direitos fundamentais.

O potencial de discricionariedade das pessoas eleitas como representantes da coletividade para o exercício de mandato eletivo, seja no âmbito do Legislativo ou do Executivo, não é absoluto. Como parâmetro limitador dessa discricionariedade, está o dever do poder público de agir de modo razoável, no sentido de efetivar direitos sociais, econômicos e culturais. Alguns desses direitos são essenciais à consecução do mínimo existencial, necessário à existência e, em muitos casos, à sobrevivência do próprio indivíduo. Nesse sentido, é lapidar a lição constante em voto proferido pelo ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas, a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (STF. ADPF 45, Relator: Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004).

Em caso de inércia do poder público, o Judiciário funciona como salvaguarda da sociedade, atuando em prol da realização de direitos incluídos em núcleo intangível e necessário à garantia de um mínimo existencial para o indivíduo, assegurando-lhe existência digna e condições de sobrevivência.

Doutrinariamente, a atuação da administração pública é classificada em discricionária e vinculada. Esta ocorre, segundo Mello (2006, p. 09), “quando a norma a ser cumprida já predetermina e, de modo completo, qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento.”

De fato, no ato vinculado, inexistente a possibilidade de escolha pelo administrador público, haja vista que a lei minudencia a conduta a ser adotada por completo, regulando todos os requisitos do ato. Dessa forma, não deixa qualquer margem para a adoção de decisão consubstanciada na conveniência e oportunidade. Tratando da atuação discricionária, Mello (2006, p. 09) assinala:

[Ocorre] quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativas.

Ante as peculiaridades dos inúmeros casos concretos submetidos à apreciação da administração pública, buscando dar a solução mais justa e equânime, a discricionariedade confere ao administrador a possibilidade de escolha entre as possibilidades que se mostram presentes na realidade fática. No entanto, a atuação discricionária da administração pública não resulta da ausência de regulamentação legal sobre determinada matéria, sendo, pelo contrário, decorrente de algum normativo.

Como foi visto, não se admite atuação administrativa sem respaldo em previsão legal autorizadora, haja vista a necessidade de obediência ao princípio da legalidade, pilar do Estado democrático de direito e princípio constitucional da mais alta valia. Para o poder público, vige o princípio da estrita legalidade, sendo a atuação da administração pública muito mais propícia à restrição e mínima regulamentação quando comparada à atividade dos particulares. Nessa esfera, tudo o que não for expressamente proibido é considerado permitido.

A conduta administrativa sempre deve ser pautada na ideia de dever, sendo o poder caracterizado, no máximo, como um poder-dever, necessário ao cumprimento das diretrizes eleitas como objetivos fundamentais do Estado, ou seja, um dever de alcançar a finalidade legal. Assim, antes de remeter à noção de poder, entendido como a possibilidade de realizar escolhas livres, a discricionariedade se mostra como uma necessidade para a realização da escolha mais apropriada para o caso concreto, ante a inconveniência do engessamento da máquina administrativa e a impossibilidade de previsão de todas as hipóteses a partir das enunciações abstratas da lei.

No que tange às políticas públicas, com relação à sua intensidade e priorização, de regra, estas se inserem no campo de atuação discricionária da administração pública, sendo variável a depender de cada perfil político-ideológico de governo. Todavia, há um elenco mínimo de direitos que o Estado não pode se objetar a realizar, sob pena de ferimento à dignidade da pessoa humana e renegação dos objetivos fundamentais da República, definidos pelo poder constituinte originário, no caso da realidade constitucional brasileira.

Na formação jurídica de cada Estado, através do processo de criação de uma constituição, são eleitas metas prioritárias. No Estado democrático de direito, essas metas

priorizam, especialmente, a garantia de direitos fundamentais e a promoção do Estado de bem-estar. Os direitos fundamentais caracterizam-se por formarem “um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado do procedimento de deliberação democrática” (BARCELLOS, 2007, p. 09). Tais princípios não podem ser relegados pelo governo quando da criação, fixação e implementação de políticas públicas, sob pena de infringirem, por omissão, os enunciados valorativos constitucionais.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 elegeu, como fundamento da República Federativa, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, o pluralismo político, a soberania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º). No art. 3º, são definidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

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

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No Estado democrático e social de direito, há uma preocupação com a efetivação dos direitos assegurados na constituição. Ela é visualizada como lei suprema e que deve ter assegurada a sua imediata concretude, não devendo ser comprometida a sua credibilidade perante a sociedade. Nesse sentido, lembra Machado Júnior (2009, p. 63): “Os comandos constitucionais deixaram de ser vistos como simples declarações de intenções, sem qualquer cunho de obrigatoriedade ou coercitividade, e passaram a ser vistos como detentores de exigibilidade imediata.”

A partir da normatividade e do caráter vinculante dos princípios jurídicos e constitucionais, a atuação do poder público, notadamente através de políticas públicas, deve estar voltada à satisfação desses direitos estabelecidos constitucionalmente. A omissão do poder público relega garantias juridicamente asseguradas aos cidadãos. Discorrendo sobre a normatividade dos princípios e a redefinição da ideia da discricionariedade administrativa, Moraes (1999, p. 24) enfatiza:

A moderna compreensão filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por

um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da administração pública.

Assim, em sua atuação no âmbito das políticas públicas, que são instrumento para a efetivação das previsões constitucionais, o governo passa a ter o seu campo discricionário restrito, na medida em que há a previsão de um elenco mínimo de direitos e garantias que devem ter aplicabilidade imediata.

### **2.6.2 Ativismo judicial e autocontenção**

A atuação, seja proativa ou contida, do Judiciário no controle de políticas públicas denotará o grau de ativismo ou de autocontenção desse poder. Essa diferenciação de conduta é deveras importante para se aferir o grau de efetivação pela via judicial de direitos assegurados pelo ordenamento jurídico e não implementados através de políticas públicas.

A expressão “ativismo judicial” foi usada pioneiramente nos Estados Unidos da América, entre as décadas de 1940 e 1960, com o propósito de rotular e qualificar a atuação da Suprema Corte daquele país no período em que esta foi presidida pelo juiz Earl Warren. Anteriormente a esse período, no início do século XX, a Suprema Corte norte-americana viveu a era *Lochner*, marcada por uma atuação judicial conservadora e voltada para o liberalismo econômico então fortemente predominante. Em razão desse conservadorismo, foram consideradas inválidas leis que promoviam intervenções no domínio econômico em favor das classes menos favorecidas, como a dos trabalhadores. O princípio da razoabilidade era utilizado como instrumento para considerar as referidas leis inválidas (MORO, 2004, p. 338).

Em período posterior, nas décadas de 1950 e 1960, sob a presidência do juiz Earl Warren, promoveu-se, na Suprema Corte norte-americana, a produção de uma jurisprudência mais aberta no que tange à efetivação de direitos fundamentais. Considerou-se, por exemplo, ilegítima a invasão do quarto de um casal para reprimir o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 1965), resguardando-se o direito à não-autoincriminação (*Miranda v. Arizona*, 1966) e à defesa por advogado a acusados em processo criminal (*Gideon v. Wainwright*, 1963). Julgou-se também ilegítima a segregação racial nas escolas (*Brown v. Board Education*, 1954), promovendo-se, além disso, decisões relevantes no que concerne a direitos

políticos (Baker v. Carr, 1962) e à liberdade de imprensa (New York Times v. Sullivan, 1964).

Segundo Dimoulis; Lunardi (2011, p. 461), o termo “ativismo judicial” (*judicial activism*) foi cunhado pioneiramente em 1947, em artigo publicado na revista *Fortune*, de autoria do historiador e político Arthur Schlesinger, tendo sido utilizado:

[Para] comentar as linhas de atuação da Suprema Corte na época do *New Deal*: a primeira linha (liderada pelos juízes Douglas e Black) entendia que a Suprema Corte pode desempenhar um papel de efetivação de políticas para a promoção do bem-estar social com base nas concepções políticas dos juízes. A segunda linha (liderada por Jackson e Frankfurter) defendia uma postura de auto-contenção judicial, deixando o cuidado para as políticas públicas aos poderes eleitos pelo povo.

De fato, a atuação mais ativa do Judiciário se mostrou pioneira em países que adotam o sistema da *commom law*. Nesses Estados, o processo de criação do direito é feito através dos precedentes jurisprudenciais, os quais gozam de força normativa em relação a casos similares posteriores e permitem elevada carga de flexibilidade para o julgador. Este não se restringe ao texto literal de lei escrita, tendo ampla liberdade para considerar os valores consagrados pelos costumes para fundamentar a decisão judicial.

Nos países que adotam o sistema romano-germânico, o julgador deve ater-se ao texto escrito da norma jurídica. Assim, em tese, haveria menos possibilidade de uma atuação jurisdicional mais ativista. Contudo, notadamente a partir do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, os textos constitucionais passaram a ser vistos como supremo poder normativo. Por esse motivo e com a incorporação dos princípios dotados de força normativa, viabilizou-se “o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível até mesmo falar em um direito judicial” (CITTADINO, 2001, p. 135). Conforme assinala Pinto (2011, p. 1), a constitucionalização dos princípios possibilitou ao intérprete da lei cumprir a “função de criador do direito, de fiscalizador do ato legislativo e concretizador do justo através da norma interpretada à luz da constituição”.

As expressões “ativismo judicial” e “autocontenção judicial” carecem de precisão semântica, visto que podem indicar multiplicidade de sentidos, incertezas e indeterminação de significado. Existem duas vertentes de definição, buscando evitar a utilização desses termos de maneira equivocada. A primeira, de cunho quantitativo, “identifica como ativistas os juízes que intervêm demasiadamente nas decisões dos demais poderes, afetando sua separação e equilíbrio” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 462). Todavia, tal concepção é criticada em

razão de que a mera mensuração da quantidade de decisões judiciais emitidas sobre temas relacionados aos limites de atuação dos poderes não identifica a postura ativista ou contida do Judiciário. A segunda vertente de definição é de natureza qualitativa, não se interessando pela frequência da intervenção judicial, mas pelo critério de atuação do juiz. Como crítica a essa vertente, destaca-se a ausência de formulação de critérios objetivos e claros para delimitar e identificar o grau de ativismo da atuação jurisdicional.

Independentemente da vertente de definição adotada e dos critérios utilizados para a mensuração do grau de atuação proativa do Poder Judiciário, resta pacífico que o ativismo judicial se caracteriza por representar o desempenho, através de decisões judiciais, de um papel afirmativo na promoção do bem-estar social. Nessa atuação, o Poder Judiciário busca efetivar direitos prescritos no ordenamento jurídico, mas que necessitam de uma ação positiva do Estado para a sua realização.

Segundo Barroso (2008, p. 4), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Também denominado de judicialização da política, o ativismo do Judiciário caracteriza-se “pela ampliação do poder judicial em matérias que seriam reservadas às competências dos Poderes Executivo e Legislativo, com inspiração na teoria do *check and balances*” (PEIXINHO, 2008, p. 13). Trata-se de “um instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais mediante a atuação ativista do Poder Judiciário sempre de acordo com a constituição e com os princípios democráticos” (PEIXINHO, 2008, p. 13).

No Brasil, a Constituição de 1988 configurou o Estado brasileiro como democrático de direito, ao elencar direitos e princípios em defesa das garantias fundamentais do ser humano. Dessa forma, possibilitou que o destinatário da norma possa se socorrer de processos judiciais para reivindicar provimentos que efetivam aspirações sociais, não implementadas através de políticas públicas que deveriam ser promovidas no âmbito do poder originariamente competente para tal.

Com a constitucionalização dos princípios do poder normativo das disposições constitucionais e da expressa indicação de direitos econômicos, sociais e culturais no texto constitucional, permitiu-se a elevação do poder decisório da jurisdição constitucional. Com isso, o Poder Judiciário passou a ter amplo espectro de atuação na sociedade, desde a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ao controle de atos administrativos e políticas públicas, com base nas prerrogativas constitucionais. Nesse novo

contexto, a sociedade, diretamente ou por meio de organizações civis, assumiu papel fundamental no controle dos atos estatais em função dos princípios constitucionais. Assim, tem o poder de provocar o Judiciário a proferir pronunciamento acerca da constitucionalidade ou legalidade de ações do Poder Executivo, notadamente sobre políticas públicas.

Todavia, mesmo que objetive ser ativista, a jurisdição possui limites intransponíveis na legislação processual que inviabilizam a atuação direta dos juízes na consecução dos objetivos constitucionais. Para isso, os órgãos de fiscalização, sobretudo o Ministério Público e a sociedade civil organizada, podem e devem se utilizar dos instrumentos existentes no ordenamento jurídico em favor do exercício democrático da jurisdição.

Especificamente, o Ministério Público pode manejar a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação de descumprimento de preceito fundamental, ou quaisquer ações ordinárias ou de rito especial, quando observa a necessidade de cumprimento de diretrizes em favor de direitos sociais, econômicos e culturais assegurados no ordenamento jurídico, mas não efetivados pelo poder público. Ante a ausência de políticas públicas específicas, essas medidas são consideradas instrumentos aptos a promover o controle social sobre as políticas públicas.

O ordenamento jurídico pátrio é rico em previsões abstratas de direitos em favor do bem-estar social. Entretanto, em muitos casos, esses direitos não são efetivados por inércia dos órgãos estatais responsáveis pela implementação de políticas públicas necessárias para a consolidação desses direitos. Nesses casos, impõe-se a atuação da jurisdição comprometida com a soberania popular, com a democracia e com a justiça social, buscando a efetivação desses direitos na esfera dos tribunais.

Com a inserção de elementos normativos em prol de um Estado de bem-estar social, verifica-se, como impacto na legislação *welfareana*, a incorporação da vagueza e imprecisão das normas de sentido promocional prospectivo. Essa situação acaba, em última instância, por afetar a neutralidade do Judiciário e por ampliar a criatividade do juiz no ato da interpretação. A esse respeito, assinala Viana (1996 p. 266):

Nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais.

Esse fenômeno de ampliação da atuação judicial denota um compromisso com a efetivação de direitos consignados pelo constituinte originário na formação do Estado, num

verdadeiro reforço da lógica democrática. Esse conjunto de medidas não pode ficar restrito à vontade de um mandatário momentâneo nem ao sabor de maiorias políticas eventuais, em detrimento dos pilares consagrados na estrutura jurídica de formação do Estado democrático de direito. Segundo Cittadino (2001, p. 136), esse fenômeno pode ser explicado à luz de diversas perspectivas, destacando as seguintes:

[A] normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino americanos e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender por que a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática.

A retração dos Poderes Executivo e Legislativo é, muitas vezes, fruto de um distanciamento entre a classe política e a sociedade civil. Esse comportamento acontece, dentre outros fatores, pelo fisiologismo político e pela corrupção, dissociando o interesse público da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, tornando difícil o atendimento das demandas sociais.

A atuação judicial proativa só é possível em um Estado de direito. Só pode ser pensada num modelo de Estado em que haja um compromisso com o ideal da igualdade e da dignidade da pessoa humana, além da efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais através da participação política da sociedade. Críticas são proferidas contra a atuação judicial mais ativista, tendo como fundamento a ausência de legitimidade democrática dos representantes do Poder Judiciário, haja vista que os integrantes dos cargos que compõem a magistratura não são recrutados através de processo eleitoral. Tal temática será discutida em tópico próprio, no capítulo 3.

Como fenômeno que se contrapõe à atuação jurisdicional proativa, destaca-se a autocontenção judicial, também denominada de autolimitação judicial ou *self-restraint*. Ela pode ser entendida como a atuação menos incisiva do Judiciário, em respeito à divisão das funções estatais e à legitimidade democrática dos representantes do povo. Com base nessa concepção, o Judiciário deve reduzir sua atuação ao mínimo indispensável. Segundo Canotilho (1993, p.

1224), esse princípio estabelece que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas.”

Sob essa ótica, o Judiciário deve reduzir a frequência e o grau de sua interferência na esfera de atuação dos outros poderes estatais. Portanto, deve declarar a inconstitucionalidade de uma omissão estatal apenas nas hipóteses em que esta restar clara, evidente e insofismável. Assim, em caso de dúvida, deve sempre prevalecer a opção escolhida pelo legislador ou administrador, detentores, em última instância, da legitimidade para o desempenho de um mandato popular (*in dubio pro legislatore*).

Com base na doutrina da autocontenção judicial, a concepção acerca do desempenho da jurisdição é sempre modesta, impedindo intervenções em matérias politicamente controvertidas. A preocupação é não transformar as cortes em instâncias que possibilitem aos derrotados na luta ocorrida no cenário político anular a vitória da maioria, em nome de condições subjetivas sobre as “melhores” soluções (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

Entretanto, no Estado democrático de direito, é assegurado o acesso do cidadão à jurisdição, notadamente quanto forem violados direitos assegurados como valores fundamentais do ordenamento jurídico, a exemplo dos direitos fundamentais e do mínimo existencial. Nesses casos, não pode o Judiciário permanecer inerte após a devida provocação, sob pena de caracterizar uma postura passiva que faria o magistrado descumprir, por omissão, a função que lhe foi outorgada pela constituição.

Da mesma forma, é compreensiva a irresignação em relação à atuação jurisdicional quando esta se posiciona de forma a intervir demasiadamente em problemas de ordem eminentemente política, cujas esferas de decisão devem ser circunscritas à alçada do legislador ou do administrador. Deve, pois, prevalecer a postura equilibrada da atuação jurisdicional. De um lado, não pode se mostrar omissa na garantia de direitos assegurados no texto constitucional e não efetivados em razão de reiteradas omissões por parte do poder competente. De outro, não pode ser tão proativa, a ponto de promover a substituição da discricionariedade política pela discricionariedade judicial. Tal situação resultaria na arbitrariedade do exercício da jurisdição, na medida em que faltaria legitimidade ao Poder Judiciário para decidir sobre questões tipicamente reservadas à esfera estritamente política.

Num cenário em que os poderes políticos propriamente ditos (Executivo e Legislativo) atuassem em prol da efetivação das prerrogativas asseguradas no texto constitucional, notadamente os direitos fundamentais dos cidadãos, através da criação e implementação de políticas públicas para a efetivação desses direitos, seria desnecessária a provocação do

Judiciário para esse mister. Todavia, a realidade mostra um cenário muito diferente. As demandas sociais são superiores à capacidade de resposta do poder público. Em muitos casos, este sequer consegue responder minimamente aos anseios da coletividade, não realizando os objetivos positivados constitucionalmente como valores fundamentais da sociedade, a exemplo da dignidade da pessoa humana, acesso à alimentação, saúde, educação, saneamento básico, dentre outros direitos que denotam o mínimo existencial em favor do ser humano.

Nesses casos, em favor de uma efetivação dos princípios e valores constitucionalmente assegurados, potencializando a normatividade do texto maior, a atuação proativa do Judiciário é indispensável para a consecução de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Abordando as principais diferenças entre ativismo judicial e autocontenção, Barroso (2010, p. 11) esclarece:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte diferença em relação às ações e omissões destes últimos.

A questão principal reside em traçar limites para a atuação proativa do Poder Judiciário em favor da garantia do mínimo existencial e da efetivação de direitos fundamentais. É preciso evitar que o ativismo judicial descambe para a arbitrariedade e o ferimento à concepção tripartite e harmônica das funções estatais. Como forma de evitar essa distorção, conforme será abordado no próximo capítulo, o princípio da proporcionalidade servirá como parâmetro definidor dos limites para a atuação do Judiciário.

### 3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Não é tarefa fácil estabelecer a definição do que se entende por princípio da proporcionalidade, sendo, em muitos casos, mais fácil sua compreensão do que sua conceituação. Esse princípio objetiva instituir uma relação entre o meio e o fim, comparando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se promova a possibilidade de controle de eventuais excessos.

O princípio da proporcionalidade atua no sentido de tornar as condutas da administração pública mais consentâneas com o ideal de justiça, que deve ser constante no desenho valorativo de qualquer Estado democrático de direito. Busca também promover a efetivação da proteção aos direitos fundamentais. Tal princípio serve como instrumento de frenagem dos poderes do Estado, contribuindo para a efetivação do respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal. Seja no âmbito administrativo, legislativo ou judicial, cabe ao ente público a tarefa de aproximar-se o mais possível do ideal de justiça, decidindo com habilidade, sabedoria, paciência e agudeza sobre-humanas. (ALEXY, 1988, p. 140).

Para Ávila (2001, p. 2), “a proporcionalidade destina-se a estabelecer limites concreto-individuais à violação de um direito fundamental – a dignidade humana –, cujo núcleo é inviolável.” Segundo Bonavides (2004, p. 395), a vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional ocorre através dos direitos fundamentais. Tal vinculação faz com que esse princípio adquira extrema importância e aufera prestígio e difusão tão largos quanto outros princípios, a exemplo do princípio da igualdade. O princípio da proporcionalidade relaciona-se com a ideia de limitação do poder, a partir do estabelecimento de critérios que prestigiem os direitos e garantias fundamentais, sem se descuidar da necessária proteção ao princípio da isonomia.

Como se sabe, nenhum direito fundamental possui característica de absoluto e ilimitado, sendo imperiosa a conciliação com os demais direitos de similar magnitude e importância, de forma a não promover a prevalência *a priori* de um princípio em relação a outro. Apenas a análise do caso concreto, a partir da aplicação das diretrizes do princípio da proporcionalidade, permitirá realizar a ponderação entre os direitos envolvidos no conflito, prestigiando-se um, sem aniquilar totalmente o outro.

No caso do controle jurisdicional de políticas públicas em prol da efetivação de direitos fundamentais, não se pode estabelecer uma solução prévia para um eventual conflito entre a atuação do Judiciário e a autonomia dos demais poderes estatais. Apenas a análise do caso concreto assegurará uma verificação de qual princípio deverá prevalecer. A respeito dessa temática, Quintana (1987, p. 128) assevera:

[La razonabilidad] consiste en la adecuación de los medios utilizados por el legislador a la obtención de los fines que determina la medida, a efectos de que tales medios no aparezcan como infundados o arbitrarios, es decir, no proporcionados a las circunstancias que los motiva y a los fines que se procura alcanzar con ellos (...) Tratase, pues, de una correspondencia entre los medios propuestos y los fines que através de ellos deven alcanzarse.

Para que possa ser observado o princípio da proporcionalidade, necessário se faz que os meios utilizados para se alcançar determinada finalidade sejam adequados, razoáveis, compatíveis, verossímeis e guiados por uma relação lógica. Não se admite, pois, a utilização de meios infundados, arbitrários e desarrazoados para a obtenção de uma dada finalidade. Caso isso ocorra, estar-se-á desobedecendo ao princípio da proporcionalidade.

A submissão do poder público ao princípio da proporcionalidade requer a imposição de um limite jurídico à conduta estatal, seja legislativa, administrativa ou judicial. Tal realidade pressupõe a normatividade da constituição, a qual deve ser considerada como documento jurídico que se encontra no ápice da escala hierárquica das normas. Em consequência, suas previsões devem ser concretizadas da forma mais densa possível, sendo o princípio da proporcionalidade importante ferramenta para essa consecução.

O Tribunal Constitucional alemão, em decisão proferida em 1971, em contenda na qual se discutia a armazenagem de petróleo, debateu o conceito e a aplicação do princípio da proporcionalidade, consignando em acórdão o seguinte:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental (BVerfGE 30, 292, 316).

Para Pontes (2000, p. 50), “o princípio da proporcionalidade representa, a rigor, uma dimensão concretizadora da supremacia do interesse primário (da coletividade), verdadeiro interesse público, sobre o interesse secundário (do próprio Estado)”. Entendendo que os

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são sinônimos, Barroso (1996, p. 122) assim define o mencionado princípio:

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

Analisando a natureza da proporcionalidade, Ávila (2001, p. 4) enfatiza que o denominado “princípio da proporcionalidade não consiste num princípio, mas num postulado normativo aplicativo”. Por essa razão, não pode ser deduzido ou induzido a partir de textos normativos, haja vista que resulta, por implicação lógica, da estrutura das normas jurídicas previstas na constituição e da própria atributividade do direito, que estabelece proporções entre bens jurídicos exteriores e divisíveis. Nessa mesma direção, Silva (2001, p. 25) esclarece que “o chamado princípio da proporcionalidade não pode ser considerado um princípio, pelo menos não com base na classificação de Alexy, pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações.”

Com efeito, notadamente com base nas lições de Dworkin e Alexy, a doutrina estabelece a diferenciação entre regras e princípios. Inicialmente, ambos podem ser caracterizados pelo fato de os princípios possuírem alto grau de generalidade, dirigindo-se a um número indeterminado de pessoas e a um número variado de circunstâncias. Por sua vez, as regras caracterizam-se por serem normas com menor grau de generalidade, contendo mais elementos de concretude relativamente à conduta regulada. Além disso, os princípios não estabelecem uma diretriz normativa de maneira direta, traçando apenas os fundamentos para que essa ordem vinculada seja determinada.

No campo dessa diferenciação, Larenz, citado por Silva (2001, p. 28), define os princípios como normas de alta relevância para o ordenamento jurídico, em razão de estabelecerem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, de forma direta ou indireta, normas de comportamento. Tais normas servem como complemento e objetivam promover o processo de concretização dos princípios. Pode-se também afirmar que os princípios estabelecem deveres abstratos, cujos limites encontram-se penderes de delimitação após o processo de ponderação dos princípios colidentes. Caracterizam-se por serem normas que determinam que uma dada medida seja realizada na

maior intensidade possível, considerando-se as possibilidades jurídicas e empíricas. São, assim, mandados de otimização. Já as regras consignam deveres definitivos, não permitindo a realização parcial, caracterizando-se pela aplicação mediante subsunção.

Ainda a título de diferenciação, é importante destacar que, para solucionar o conflito de regras, basta a aplicação dos critérios clássicos apontados por Bobbio (1995, p. 91 e ss.) - o cronológico, o hierárquico e o da especialidade -, através dos quais se seleciona uma regra para aplicação e exclui outra. Tais critérios não se revelam aptos a resolver o problema da colisão de princípios constitucionais. É que, como dito, nesse caso, não se mostra possível apenas afastar a aplicação de um deles, pois inexistente hierarquia entre princípios constitucionais, devendo sempre ser observado o princípio da unidade da constituição. Nesse sentido, observa Campos (2004, p. 25):

Quando dois princípios constitucionais ou direitos fundamentais entram em colisão, não significa que um deva ser desprezado. O que ocorrerá é que devido a certas circunstâncias um prevalecerá sobre o outro, terá precedência, naquele caso, mas sempre se buscando a concordância de ambos de uma maneira harmônica e equilibrada.

Em vez da lógica do “tudo ou nada”, na colisão de princípios deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade como mediador, promovendo-se, a partir da análise do caso concreto, a solução mais justa. Portanto, é preciso levar em consideração a ponderação e a concordância prática, de maneira a possibilitar a dosagem correta para a aplicação do princípio, de acordo com as circunstâncias do caso em análise. Isso porque a colisão entre princípios não ocorre no campo da validade, mas apenas na dimensão de peso.

A regra do “tudo ou nada” (*all-or-nothing-fashion*) – cuja premissa consiste, no caso de conflito, em optar-se pela aplicação unicamente de uma das regras envolvidas no embate – não serve como instrumento para a solução de ocorrências de colisão entre princípios. Sobre essa temática, Alexy (1988, p. 141) assevera:

Los principios tienen una dimensión que las reglas no exhiben, es decir, una dimensión de peso (dimension of weight) que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios, se da un valor decisivo al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que por ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos, el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe siempre ser inválida.

É inegável a existência de momentos de tensão entre os diversos princípios. Todavia, convém, mais uma vez, frisar que, em caso de aparente conflito, os princípios não se submetem à lógica do “tudo ou nada”, haja vista a obrigatoriedade de manutenção, ainda que mínima, de normatividade e efetividade de todos os princípios envolvidos no conflito.

No conflito de princípios, não pode haver a determinação vinculativa da decisão, a partir do estabelecimento de solução *a priori* e em abstrato. Ao contrário, nesse caso, deve haver a conjugação dos fundamentos contidos em um determinado princípio com os fundamentos provenientes de outros princípios. Esse deve ser o critério para que se possa estabelecer os limites com vista ao exercício do controle jurisdicional de políticas públicas. Deve-se priorizar a necessidade de efetivação de direitos fundamentais, muitas vezes, negligenciados pela não realização de políticas públicas, observando-se a obrigatoriedade do cumprimento de outros princípios constitucionais, a exemplo da divisão e autonomia dos poderes, da legitimidade democrática, entre outros.

No presente estudo, a diferenciação entre princípios e regras é pertinente com o objetivo de verificar se o princípio da proporcionalidade caracteriza-se realmente como tal. Para Silva (2001, p. 25), citando Alexy, e Ávila (2001, p. 4), não pode haver essa caracterização. Segundo entendem, a proporcionalidade não entraria em rota de colisão com outras normas-princípio. Por isso, não deve ser aplicada em grau de otimização, não podendo o conflito ser decidido à luz do caso concreto.

Discussões doutrinárias à parte, na realidade brasileira, a doutrina e a jurisprudência consideram a proporcionalidade como princípio, mencionado-a, em diversos casos, como sinônimo de razoabilidade. Do ponto de vista técnico, pode-se não entender a proporcionalidade como princípio puro, na forma dos postulados doutrinários defendidos notadamente por Dworkin e Alexy. Todavia, é inegável que o referido postulado tem importância basilar no ordenamento jurídico pátrio, servindo para a estruturação do Estado de direito e para a solução de contendas que envolvem direitos de elevado grau de importância. Dessa forma, nada impede que, dada a sua relevância e tradicional nomenclatura, o instituto da proporcionalidade venha a ser denominado de princípio.

A origem do princípio da proporcionalidade remonta à evolução dos direitos e garantias individuais da pessoa humana, a partir do surgimento do Estado de direito na Europa. Pode-se afirmar que o surgimento do mencionado princípio ocorreu na Europa, com as primeiras manifestações de limitação do poder estatal, que até então era exercido arbitrariamente e de forma absoluta pelo monarca.

A esse respeito, como importante evento, deve-se citar a *Magna Charta* inglesa de 1215. Sem mencionar expressamente o princípio da proporcionalidade, ela estabelecia, em sua cláusula 20: “O homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a gravidade do delito” (THE GREAT, 2011). Ao se estabelecer uma proporção entre a gravidade do delito e a pena a ser aplicada ao criminoso, promoveu-se o dever de respeito, ainda que implicitamente, ao princípio da proporcionalidade por parte do Estado. Com isso, evitou-se a aplicação arbitrária de leis e regulamentos, sem qualquer limitação à discricionariedade do soberano.

Contribuíram significativamente para a limitação da arbitrariedade estatal e a preservação e elevação do princípio da proporcionalidade os seguintes instrumentos normativos: a *Declaration of Rights* americana, de 1776, e a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* francesa, de 1789. Assim, o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer o critério de razoabilidade entre os meios empregados e os fins almejados, acaba por trazer a ideia de limitação à discricionariedade administrativa. Em consequência, força o poder público a ter que justificar seus atos e a ter mais cautela na adoção de determinados comportamentos.

O reconhecimento do princípio da proporcionalidade como comando de hierarquia constitucional, não restrito, portanto, à esfera do direito administrativo, é fruto da farta jurisprudência emanada do Tribunal Constitucional alemão. Transmutaram, igualmente, o princípio da proporcionalidade da esfera restrita do direito administrativo para o direito constitucional países como a Espanha, Portugal, a Suíça, a Áustria, entre outros.

É importante traçar o parâmetro de identificação e distinção entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Para o Supremo Tribunal Federal e muitos doutrinadores, ambos os princípios devem ser tratados como sinônimos<sup>1</sup>, sendo, entretanto, necessário distinguir a origem, a estrutura e a forma de aplicação desses princípios. O princípio da razoabilidade desenvolveu-se no sistema da *common law*, notadamente no direito norte-americano e inglês. Especificamente nos Estados Unidos da América, foi marcado por duas fases: a primeira era revestida de caráter estritamente processual (*procedural due process*); a segunda, de natureza substantiva (*substantive due process*), serviu como

---

<sup>1</sup> Como exemplo dessa perspectiva, Luís Roberto Barroso, em passagem de artigo de sua autoria, afirma: “A doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.” (BARROSO, 1996, p. 121). Na mesma direção é o entendimento de Suzana de Toledo Barros, para quem “o princípio da proporcionalidade, como construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos. (BARROS, 2000, p. 57).

fundamento para um criativo exercício da jurisdição constitucional. A respeito da versão substantiva do princípio da razoabilidade, Barroso (1996, pp. 117-118) comenta:

Ao lado do princípio da igualdade perante a lei, esta versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Essas duas fases históricas do desenvolvimento do princípio da razoabilidade não são excludentes, servindo, ao contrário, como etapas complementares do desenvolvimento do mencionado princípio. A primeira fase ocupou-se da regularidade do processo penal e, posteriormente, do processo civil e administrativo. Incluiu, em seu bojo, temas como o contraditório e a ampla defesa. Já o desenvolvimento do *substantive due process* denota a etapa de efetivação de direitos a partir da intervenção do Judiciário, que passou a desempenhar o controle de constitucionalidade das leis e ter mais espaço para a análise do mérito dos atos estatais, numa redefinição do conceito de discricionariedade administrativa. A exemplo do princípio da proporcionalidade, a razoabilidade objetiva verificar a compatibilidade entre o meio empregado pelo poder público, seja através de ato legislativo, administrativo ou jurisdicional, e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade teve seu desenvolvimento notadamente a partir de precedentes jurisprudenciais do direito germânico. Caracteriza-se por uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – os quais devem ser aplicados em uma ordem subsidiária previamente determinada. Essa situação confere à proporcionalidade a individualidade que a diferencia do princípio da razoabilidade (SILVA, 2002, p. 27).

Ainda a título de diferenciação entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, afirma-se que este último se desenvolveu mais profundamente na Inglaterra, a partir de decisão judicial proferida em 1948, em que se debateu acerca do teste de irrazoabilidade, também conhecido como teste de *wednesbury*. Segundo esse teste, devem ser rejeitados os atos estatais que sejam flagrantemente irrazoáveis, adotando-se a fórmula: “Se uma decisão X é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir”. A Corte Europeia de Direitos Humanos diferencia a proporcionalidade de uma medida em relação à sua razoabilidade, admitindo a possibilidade de ser uma medida

considerada desproporcional, não obstante haver o reconhecimento de sua razoabilidade, como ocorreu no caso *Smith and Grady v. United Kingdom*, em 1999.

Na realidade brasileira, como já assinalado, o Supremo Tribunal Federal adota os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade como sinônimos. Em seus julgamentos, é comum ocorrer a invocação do princípio da proporcionalidade como um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico. Tal invocação serve, tão somente, para afastar alguma conduta considerada abusiva através do recurso à fórmula: “À luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional” (SILVA, 2002, p. 32).

De fato, não se encontram precedentes do STF em que ocorra a aplicação, de maneira analítica e estruturada, do princípio da proporcionalidade. Adota-se apenas o raciocínio simples e mecânico consistente em consignar que a Constituição de 1988 consagra o referido princípio. Assim, quando o ato impugnado não o respeita, a medida deve ser considerada inconstitucional.<sup>2</sup> Todavia, não obstante a ausência de sistemática na aplicação do princípio da proporcionalidade pelo STF, é elogiável o fato de, cada vez mais, a Suprema Corte brasileira adotar o referido princípio como forma de sopesar os bens jurídicos aparentemente colidentes consignados no ordenamento jurídico pátrio. Basta apenas aperfeiçoar a sua aplicação, evitando subjetivismos e falsas argumentações na prolação de decisões judiciais.

---

<sup>2</sup> A título de exemplo, podem ser citados os precedentes ADI 855: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem gás liquefeito de petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente. (STF. ADI 855, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-01 PP-00108).

ADI 2078: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Valor da taxa judiciária e das custas judiciais estaduais. Utilização do valor da causa como base de cálculo. Possibilidade. Precedentes. 3. Estipulação de valores máximos a serem despendidos pelas partes. Razoabilidade. 4. Inexistência de ofensa aos princípios do livre acesso ao Poder Judiciário, da vedação ao confisco, da proibição do bis in idem e da proporcionalidade. (STF. ADI 2078, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011 EMENT VOL-02502-01 PP-00001).

HC 76.060-4: DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue para a pesquisa do DNA: estado da questão no direito comparado: precedente do STF que libera do constrangimento o réu em ação de investigação de paternidade (HC 71.373) e o dissenso dos votos vencidos: deferimento, não obstante, do HC na espécie, em que se cuida de situação atípica na qual se pretende - de resto, apenas para obter prova de reforço - submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente: hipótese na qual, à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, se impõe evitar a afronta à dignidade pessoal que, nas circunstâncias, a sua participação na perícia substantivaria. (STF. HC 76060, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 31/03/1998, DJ 15-05-1998 PP-00044 EMENT VOL-01910-01 PP-00130).

O princípio da proporcionalidade é também denominado de princípio da proibição do excesso, na medida em que evita a adoção de condutas arbitrárias, não razoáveis e desnecessárias por parte da administração pública. Hodiernamente, a doutrina e a jurisprudência dão grande ênfase ao neoconstitucionalismo e à constatação da necessidade de efetivação dos valores estabelecidos na constituição, notadamente em razão da obrigatoriedade de implementação dos direitos de cunho econômico, social e cultural. Com isso, passou-se a visualizar não apenas o dever de proibir o excesso do Estado, mas também de obrigá-lo a agir nas hipóteses em que se mostrar omissos na prestação de políticas públicas e serviços ou se essa prestação se mostrar insuficiente.

A ideia de proibição do excesso tem forte relação com a efetivação dos direitos de primeira geração ou dimensão, os quais exigiam abstinência do Estado em relação à conduta dos particulares. Na realidade atual, em que, na grande maioria dos Estados, há um forte apelo pela implantação de direitos que assegurem o mínimo vital para a população, são exigidas ações por parte do poder público no sentido de atingir esse objetivo. Por essa razão, o princípio da proporcionalidade passa a ser utilizado como instrumento de controle nos casos de omissão ou insuficiência de atuação do poder público. A esse respeito, Silva (2002, p. 26) enfatiza:

Outra questão terminológica a ser resolvida refere-se ao uso do conceito de proibição de excesso, visto que muitos autores tratam a regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso. Ainda que, inicialmente, ambos os conceitos estivessem imprescindivelmente ligados, principalmente na construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, há razões para que essa identificação seja abandonada. Conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais. Antes se falava apenas em *Übermaßverbot*, ou seja, proibição de excesso. Já há algum tempo fala-se também em *Untermaßverbot*, que poderia ser traduzido por proibição de insuficiência.

Ante a complexidade das tarefas estatais, mostra-se necessária a ampliação da aplicação do princípio da proporcionalidade, favorecendo a sua aplicação tanto em relação ao controle das condutas comissivas como das condutas omissivas do poder público. No que concerne às políticas públicas, é imperiosa a aplicação do referido princípio já na fase de definição de prioridades no atendimento das demandas sociais pela administração pública. O princípio da proporcionalidade deve também ser aplicado na eventual realização de controle jurisdicional a ser desempenhado na hipótese de não efetivação ou efetivação insuficiente de direitos fundamentais.

### **3.1 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**

A sistemática de desenvolvimento do princípio da proporcionalidade promoveu a sua subdivisão em três regras ou elementos, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tal divisão, desenvolvida a partir de julgados prolatados pelo Tribunal Constitucional alemão, serviu para sistematizar o mencionado princípio em uma estrutura racionalmente definida. A partir dessa divisão, passou-se a observar o princípio da proporcionalidade não apenas de maneira simplificada como uma ideia de relação entre meio e fim. Mais do que isso, ele foi dotado da complexidade analítica necessária a servir como ferramenta de trabalho no âmbito do poder público.

Não é suficiente a apresentação de sintético conceito de cada um dos elementos que compõem o princípio da proporcionalidade. Para um melhor entendimento, é preciso traçar a relação entre esses elementos, bem como a forma de aplicação, associando-os a casos concretos, de modo a possibilitar o enquadramento dos mencionados elementos em possibilidades análogas.

De início, cumpre destacar que os elementos referentes à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito devem ser aplicados necessariamente nessa ordem. Assim, a análise da adequação é anterior à da necessidade que, por sua vez, precede à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, na aplicação desses elementos, nem sempre se mostrará necessária a análise de todos eles. Dessa forma, o intérprete pode entender a conduta como contrária ao princípio da proporcionalidade, tão somente pela inadequação em relação a qualquer dos elementos desse princípio.

Há, pois, uma relação de conotação subsidiária entre as regras ou elementos do princípio da proporcionalidade. Assim, se o caso houver sido resolvido pela análise da adequação, não se mostrará necessária a averiguação da necessidade nem tampouco da proporcionalidade em sentido estrito. A utilização dos elementos subsequentes só ocorre quando ainda não restar resolvido o problema, por se tratar de conflito de maior complexidade.

Como primeiro elemento – a adequação - um meio é considerado adequado quando se mostrar apto a alcançar o resultado pretendido (BARROSO, 1996; SILVA, 2002; ÁVILA, 2001) ou pelo menos fomentá-lo. Por outro lado, uma medida deve ser considerada inadequada quando não contribuir em nada para atingir, ou pelo menos fomentar, a realização

do objetivo perseguido. A adequação tem caráter absoluto, não exigindo comparação com qualquer outra situação. Limita-se apenas à verificação da aptidão da medida em atingir ou fomentar o fim objetivado.

Como exemplo para a compreensão da aplicação do mencionado elemento<sup>3</sup>, cita-se a discussão promovida em relação à Lei nº 10.248/93, oriunda do Estado do Paraná, cujo objetivo era promover a proteção do consumidor. Nesse sentido, determinava que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor. Dessa forma, possíveis variações no peso do botijão vendido, ou possíveis sobras de gás no botijão devolvido, seriam ressarcidas ou compensadas na fixação do preço do botijão novo.

Na ação direta de inconstitucionalidade, que buscava a invalidação da referida lei, proposta pela Confederação Nacional do Comércio, competiria ao STF analisar a adequação da medida em relação ao princípio da proporcionalidade, isto é, se ela estaria apta a promover a defesa do consumidor, a partir da realização dos fins visados na lei. Por adotar medida apta a ensejar a defesa do consumidor, visto que este poderia ter a exata mensuração da massa do objeto que estava adquirindo, inegável que a medida mencionada demonstra aptidão para atingir o objetivo buscado pela lei, satisfazendo, assim, o critério da adequação.

No que tange à necessidade, trata-se de um elemento marcado pela característica da comparabilidade, na medida em que requer a utilização de confronto com outras medidas alternativas. Busca-se verificar se o objetivo a ser perseguido poderia ser promovido, com igual intensidade, por outro ato que limitasse em menor medida o direito fundamental a ser atingido no conflito. Em síntese, segundo Barroso (1996, p. 125), a necessidade ou exigibilidade impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para o atingimento dos fins visados. Para melhor esclarecer a matéria, Silva (2002, p.39) apresenta o seguinte exemplo:

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto.

Analisando esse princípio em relação à lei que exige a pesagem de botijão de gás acima citada, cumpre ao intérprete promover a análise de outros meios que propiciem, de

---

<sup>3</sup> O exemplo foi extraído do artigo “O proporcional e o razoável”, de autoria de Virgílio Afonso da Silva, publicado na Revista dos Tribunais, nº 798, 2002, pp. 23-50.

maneira idêntica, a proteção ao consumidor almejada pela lei, mas limite em menor intensidade outro direito fundamental envolvido no conflito, a exemplo da restrição à liberdade de iniciativa. No caso, uma medida alternativa seria, por exemplo, a pesagem por amostragem, a ser realizada pelo poder público, bem como quaisquer outras medidas que permitissem o cumprimento do objetivo da lei. Entretanto, para obediência ao critério da adequação, é necessário que o direito colidente seja restringido na menor intensidade possível, em comparação a outras medidas aptas a produzir o fim visado pela lei.

É preciso analisar detalhadamente todos esses fatores para se emitir uma decisão acerca do preenchimento ou não do elemento “necessidade” pela lei impugnada. Caso necessário, e a depender da complexidade e repercussão econômica, política e social da decisão, o órgão julgador pode se socorrer de audiências públicas e de pareceres de entidades especializadas.

Por fim, como terceiro e último elemento do princípio da proporcionalidade, ressalta-se a proporcionalidade em sentido estrito. Esta se caracteriza por possibilitar que sejam ponderadas a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colida e que sirva como fundamento para a adoção da medida restritiva. Acerca desse elemento integrante do princípio da proporcionalidade, Silva (2002, p. 42) assevera:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. É possível, por exemplo, que essa restrição seja pequena, bem distante de implicar a não-realização de algum direito ou de atingir o seu núcleo essencial. Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional.

Da mesma forma, compete ao órgão julgador, no caso concreto, ponderar se a intensidade da restrição à liberdade de iniciativa do empresário que realiza a venda de botijões de gás é justificável em prol da realização da proteção do consumidor através da pesagem dos mencionados botijões. Atendido esse requisito, deve-se entender a medida como proporcional; se não fosse justificável, a medida deve ser considerada desproporcional, por violar o elemento proporcionalidade em sentido estrito. No caso comentado, o Supremo Tribunal Federal optou pela inconstitucionalidade da norma em apreço, sob a alegação de

violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sem, entretanto, analisar detidamente os requisitos da proporcionalidade.

É verdade que há considerável dose de subjetivismo em considerar uma medida como proporcional ou não em sentido estrito, na medida em que a ponderação entre os princípios envolvidos no conflito poderá variar de acordo com a visão de cada julgador. Todavia, é inegável que essa dose de subjetivismo é restringida pela aplicação analítica e fundamentada do princípio da proporcionalidade, a partir da verificação do preenchimento dos requisitos necessários para cada um de seus elementos. Bem mais subjetivo é se entender uma medida como proporcional ou razoável, sem que seja analisados os requisitos necessários a considerar a medida como tal.

Em matéria de políticas públicas, é sabido que a demanda pela efetivação de direitos é muito superior à capacidade de resposta do poder público, notadamente nos Estados em que ainda não foi atingido o nível mínimo de bem-estar social para a maior parte da população. Devido à limitação de recursos e à excessiva demanda por serviços e políticas públicas, a administração pública se mostra obrigada, em casos concretos, a prestigiar determinadas demandas em detrimento de outras. Para isso, o princípio da proporcionalidade deve servir como guia, de modo a evitar a adoção de opções desarrazoadas ou prejudiciais à coletividade.

Da mesma forma, a atuação do Judiciário na verificação da obediência ao cumprimento das diretrizes valorativas estabelecidas na constituição, quando da realização de políticas públicas pelo Estado, deve nortear-se pelo princípio da proporcionalidade. Dessa forma, evita-se a exacerbação no exercício da função judicante, com a interferência excessiva e indevida na esfera de atribuições dos órgãos políticos, incumbidos da definição das políticas públicas para a sociedade. Portanto, é inegável a importância do princípio da proporcionalidade como instrumento necessário à efetivação dos direitos fundamentais e, também, como mecanismo para evitar excesso, aplicando-se, nesse caso, o critério da ponderação. A esse respeito, Alexy (2008, p. 9) assinala:

O princípio da proporcionalidade pede que colisões de direitos fundamentais sejam solucionadas por ponderação. A teoria dos princípios pode mostrar que se trata, na ponderação, de uma estrutura racional de argumentar jurídico-constitucional. Mas ela também torna claro que a ponderação deve ser assentada em uma teoria da jurisdição constitucional, se ponderação deve desenvolver plenamente o seu potencial de racionalidade.

Segundo Guerra Filho (1991, p. 75), “uma medida é adequada se atinge o fim almejado, exigível, por causar menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido

estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.” Canotilho (1993, p. 1108) acrescenta que a ponderação é utilizada porque “a pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental”

Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, acerca dos limites a serem estabelecidos para o exercício da jurisdição em relação à efetivação de direitos fundamentais, na hipótese de conduta omissiva por parte do poder público na definição e implementação de políticas públicas. Colocam-se em posição de embate os princípios da democracia, da divisão dos poderes e da autonomia dos poderes políticos em relação ao também princípio da dignidade da pessoa humana e da efetividade e normatividade da constituição. Nessa discussão, não se pode perder de vista a garantia do mínimo vital a partir da aplicação de direitos fundamentais consagrados no ordenamento jurídico.

No próximo tópico, será debatida a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação ao controle jurisdicional de políticas públicas. Busca-se traçar os limites para essa atuação proativa do Poder Judiciário, de forma a não ferir preceitos e valores basilares do Estado democrático de direito, a exemplo da divisão, autonomia e harmonia das funções estatais, do princípio da legitimidade democrática, dentre outros. São questões complexas que merecem uma análise detida, para que não se firam elementos basilares do Estado de direito em razão de um desmensurado ativismo judicial. Por outro lado, é injustificável a inércia do Poder Judiciário na determinação da efetivação de direitos fundamentais assegurados na constituição.

### **3.2 Aplicação do princípio da proporcionalidade como critério definidor de limites**

O grande problema consiste em definir os limites para a intervenção judicial no controle de políticas públicas, quando busca dar efetividade aos direitos constitucionalmente assegurados. Nessas hipóteses, não se admite uma atuação exacerbada e ativista do Poder Judiciário, de maneira a desrespeitar a autonomia dos demais poderes e a legitimidade democrática, entre outros princípios. Da mesma forma, é inadmissível a adoção de conduta inerte do Judiciário no que toca à concretização de direitos positivados. Tal atitude

transformaria a constituição em um documento normativo meramente formal, inapto a determinar a realização de políticas públicas com vista à realização de direitos.

Os fundamentos utilizados para justificar a mencionada intervenção devem levar em consideração, ainda que de maneira não explícita, as diretrizes inerentes ao princípio da proporcionalidade, entendido como parâmetro definidor para o exercício da jurisdição ativa no campo das políticas públicas. Tal princípio pode e deve ser aplicado na definição das prioridades para o atendimento de demandas sociais através de políticas públicas, evitando condutas desarrazoadas da administração pública. Os gestores não podem direcionar recursos públicos para atividades que não mereceriam ser priorizadas, em vista da imperiosa necessidade de realização de direitos fundamentais que efetivam o mínimo existencial.

### **3.2.1 Teoria da separação dos poderes estatais**

Um dos pontos mais debatidos e polêmicos relativos ao controle jurisdicional sobre políticas públicas consiste em definir o limite entre o exercício proativo da função judicante no sentido de promover a realização de políticas públicas aptas a efetivar direitos fundamentais e a necessidade de respeito ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Com efeito, cabe indagar-se qual o limite a ser estabelecido para a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, para que este órgão estatal não afete a autonomia dos Poderes Legislativo e Executivo, detentores de legitimidade democrática e responsáveis *a priori* pelo atendimento das demandas sociais, através da previsão e execução dessas políticas. A afetação da autonomia dos poderes estatais a partir de uma atuação exageradamente proativa Judiciário na questão relativa à definição e execução de políticas públicas quebraria a ideia de independência e harmonia entre essas funções. Por outro lado, o Judiciário não pode se quedar inerte num quadro em que ocorra omissão injustificável dos poderes políticos na consecução de políticas públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais relativos ao mínimo existencial do cidadão.

Para se entender essa problemática, faz-se necessária a apresentação da origem e do desenvolvimento da teoria da separação das funções do Estado. Nessa análise, serão averiguados os limites para o exercício da competência inerente à atuação de cada um dos três

poderes estatais, especialmente no que concerne ao controle jurisdicional sobre políticas públicas necessárias a assegurar a efetivação de direitos fundamentais. Será também verificada a importância do princípio da proporcionalidade como critério apto a auxiliar a solução da colisão entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e normatividade da constituição, de um lado, e o princípio também constitucional da independência e harmonia dos poderes, de outro.

A ideia da separação das funções do Estado surgiu como resposta aos efeitos deletérios da concentração de poderes, responsável pelo surgimento de governos autoritários e centralizadores, violadores de direitos fundamentais da população. Inicialmente, cumpre destacar a impropriedade da expressão “separação de poderes”, haja vista que o poder do Estado é uno e indivisível (BONAVIDES, 2000, pp. 136-138), não podendo ser compartimentado entre os órgãos estatais. Na verdade, o que existe é a distribuição de determinadas funções a diferentes órgãos do Estado, com a finalidade de evitar a concentração, sempre prejudicial ao interesse público e ao exercício dos direitos fundamentais.

A teoria da separação dos poderes é atribuída às revoluções liberais do século XVIII<sup>4</sup>, associando-se, em especial, às figuras de Charles de Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, de 1748) e de John Locke (*Two treatises of civil government*, de 1689). O contexto das revoluções liberais denotava a necessidade de limitação dos poderes do soberano em favor das liberdades do povo e da garantia dos direitos fundamentais.

Para os defensores da divisão dos poderes estatais, a única forma de a lei ser imparcialmente aplicada seria impedindo que seus elaboradores fossem os mesmos entes que a aplicassem. Assim, as funções legislativa e executiva deveriam ser separadas em órgãos diversos. A separação das funções serviria para limitar o poder através do próprio poder, diminuindo a interferência do Estado na vida das pessoas e eliminando a tendência ao exercício arbitrário do poder. Nesse novo contexto, ao Poder Legislativo competiria a elaboração das leis, como representante do povo, cabendo ao Poder Judiciário ser mero aplicador autômato do conteúdo abstrato constante na lei, tendo, pois, caráter secundário.

Temendo uma eventual concentração de poderes no parlamento (tirania do Legislativo), Hamilton, Madison e Jay, em “O federalista”, propugnaram pela construção de um modelo de separação dos poderes que evitasse a predominância do Poder Legislativo.

---

<sup>4</sup> A literatura menciona a existência de referência à ideia de separação das funções estatais, ainda que de forma embrionária, desde a Antiguidade, a exemplo dos escritos de Aristóteles. Em sua obra “Política”, ele faz referência expressa às funções executiva, legislativa e judiciária.

Com isso, seria possível conferir maior equilíbrio na relação entre as funções estatais, de maneira a efetivar o fortalecimento do Poder Executivo. Os Estados Unidos da América foram pioneiros em situar o Poder Judiciário no mesmo nível político dos demais poderes estatais, especificamente a partir do precedente judicial emanado do caso *Marbury x Madison* (1803). Desse processo, surgiu o *judicial review*, entendimento pelo qual competiria ao Poder Judiciário aferir validade de leis, a partir da análise da compatibilidade da norma com o texto constitucional.

Conforme já analisado, nos países integrantes do sistema da *commom law*, o Poder Judiciário adotou uma postura mais criativa e proativa, de maneira a não se restringir a julgar demandas de repercussão meramente individual, seja no âmbito civil ou criminal. Passou também a julgar feitos que discutiam temas relacionados aos poderes políticos, fato que contribuiu substancialmente para o surgimento de um sistema mais dinâmico e eficiente de controle recíproco entre os poderes, o *check and balances*. Nesse sistema jurídico, os magistrados possuíam mais liberdade para proferir decisões, mitigando-se a concepção autômata para a atuação do Judiciário, que passaria a ser dotado de maior liberdade interpretativa. Em consequência, os juízes deixariam de se comportar como verdadeiros autômatos, aplicadores frios das disposições previstas nas leis.

Diferentemente, na concepção predominante no liberalismo clássico, o sistema jurídico continental europeu acabava por atribuir ao Judiciário uma atuação quase que de confinamento, restrito a resolver demandas de pouco alcance, limitadas a interesses meramente privados, sem qualquer capacidade interpretativa. Cappelletti (1993, p. 53) resume as críticas apresentadas às limitações para a atuação do Judiciário nesse sistema jurídico:

Extremamente instrutivas apresentam as vicissitudes dramáticas da Europa continental nos últimos dois séculos, durante os quais o ideal propugnado pelos espíritos amantes da liberdade civil foi, com pertinácia digna da melhor causa, o ideal da demasiada rígida *séparation de pouvoirs*, ao invés de recíprocos controles e contrapesos. Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um Judiciário perigosamente débil e confinado, em essência aos conflitos privados. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, a existência de um Legislativo totalmente não controlado, como de um Executivo praticamente não controlado.

O ímpeto revolucionário liberal garantia o mínimo de intervenção do Judiciário e, em contrapartida, atribuía o máximo de poder aos órgãos políticos do Estado. Em tese, esses órgãos estavam em sintonia com os anseios da coletividade e eram compostos por representantes legitimados a partir de um processo eleitoral. Porém, esse modelo mostrou-se

insuficiente para responder às demandas da coletividade, ante a complexa realidade da sociedade moderna, cada vez mais dinâmica, industrializada, de massa e com necessidades cada vez mais variadas, muitas vezes não atendidas pelos representantes dos poderes políticos.

Com a evolução do Estado, notadamente a partir do surgimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como dos direitos de terceira e quarta gerações, passaram a existir novas demandas e, conseqüentemente, necessidades de resposta. Esse novo quadro passou a solicitar um maior dinamismo por parte do poder público na efetivação desses direitos, originando-se daí as chamadas políticas públicas.

A lei, pura, abstrata e fria não se mostrava mais apta a solucionar as demandas de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica. Dessa forma, a divisão das funções estatais precisava ser melhor adequada, de modo a servir como instrumento de promoção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, afirma Peixinho (2008, p. 25):

A premissa metodológica formal do modelo de constituição cede lugar ao modelo de constituição engajada, a objetivar a materialização de direitos essenciais e indispensáveis à fruição da dignidade humana, que rechaça o paradigma exclusivamente formal de liberdade e igualdade forjado pelo liberalismo clássico.

O novo modelo de sociedade pressupõe uma constituição apta a promover o bem-estar social, afastando as meras previsões de textos legais sem qualquer compromisso com a efetividade. O princípio da separação das funções estatais, tal como concebido classicamente, nas lições de Montesquieu e outros doutrinadores, não pode servir como mecanismo paralisante à efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais. Deve haver uma nova leitura dessa teoria, de forma que ela seja adaptada à realidade hodierna. É preciso preservar seu objetivo original de garantir direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal (KRELL, 2002, p. 88).

A concepção clássica da teoria da divisão dos poderes do Estado - em que o magistrado figurava como ser inanimado e incapaz de moderar a força e o rigor das normas - não mais se sustenta na realidade hodierna. Da mesma forma, não mais se admite a compreensão segundo a qual a lei tem apenas um sentido, sendo a norma completa e desprovida de lacuna. Sobre o tema, é pertinente o escólio de Nunes Junior (2008, p. 161):

Assim, é errôneo conceber hoje que a função do juiz se restringe simplesmente a verificar a ocorrência do fato e enquadrá-lo na hipótese legal - a chamada subsunção judicial, herdada do positivismo jurídico, de origem kelseniana. A aplicação do direito pelo juiz, dada a sua complexidade, oferece diversas possibilidades

interpretativas sobre um mesmo caso concreto, conduzindo a elementos criativos. Nos dias atuais, o juiz, com frequência, depara-se com textos legais abertos, que contém mais de um significado possível, o que lhe atribui certa margem de liberdade para decidir entre várias interpretações cabíveis. A verdade é que o Poder Judiciário assumiu novo papel em face das transformações decorrentes do Estado de bem-estar (*welfare State*), passando a exercer funções que antes não lhe eram próprias, como a “intromissão” em assuntos de outros poderes, assim como a ocupar espaços que antes pertenciam às relações privadas ou políticas entre os diversos grupos sociais, substituindo a família, a Igreja e os fóruns de discussão política. Daí a maior influência política do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas.

A multiplicidade de conflitos e interesses de uma sociedade cada vez mais complexa leva à necessidade de ampliação da criatividade na atividade do magistrado, requerendo maior abertura do espectro de possibilidades interpretativas a partir da edição de textos legais mais consentâneos com a realidade social. Tal situação reflete a constatação da impossibilidade material de o ordenamento jurídico prever *a priori*, a partir de mera edição de normas gerais e abstratas, solução justa para todas as contendas sociais, em todas as suas diversidades e peculiaridades. Observado esse quadro, o constitucionalismo moderno e, conseqüentemente, os direitos de *status* infraconstitucional elencados a partir dos princípios estabelecidos na Carta Magna passaram a “internalizar uma concepção de justo” (VIANA, 1996 p. 265). Esse fato resultou numa tentativa de implantar os valores da lei natural no mundo real, como forma de efetivar o ideal de justiça.

Esse novo contexto levou a uma maior ênfase no controle constitucional e das políticas públicas pelo Poder Judiciário. A abertura e a fluidez da norma ápice, ao recepcionar princípios em favor da efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais, de terceira e quarta gerações, dão maior autonomia para a atuação da magistratura, possibilitando a “desneutralização” política da função jurisdicional. A esse respeito, esclarece Viana (1996, p. 265):

Se a exigência de implementação é reconhecida no texto constitucional, legitima-se a desneutralização da função do Judiciário ao qual perante eles [os direitos sociais] ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo ou o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz, que, de certa forma, o politiza).

Com o comprometimento do Estado na busca promocional prospectiva, ou seja, de efetivação de direitos que exigem uma implementação positiva, surge a obrigatoriedade de criação de políticas públicas para a concretização desses direitos. Todavia, na hipótese de

inércia do poder competente para a efetivação dessas políticas, impõe-se o dever de atuação proativa do Poder Judiciário.

Esse cenário denota uma aproximação entre os campos político e jurídico, a partir de um fenômeno denominado de judicialização da política. Esta acarreta uma maior interação entre as funções estatais, a partir da cada vez mais constante convocação dos tribunais a se pronunciarem sobre situações fáticas em que o funcionamento das atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo se mostra falho, ineficiente, insatisfatório ou insuficiente. Nesse contexto, evidencia-se como retrógrada a concepção clássica da divisão das funções estatais, caracterizada pela atuação autômata do Judiciário.

A grande discussão consiste em estabelecer o limite da atuação ativista do Judiciário, no sentido promocional dos direitos que exigem atuação positiva do Estado. Seria um equívoco gerar uma concentração excessiva de poderes na magistratura em detrimento das demais funções estatais. O Poder Judiciário não pode interferir indevidamente nos demais poderes, quebrando, assim, os pilares da concepção teórica de divisão e harmonia das funções estatais e o necessário equilíbrio entre as forças do poder público.

Em outras palavras, ao determinar a efetiva implantação de políticas públicas de competência de outro poder, o Judiciário não pode ferir a autonomia existente entre os poderes. Assim, a intervenção proativa do Judiciário na efetivação de políticas públicas deve ser feita sem que ocorra o ferimento à ideia de separação e harmonia entre os poderes. Estas são questões complexas e não podem ter resposta pronta e acabada, haja vista que variados fatores influenciam no grau de autonomia do Judiciário. Entre esses fatores, podem-se citar a forma de governo, a maturidade democrática, o perfil constitucional do Estado, bem como as relações entre o poder público e a sociedade civil.

Cumprido destacar que a concepção clássica de repartição das funções estatais, oriunda da Revolução Francesa, não se mostra, na atualidade, apta a responder às complexas demandas e situações existentes no Estado moderno. Com efeito, a proclamação de direitos sociais, econômicos e culturais acarreta um redimensionamento da clássica formulação da separação de poderes em que o magistrado era mero aplicador mecânico das disposições legais, sem qualquer autonomia interpretativa. Acrescente-se ainda que a divisão das funções estatais compreende as funções típicas e atípicas de cada poder.

Deve haver a separação de órgãos, com a especialização de funções. Todavia, deve existir também a cooperação entre os órgãos, com o objetivo essencial consistente na limitação do poder pelo poder. Cabe a cada órgão exercer a sua função peculiar, porém não

exclusivamente, pois também pratica atos que, por sua natureza, pertencem à função diversa (AZAMBUJA, 2001, p. 180).

Como se sabe, ao Poder Legislativo cumpre prioritariamente legislar, de forma genérica e abstrata, sobre tema de interesse da sociedade, regulando as condutas do povo. Essa função primordial não impede que, atipicamente, esse poder possa desempenhar funções administrativas e judicantes. No primeiro caso, cita-se a análise dos direitos e deveres de servidores a ele vinculados e, no segundo, destaca-se o exercício jurisdicional, quando processa e julga, através do Senado federal, o presidente e o vice-presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os ministros de Estado e os comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (art. 52, I, da Constituição Federal). Cabe ainda ao Senado Federal processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II).

O Poder Judiciário exerce, precipuaente, a função jurisdicional e, atipicamente, a função administrativa quando, *verbi gratia*, regula o horário de funcionamento de suas dependências, concede férias, licenças e outros afastamentos aos magistrados e servidores (art. 96, I, *f*, da Constituição Federal). Realiza também a função legislativa, ainda que negativamente, quando declara a inconstitucionalidade de uma lei com a constituição ou, positivamente, quando edita o regimento interno de seus tribunais (art. 96, I, *a*).

Já o Poder Executivo tem como função precípua, no regime presidencialista, a chefia do Estado, do governo e da administração, coordenando a máquina do Estado e realizando políticas públicas para a população. Porém, exerce a função legislativa, quando edita medida provisória com força de lei (art. 62, da Constituição Federal) ou a função judicante, quando julga processos administrativos, apreciando matérias apresentadas em petições e recursos. Tal exemplificação serve para demonstrar que a complexidade do Estado moderno inviabiliza a adoção de uma concepção estanque das funções estatais, haja vista a necessidade de serem estas interdependentes e harmônicas. A moderna concepção das funções estatais deve ser admitida de maneira flexível e de forma a não concentrar poderes em qualquer dos órgãos.

A divisão dos poderes do Estado não deve ser vista como absoluta. Não se pode, “num conservadorismo míope, traçar contornos absolutos à supremacia do Legislativo e à visão clássica francesa do princípio da separação de poderes, utilizando-o como um anteparo a impedir a concretização de direitos fundamentais” (BARROS, 2008, p. 136). Assim, na

hipótese de abusos cometidos na administração da coisa pública, ante, por exemplo, a não efetivação de direitos fundamentais concernentes ao mínimo existencial para o indivíduo, impõe-se a atuação proativa do Poder Judiciário.

O conteúdo normativo da constituição e a necessidade de realização dos direitos fundamentais impedem a sobreposição do Poder Executivo ou Legislativo no sentido de simplesmente ignorarem as previsões normativas. Nesse contexto, cabe ao Judiciário, após regular provocação do Ministério Público, de entidades do terceiro setor ou de prejudicados em geral, atuar proativamente no sentido de evitar a omissão arbitrária de qualquer desses poderes políticos.

A necessidade de dar eficácia, mesmo que gradualmente, aos direitos programáticos leva o Poder Judiciário a também ser protagonista na execução das políticas públicas. Essa exigência revela uma nova dimensão da teoria da separação dos poderes, no sentido de permitir sua interferência nas ações dos órgãos políticos em prol da promoção do espírito geral de realização dos direitos fundamentais. Essa atuação acarreta a redução substancial da discricionariedade do poder público. Nesse sentido, transcreve-se a lição de Barcellos (2007, p. 3):

Nem a separação dos poderes nem o princípio majoritário são absolutos em si mesmos, sendo possível excepcioná-los em determinadas hipóteses, especialmente quando se tratar da garantia de direitos fundamentais ou da dignidade da pessoa humana que eles, direta ou indiretamente, buscam também promover. Mais que isso, não haveria sentido algum em interpretar esses dois princípios contra seu próprio fim, mantendo, a pretexto de respeitá-los, situações de reconhecida e indisputada indignidade.

Não é em todas as hipóteses que se revelará possível a relativização do princípio clássico que assegura aos representantes eleitos, dotados de legitimidade democrática, a definição dos destinos da sociedade. Essa relativização só será possível nas hipóteses em que não se mostrar razoável e proporcional a omissão do poder público na garantia de direitos, notadamente através de políticas públicas.

O princípio da proporcionalidade será a baliza reguladora para a atuação jurisdicional na realização de direitos fundamentais não assegurados pelo poder público. Esse princípio busca evitar que haja um ativismo judicial excessivo, com potencial para quebrar a autonomia dos Poderes Legislativo ou Executivo. O Poder Judiciário não pode substituí-los no estabelecimento de prioridades para políticas públicas, por serem representados por pessoas que ostentam a legitimidade de um mandato para a defesa dos interesses da coletividade.

Nesse caso, o excesso e o uso ilimitado das competências conferidas ao Poder Judiciário implicariam ofensa em uma ofensa ao princípio da separação das funções estatais.

Na realidade brasileira, é interessante destacar que a judicialização da política ocorreu a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal, notadamente após o advento da Carta Magna de 1988. A denominada Constituição Cidadã consagrou inovações e avanços, ao prever um extenso rol de normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, muitos dos quais demandam uma atuação do Estado com a formalização e execução de políticas públicas. Entre outras inovações, a Carta Magna de 1988 adotou a já consolidada concepção do *due process of law* no aspecto formal: ampla defesa, contraditório e demais garantias processuais. No aspecto material, possibilitou ao aplicador da lei debruçar-se sobre aspectos relacionados à razoabilidade da lei e à proporcionalidade dos encargos que ela acarreta (FERREIRA FILHO, 1994, pp. 8-9).

Além destas, podem-se destacar outras alterações apontadas também por Ferreira Filho (1994, pp. 8-9): a) criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para as hipóteses de inércia do poder público em editar atos normativos ou administrativos para viabilizar a efetivação de normas constitucionais; b) ampliação do elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da Constituição Federal); c) criação do mandado de injunção, para viabilizar o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, sempre que a falta de norma regulamentadora impossibilite o exercício desses direitos (art. 5º, inciso LXXI); d) alargamento das hipóteses aptas a ensejar o ajuizamento de ação popular, a qual abrange a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, além do patrimônio público ou entidade de que o Estado participe (art. 5º, inciso LXXIII). Outra inovação importante foi trazida pela Emenda Constitucional nº 03/1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, com o objetivo de dirimir dúvida acerca da constitucionalidade de normas federais em que exista controvérsia relevante sobre sua aplicação (art. 102, I, a, CF). Acrescente-se, por fim, a ampliação do elenco de atribuições institucionais para o Ministério Público, o qual ganhou *status* de função essencial da justiça, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Essas alterações na ordem constitucional brasileira possibilitaram uma verdadeira reestruturação da função judicante, a partir de uma ruptura em relação ao modelo tradicional de atuação do Judiciário. O novo sistema permitiu uma abertura para a atuação mais proativa

e ativista dos magistrados em favor da efetivação das normas constitucionais, notadamente as que preveem direitos fundamentais. Essa espécie de atuação, sem dúvida, aproxima o campo político do jurídico, na medida em que propicia uma participação mais ativa dos magistrados em questões não tipicamente jurídicas.

Exemplos desse novo modelo de atuação do Judiciário na realidade brasileira são as recentes demonstrações de ativismo adotadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise dos limites de sua atuação em relação à competência dos demais poderes da República e à efetivação dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, acórdão paradigmático foi prolatado pelo plenário do STF, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452, relatado pelo ministro Celso de Mello, e assim ementado:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO (CF, ART. 58, §3º). LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. POSSIBILIDADE DE A CPI ORDENAR, POR AUTORIDADE PRÓPRIA, A QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DELIBERATIVO. DELIBERAÇÃO DA CPI QUE, SEM FUNDAMENTAÇÃO, ORDENOU MEDIDAS DE RESTRIÇÃO A DIREITOS. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.

(...)

O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES.

- A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal.

- O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República.

O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO.

- O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufocuem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao

Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.

OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS NEM ABSOLUTOS.

- Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes.

(...)

(MS 23452, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

Nessa decisão, o STF consagrou a supremacia normativa da Constituição Federal, consignando que nenhum dos poderes da República encontra-se acima dela. É essa submissão aos preceitos constitucionais que justifica o controle jurisdicional de atos que desrespeitem a lei fundamental, ainda que emanados diretamente do Congresso Nacional ou de qualquer de seus órgãos internos.

Todos os limites das competências dos órgãos estatais encontram-se estabelecidos na Carta Magna e nas leis que a regulamentam, não havendo poderes absolutos. Nessa conjuntura, ganham relevo os direitos fundamentais dos cidadãos, os quais devem ser efetivados por ações propositivas do Estado, podendo ser afetados apenas nos limites estabelecidos na constituição. Instituída com o propósito de evitar arbitrariedades e conservar as liberdades do cidadão, a divisão de poderes não pode servir como manto protetor de comportamentos omissivos ou comissivos abusivos por parte de qualquer agente do poder público ou instituição estatal.

Na hipótese de não adoção de políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais, a exemplo da saúde, educação, saneamento básico, habitação, entre outros, torna-se legítima a intervenção do Judiciário para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, conforme decidiu o STF. Em tais situações, não há que se falar em transgressão ao princípio da separação dos poderes, haja vista que o exercício da jurisdição se volta para garantir a efetividade e o respeito às normas constitucionais.

A moderna distribuição de poderes entre as funções estatais, fulcrada na teoria do *check and balances*, não permite a formação de instâncias hegemônicas de poder na estrutura do Estado. O objetivo maior da separação das funções do Estado consiste em evitar a concentração de poderes e a eventual “dominação institucional de qualquer dos poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional”, como se observa no acórdão prolatado pelo STF. Assim, cabe ao Poder Judiciário, sem ferimento ao princípio da separação de poderes, o dever de controlar os excessos porventura cometidos por qualquer das esferas governamentais.

Em recente decisão, prolatada no final do ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal, abordando a questão do limite da competência dos poderes estatais, assentou ser admissível que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, possa determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que tal interferência acarrete violação ao princípio da separação dos poderes, haja vista que não se trata, segundo aquela Corte, de ingerência ilegítima de um poder na esfera de outro (STF, ARE 635679) <sup>5</sup>. Na ocasião, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás, pleiteava-se a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e em cumprimento às normas que regulam o serviço público de ensino, de modo a fazer com que esse serviço fosse prestado com qualidade.

No mesmo sentido, quando do julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com o agravo nº 639.337, a segunda turma da Suprema Corte, em voto da lavra do ministro Celso de Mello, consignou a obrigatoriedade de disponibilização de vaga em unidades de ensino infantil próximas da residência ou do endereço de trabalho dos responsáveis legais, sob pena de multa diária contra o município de São Paulo. No voto, restou decidido que há um dever estatal consistente na obrigação de respeitar os direitos das crianças, os quais estão assegurados em nível constitucional, especialmente nos art. 208, IV, e art. 211, § 2º, todos da Constituição Federal.

---

<sup>5</sup> STF: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Constitucional. Poder Judiciário. Determinação para implementação de políticas públicas. Melhoria da qualidade do ensino público. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido. (ARE 635679 AgR, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 06/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 03-02-2012 PUBLIC 06-02-2012).

Nessa decisão, chancelou-se a legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário na hipótese de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Carta Magna, sob o fundamento de haver a necessidade de promoção de uma compreensão global acerca do direito à educação, de forma a entender a educação infantil como uma prerrogativa constitucional indisponível, apta a gerar uma imposição efetiva ao poder público. A este cabe criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de até cinco anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. Caso tais condições não fossem implementadas, configurar-se-ia inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo poder público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.” (STF, ARE 639.337 AgR)<sup>6</sup>.

No caso das políticas públicas relacionadas à promoção da educação infantil, o STF entende que o juízo de discricionariedade dos poderes políticos resta reduzido. Portanto, não são válidas alegações de limites financeiros para a não adoção das políticas públicas definidas constitucionalmente, tendo em vista o caráter vinculante das previsões constitucionais que asseguram o direito à educação infantil. Situação como essa representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do ente estatal competente, no sentido de impedir condutas que, baseadas em juízo de simples conveniência e oportunidade, comprometem o mencionado direito básico de índole social.

No mesmo sentido, o STF também decidiu pela impossibilidade de omissão estatal no que concerne ao dever de promover o transporte escolar de alunos da rede estadual de ensino. Em sede de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com o objetivo de compelir o citado Estado a repassar verbas ao Município de Benedito Novo para o transporte de alunos da rede estadual de ensino, restou consignado que a educação é direito fundamental, sendo dever do poder público propiciar meios que viabilizem seu exercício. Tal decisão foi assim ementada:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO.

1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no

---

<sup>6</sup> O inteiro teor do voto proferido por ocasião do julgamento do ARE 639.337 AgR – STF está disponível no endereço eletrônico < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>.

sentido de que "[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental[...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional". Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 603575 AgR, Relator: Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-05 PP-01127 RT v. 99, n. 898, 2010, p. 146-152).

No que concerne aos limites para o exercício da função judicante em relação ao controle de políticas públicas a serem adotadas pelos poderes políticos, tema recorrente na doutrina e na jurisprudência é aquele relativo ao fornecimento de medicamentos que envolvem o dispêndio de elevados custos financeiros ao erário, em favor de pacientes que sofrem de doenças e não possuem poder aquisitivo para adquirir esses remédios.

Nesse caso, da mesma forma como ocorre em relação ao direito à educação, o STF entende ser “possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo” (STF, AI 734.487). Logo, é inquestionavelmente admitida a intervenção do Poder Judiciário na fixação e implementação de políticas públicas quando os poderes políticos se mantiverem omissos no cumprimento dos deveres constitucionalmente estabelecidos.

No entanto, essa atuação não pode ocorrer de maneira desarrazoada, a ponto de se tornar perniciosa para a organização estrutural dos poderes no Estado democrático de direito. O Judiciário não pode se arvorar na condição de superpoder capaz de resolver todas as demandas que lhe forem propostas a partir da determinação imediata da realização de políticas públicas, independentemente da consideração acerca dos custos e da necessidade de universalização de serviços públicos essenciais.

Da mesma forma, não se pode ignorar a necessidade de efetivação dos princípios constitucionais que asseguram direitos fundamentais. Apenas o caso concreto, com base na análise de todas as variantes envolvidas na contenda, permitirá identificar qual o princípio a ter predominância na demanda. Nessa análise, o princípio da proporcionalidade servirá como instrumento orientador para a solução da colisão de princípios, a partir da aplicação dos citados elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com efeito, apenas o caso concreto *sub examine* possibilitará ao intérprete e julgador ponderar se deverá ocorrer a prevalência do princípio constitucional da separação das funções estatais, com a conseqüente predominância da reserva de competência dos poderes políticos para a escolha e fixação prioritária de políticas públicas. Ou, ao contrário, se é atribuída predominância ao também princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a ser assegurado a partir da implementação de políticas públicas que demandam a destinação de verbas públicas. À primeira vista, o debate pode parecer sem fundamento, pois a lógica recomendaria a predominância da dignidade da pessoa humana em detrimento de uma mera formalidade para a conservação das atribuições políticas dos poderes do Estado quando o objetivo maior estabelecido na constituição seria a efetivação de políticas públicas. Todavia, a análise mais aprofundada do tema revela uma questão bem mais complexa.

O debate envolve a priorização de metas constitucionais a serem efetivadas através de políticas públicas. Tais metas se contrapõem, em razão da limitação material dos recursos estatais quando comparada à demanda pela prestação de serviços públicos necessários à concretização de direitos, notadamente os direitos fundamentais. Em tese, a prerrogativa para o estabelecimento e a implementação dessas políticas públicas competiria exclusivamente aos poderes políticos do Estado. No entanto, a necessidade de concretização em gradação cada vez mais elevada dos direitos fundamentais acarreta a possibilidade de se ponderar se determinada política pública, embora aprovada pelos órgãos políticos, não deveria ser implementada até que metas prioritariamente previstas pelo constituinte originário tenham sido atingidas. Tal debate passa pela indagação acerca de qual política pública há de ser considerada prioritária em relação à outra.

Como ressaltado anteriormente, e como resta consagrado no entendimento do Supremo Tribunal Federal, os detentores do poder político estatal não possuem plena discricionariedade no estabelecimento de políticas públicas, haja vista a existência de objetivos fundamentais a serem progressivamente atingidos em razão da normatividade e imperatividade dos princípios constitucionais. É indubitável que as decisões do poder público acerca da definição de políticas públicas podem e devem ser submetidas a controle jurídico, haja vista que toda ação estatal encontra-se vinculada à constituição em geral e a seus fins em particular (BARCELLOS, 2007, p. 16).

A assertiva genérica de que os fins constitucionais concernentes às políticas públicas podem ser resumidos nas ideias de efetivação da dignidade da pessoa humana e na promoção dos direitos fundamentais não é suficiente para que se possam estabelecer, através de

parâmetros objetivos, os limites para a atuação do Poder Judiciário em relação à consecução de políticas públicas. Há que se indagar, de um lado, o que se depreende do texto constitucional como atividade juridicamente vinculada e, de outro, o que se encontra reservado à alçada exclusiva da decisão política. Cumpre, igualmente, indagar quais seriam objetivamente as metas gerais de promoção de direitos fundamentais que o poder público estaria especificamente obrigado a cumprir em caráter prioritário, situação que, na prática, autorizaria o exercício pleno do controle jurisdicional sobre as políticas públicas.

O cumprimento do dever constitucional de concretização da dignidade da pessoa humana e de direitos fundamentais promove a existência de embates entre os diversos direitos, também fundamentais, que pleiteiam efetivação num cenário de limitação material de recursos financeiros. Afinal, a demanda por políticas públicas sempre será superior à capacidade financeira estatal. Nesse contexto, mostra-se imperiosa a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento apto a estabelecer parâmetros objetivos para a definição da política pública a ser considerada como prioritária. Tal situação pode servir como fundamento para ensejar a intervenção do Poder Judiciário no sentido de limitar a discricionariedade dos poderes políticos na fixação das políticas públicas, sem que se promovesse uma limitação indevida à autonomia dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Em situações extremadas, tal análise poderia ser balizada pela lógica do senso comum. A título de exemplo, não seria proporcional nem razoável deixar de se aplicar recurso público para a construção de uma unidade de tratamento intensivo em hospital público, priorizando-se a aquisição de veículos mais luxuosos para o transporte dos dirigentes desse hospital. No entanto, há situações concretas em que pode ocorrer embate entre direitos fundamentais de equivalente magnitude. Tal fato torna a atividade do aplicador da lei mais complexa, sendo, nesse particular, o princípio da proporcionalidade elemento apto a delinear a solução mais justa e equânime a ser adotada. Casos emblemáticos são debatidos frequentemente na doutrina e na jurisprudência, sendo comum o argumento da impossibilidade de interferência do Judiciário em relação a determinadas matérias, sob a alegação de necessidade de respeito à tripartição e à autonomia das funções estatais.

Um dos debates mais acalorados consiste na questão do fornecimento de medicamentos de alto custo para pacientes que não possuem condições econômicas para pagá-los e que se encontram acometidos de doenças graves. Nesse caso, a controvérsia reside na melhor aplicação dos recursos públicos destinados à saúde. Há, sem dúvida, a necessidade de atendimento imediato de uma demanda que pleiteia o fornecimento de um medicamento de

elevado custo para um paciente em situação grave. Entretanto, existe também a imperiosa necessidade de manutenção adequada do sistema de saúde pública, com o fornecimento de serviços e atendimento adequado para toda a população dependente desse sistema.

Com efeito, ante a elevada diversidade de pessoas que necessitam de ser atendidas no sistema público de saúde e a complexidade e peculiaridade de cada situação, há de se verificar se é proporcional a destinação de elevada quantia de recursos públicos para o atendimento de uma única demanda. Nesses casos, o STF entende que a concretização de direitos que acarretem uma implantação onerosa deve obedecer ao seguinte binômio: razoabilidade da pretensão individual ou social em face do poder público e existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as políticas públicas.

Nesse seara, a aplicação do princípio da proporcionalidade servirá como instrumento norteador, capaz de balizar a decisão do poder público, a partir do estabelecimento dos já destacados critérios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – que tornarão a decisão estatal mais justa. Com efeito, no caso concreto, no exercício do controle jurisdicional, o julgador poderá verificar qual direito há de merecer preponderância através da efetivação de políticas públicas, a partir da aplicação dos elementos integrantes do princípio da proporcionalidade. Assim, através da análise da adequação, o intérprete observará se a medida pleiteada será apta a promover ou pelo menos fomentar a promoção do direito fundamental vindicado. No caso do fornecimento de medicamentos, caberia ao hermeneuta verificar se o fornecimento do fármaco pleiteado promoveria a cura ou possibilitaria um tratamento ou a sobrevida do paciente.

Em relação ao elemento “necessidade”, compete ao hermeneuta aferir se a política pública ou a medida estatal solicitada poderia ser promovida, com igual intensidade, por outro ato que limitasse em menor medida o direito fundamental a ser atingido no conflito. Ainda tomando como exemplo o caso do fornecimento de medicamentos de alto custo, competiria ao órgão julgador verificar se existiria no mercado medicamento capaz de produzir efeitos idênticos ao fármaco pleiteado com custos mais reduzidos.

No que concerne a essa temática, o Conselho Nacional de Justiça levou em consideração a necessidade de concretização de direitos fundamentais e a profusão de demandas judiciais relativas ao direito à saúde de um lado, e o forte impacto dos dispêndios decorrentes da concretização desse direito no orçamento público, do outro. Com base nessa constatação, editou a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010. Tal Resolução instituiu, no âmbito do CNJ, o Fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de

assistência à saúde. O objetivo é elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, bem como para o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Antes da edição dessa norma e como medida que colaborou para a sua feitura, o Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública, com o fito de debater questões relativas às demandas judiciais que objetivam prestações de saúde.

Por fim, no que tange à proporcionalidade em sentido estrito, cabe ao intérprete ponderar entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colida e que sirva como fundamento para a adoção da medida restritiva. Em outras palavras, ante a escassez de recursos públicos e a necessidade de implementação máxima dos ditames constitucionais relacionados aos direitos fundamentais, cabe ao julgador, na análise de ação judicial em que se debate o controle jurisdicional sobre políticas públicas, realizar a ponderação entre os direitos envolvidos no conflito.

Nesse caso, haverá desproporção em sentido estrito se os motivos que fundamentam a adoção da medida não tiverem peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. No caso do fornecimento de medicamentos de alto custo, o STF tem analisado a questão, levando em consideração o já citado binômio: razoabilidade da pretensão individual ou social em face do poder público e existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as políticas públicas.

### **3.2.2 Reserva do possível: necessidade de conciliação com o mínimo vital e superioridade normativa da constituição**

A concepção de mínimo existencial está diretamente associada à ideia de dignidade da pessoa humana, revelando-se como um conjunto de garantias cuja finalidade é assegurar a fruição de direitos tidos como basilares para a existência digna do ser humano. Nesse núcleo situam-se os direitos de primeira geração, relacionados às liberdades fundamentais, os de segunda, ligados aos direitos sociais, econômicos e culturais (prestações positivas do Estado), bem como, mais recentemente, os direitos de terceira e quarta gerações.

Esse núcleo compreende, pois, direitos que se inserem como condições básicas para uma vida digna (mínimo existencial). Por sua forte ligação com a ideia de dignidade humana, esses direitos devem ter aplicabilidade imediata e direta. Por mínimo existencial, resultante de preceitos de ordem constitucional (art. 1º, III; art. 3º, III), compreende-se, segundo o ministro Celso de Mello:

(...) um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. (ARE 639337 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125)

Por reserva do possível - ou cláusula da reserva do possível - entende-se a limitação de ordem material à efetivação dos direitos que demandam custos financeiros para o Estado, consubstanciada na inexistência de recursos para a concretização do direito demandado. Ante o dever de realização progressiva e constante dos direitos sociais, econômicos e culturais, é vedado ao poder público alegar a incapacidade financeira para a realização dos referidos direitos, utilizando-se de argumentos genéricos.

Com efeito, não se admite a manipulação indevida da atividade financeira ou político-administrativa estatal, com o fito de criar obstáculo que “revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.” (STF, ADPF 45). Devem, portanto, ser demonstradas circunstâncias concretas e objetivas que impeçam o atendimento de demandas que objetivem prestações essenciais. O poder público deve comprovar cabalmente a incapacidade econômico-financeira para a implementação de determinado direito, justificando a não efetivação do comando encartado na norma ápice.

Observa-se, assim, que os condicionamentos determinados pela cláusula da reserva do possível ao processo de concretização dos direitos de segunda geração têm dupla face. Traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do poder público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas.

Com o advento do Estado social, surgiram também os direitos que demandam prestações positivas do poder público, a exemplo de fornecimento dos serviços de saúde, saneamento básico, educação, medicamentos, entre outros. A efetivação desses direitos requer o dispêndio de recursos públicos, passando, assim, a haver maior preocupação com a questão orçamentária e a disponibilização de recursos públicos para promover os referidos direitos.

A implementação de direitos sociais difere da observância aos direitos liberais de primeira geração, os quais, para serem efetivados, demandavam, em regra, a simples abstenção de intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos. Já a efetivação dos direitos sociais acarreta a necessidade de destinação de recursos públicos, que são escassos ante a infinidade de necessidades da sociedade.

O estabelecimento das metas e o volume de recursos a serem investidos para o suprimento dessas necessidades competem à sociedade, através de seus representantes legais, por meio do ordenamento jurídico. Assim, observa-se que a disponibilidade dos recursos públicos para determinadas políticas públicas está, a priori, localizada no campo discricionário das decisões políticas do Estado, as quais se materializam na composição dos orçamentos. Com efeito, a depender do perfil político-ideológico do governo de determinado Estado, poderão ser priorizadas determinadas políticas públicas em detrimento de outras. A título de exemplo, um governo de esquerda, em tese, investiria mais recursos públicos para a promoção da diminuição das desigualdades sociais, enquanto uma administração liberal destinaria mais verbas para a promoção do crescimento econômico e a difusão dos mercados.

Todavia, cumpre destacar que, na realidade brasileira a partir de 1988, a Constituição estabeleceu prioridades, elencadas como objetivos fundamentais a serem perseguidos pelo poder público. Tais objetivos devem ser atingidos, independentemente do perfil do governo, haja vista que foram traçados como metas do Estado, devendo toda a estrutura estatal se voltar para a sua concretização. Logo, em razão do estabelecimento dessas metas prioritárias e fundamentais do Estado, não há completa liberdade dos poderes políticos para incluírem em seu planejamento orçamentário o que bem entenderem. Nesse sentido, assinala Scaff (2006, p. 124):

O legislador, e muito menos o administrador, não possuem discricionariedade ampla para dispor dos recursos como bem entenderem. Existem vários tipos de limite a essa liberdade do legislador para utilizar os recursos públicos. Ela é conformada pela supremacia da Constituição.

As limitações à liberdade dos gastos públicos são efetivadas em prol da priorização na efetivação dos direitos fundamentais que demandam prestações positivas e dispêndio de recursos pelo Estado. As escolhas das ações estatais recebem influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Portanto, as escolhas em matérias de gastos públicos não constituem tema integralmente reservado à deliberação política, sendo, pelo contrário, ponto que recebe incidência de normas jurídicas constitucionais (BARCELLOS, 2007, pp. 11-12).

Tais limitações ocorrem tanto no âmbito da receita como da despesa, compreendendo os aspectos formal e material. No âmbito da receita, a limitação ocorre porque não é dado ao Estado retirar recursos da sociedade sem a obediência às normas e princípios constitucionais. Por exemplo, no campo do direito tributário, devem ser respeitados os princípios da irretroatividade, da anterioridade e da reserva legal tributária, entre outros.

No que concerne à despesa, a Constituição Federal estabelece limitações no sentido de impedir que os gastos públicos sejam realizados de maneira livre e irrestrita, ao sabor dos interesses dos legisladores e administradores. Esses limites podem ser formais, a exemplo da limitação de gastos com pessoal (art. 196), obrigatoriedade de gastos com saúde (art. 198, §§ 2º e 3º) e com educação (art. 212), existindo ainda as exceções ao princípio da não afetação (art. 167, IV).

Os limites também podem ser materiais. Com base nesses limites, o uso dos recursos públicos deve estar em consonância com a busca de efetivação dos objetivos fundamentais da República (art. 3º). Sobre esses requisitos, SCAFF (2006, p. 125) esclarece:

É imprescindível que sejam realizados gastos públicos em direitos fundamentais sociais, a fim de permitir que as pessoas possam exercer sua liberdade jurídica obtendo condições de exercer a sua liberdade real. Logo, os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com suas livres consciências, de forma desvinculada aos objetivos definidos pela Carta, especialmente em seu art. 3º.

Portanto, num Estado democrático de direito, comprometido com a superioridade normativa da constituição e com a efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, deve haver sérias limitações à liberdade de destinação das verbas públicas pelos poderes políticos. O poder público deverá empenhar-se na persecução dos objetivos fundamentais traçados na Carta Magna, a partir da mobilização da estrutura estatal, destinando-se os necessários recursos públicos.

Nesse contexto, justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, quando constatada hipótese de abuso governamental, a configurar exercício arbitrário das liberdades políticas constitucionais, comprometendo a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Tal controle efetivar-se-á, notadamente, através da jurisdição constitucional, atribuída, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, deve ser consignado que a intervenção do Judiciário em prol da realização de direitos fundamentais asseguradores do mínimo existencial para o indivíduo não poderá ocorrer em quaisquer hipóteses ou condições. Uma intervenção generalizada geraria graves consequências para a organização do Estado e para a consecução de outras políticas públicas igualmente importantes e necessárias à efetivação de outros direitos também fundamentais.

Portanto, impõe-se traçar parâmetros para que a intervenção judicial sobre a destinação de verbas para a garantia de benefícios não afete os programas de governo. É o caso de determinado beneficiário, geralmente responsável pela propositura da ação judicial, com o fito de que o Estado adote uma conduta positiva em relação à determinada situação, a exemplo do fornecimento de medicamento, destinação de vaga em estabelecimento de ensino público etc. Essa individualização iria comprometer o sistema de efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais, prejudicando, assim, outros destinatários de políticas públicas. Nesses casos, é fundamental a utilização do princípio da proporcionalidade como critério para o estabelecimento dos limites para a intervenção jurisdicional em favor da realização do mínimo existencial. O julgador deve sopesar a razoabilidade da pretensão individual deduzida judicialmente em face do poder público, levando em consideração também a existência de disponibilidade financeira do Estado.

Questão interessante acerca dessa temática foi debatida na suspensão de liminar e de sentença nº 90, julgada pela presidência do Superior Tribunal de Justiça. No caso em análise, o juízo da 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará, analisando pedido de antecipação de tutela em ação proposta por paciente diagnosticado como portador de linfoma de Hodgkin, determinou que a União realizasse, de imediato, depósito de quantia equivalente a U\$ 218.833,33 (duzentos e dezoito mil, oitocentos e trinta e três dólares e trinta e três cents), para fins de pagamento de procedimento médico de transplante de células do cordão umbilical a ser realizado no *MD Anderson Cancer Center*, localizado em Houston, nos Estados Unidos da América. Tal decisão foi ratificada em sua essência pelo Tribunal Regional Federal da 1ª

Região, apenas havendo a restrição do custeio das despesas até o restabelecimento do paciente.

Analisando a matéria em sede de pedido de suspensão de liminar e de sentença, o ministro Edson Vidigal, então presidente daquela Corte Superior de Justiça, entendeu pela suspensão da referida decisão judicial. Em trecho da decisão prolatada, foi ressaltado o seguinte:

A meu sentir a decisão antecipatória reclamada efetivamente afronta a ordem pública administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública. Tenho também por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública e presente o feito multiplicador, mormente porque aqui já aportaram algumas ações iguais, circunstância que pode acarretar irreversível lesão ao erário. A quantia extremamente vultosa, necessária para a realização do transplante do autor da ação no exterior, US\$300.000,00 (trezentos mil dólares), poderia beneficiar um sem-número de pacientes também necessitados de tratamento, já que, conforme assegura a União, além de o Sistema Único de Saúde oferecer condições seguras para a realização do transplante, com equipes médicas e instalações hospitalares adequadas, haja vista encontrar-se o Brasil em posição de destaque mundial no tocante aos procedimentos de transplantes de órgãos, a Lei 8.080/90, restringe a utilização de serviços de saúde conveniados e contratados ao território nacional (arts. 1º e 23). (STJ. SLS 90. Relator: ministro Edson Vidigal. Julgado em 11/02/2005. Publicado em 22.02.2005).

O grande debate, nessa demanda – assim como em diversas outras que aportam nos tribunais pátrios – remete à questão relacionada à reserva do possível, à destinação de elevada quantia de recursos públicos para atendimento à demanda individual por um serviço de saúde e à necessidade de manutenção do funcionamento do sistema de saúde público, para atendimento à população como um todo.

Com efeito, ante a limitação material dos recursos públicos, o ministro Edson Vidigal entendeu por não privilegiar uma situação particular que envolvia o dispêndio de vultosa quantia de recursos públicos. No seu entendimento, essa situação poderia comprometer o orçamento destinado à realização das demais políticas públicas voltadas ao atendimento de demandas relacionadas à saúde da população como um todo. Ademais, a medicina desenvolvida no Brasil, na ótica do ministro, está apta a possibilitar condições seguras para a realização do procedimento médico solicitado, podendo, certamente, permitir atingir resultado idêntico com o dispêndio de menor quantidade de recursos públicos. Em outras palavras, a medida pleiteada não pareceu proporcional ao julgador, não obstante o ministro não tenha mencionado o princípio da proporcionalidade nem tenha explorado os elementos inerentes a este princípio.

No entanto, o não atendimento de medidas necessárias a assegurar o direito à saúde não deve ser visto como regra. Nesse aspecto, é oportuna a observação de Barros (2008, p. 154):

(...) não se pode tomar a exceção como regra. Somente em casos extraordinários, existentes outras alternativas, é que, num juízo de proporcionalidade, pode-se valorizar a reserva do possível, até como meio de permitir o desenvolvimento de políticas públicas em benefício da coletividade. Evidentemente, o espírito individual não pode se sobrepor ao coletivo.

Assim, da mesma forma como ocorre em relação à questão da necessidade de respeito à divisão das funções estatais, o princípio da proporcionalidade será instrumento essencial para compatibilizar a necessidade de implementação do mínimo vital e da superioridade normativa da constituição com a cláusula da reserva do possível. A utilização dos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito permitirá ao julgador exercer o controle jurisdicional sobre políticas públicas com mais critérios. Dessa forma, evitará o exercício arbitrário e exacerbado da jurisdição, preenchendo eventual inércia dos órgãos judicantes em relação à efetivação de direitos fundamentais.

Em síntese, se não forem preenchidos os requisitos aptos a considerar plausível a afirmação de impossibilidade material para o cumprimento do dever de prestação positiva estatal, caberá ao Poder Judiciário determinar a efetivação da realização do direito requerido. Nesse caso, o princípio da proporcionalidade servirá como parâmetro para definir a possibilidade de exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas ou prestações positivas estatais em favor da realização de direitos que demandem ações positivas do poder público.

### **3.2.3 Legitimidade democrática e microvisão do Judiciário**

Ainda como argumento crítico à intervenção do Judiciário no campo das políticas públicas, destacam-se duas teses bastante difundidas: a ausência de legitimidade democrática dos magistrados, alegando-se que não são submetidos ao processo de eleição para preenchimento de cargos, e a questão da visão parcial. Com base no argumento de ausência de legitimidade democrática, defende-se uma intervenção mínima do Poder Judiciário em relação

a temas que sejam relacionados ao campo político. Todavia, com o advento do neoconstitucionalismo e da visão de supremacia e poder normativo vinculante da constituição, a jurisdição passou a desempenhar importante papel no sentido de contrabalançar possíveis inações dos poderes políticos. Essas atitudes ocorrem, notadamente, a partir da omissão no cumprimento de deveres de atuação positiva para a efetivação de direitos sociais estabelecidos na Carta Magna.

De fato, é inegável que os membros do Judiciário não se submetem ao crivo de eleições abertas e majoritárias. Todavia, embora não tenham o respaldo da vontade popular, possuem competência - especialmente o Supremo Tribunal Federal - para sobrepor-se a uma decisão oriunda do Poder Executivo ou do Congresso Nacional, fenômeno esse identificado, na teoria constitucional, como dificuldade contramajoritária. Tal teoria se inspira na seguinte sequência de raciocínio: no regime democrático, todo o poder emana do povo, que o exerce, direta ou indiretamente, através de seus representantes eleitos. Nesse cenário, como se justificar o poder de invalidação, através da atuação de agentes públicos não eleitos, de decisões emanadas daqueles que exercem mandato popular a partir de escolhas realizadas pelo povo?

Há duas justificativas para a atuação do Judiciário no campo político: uma de natureza normativa e outra de ordem filosófica. O fundamento normativo consiste na alegação objetiva de que o poder constituinte originário reservou essa atribuição ao Poder Judiciário e, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal, consignando-lhe parcela do poder político do Estado. De fato, na configuração estrutural da maior parte dos Estados democráticos, foi reservada uma parcela do poder político para ser exercida por servidores públicos cujo critério de seleção não ocorreu pelas vias do processo eleitoral. A esse respeito, enfatiza Barroso (2003, p.11):

De acordo com o entendimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação dos Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica.

Hodiernamente, não mais se justifica a atuação judicante na forma da concepção predominante no liberalismo clássico implantado após a Revolução Francesa. No novo modelo de Estado, a efetivação da justiça e a normatividade dos preceitos constitucionais traduzem maior grau de liberdade de atuação para o Judiciário, destacando-se o exercício do

controle sobre políticas públicas. Tal liberdade de atuação se potencializa a partir da existência, no ordenamento jurídico, de expressões vagas, indeterminadas e fluidas, cujo propósito é evitar o engessamento da atuação judicante. Expressões como dignidade da pessoa humana, boa-fé objetiva e direito de privacidade tornam o magistrado copartícipe do processo de criação e densificação do direito.

O fundamento de ordem filosófica parte da análise da expressão “Estado constitucional democrático”, produto de duas ideias conjugadas e complementares, a saber: a) o constitucionalismo como visualização do exercício do poder estatal de forma limitada e com respeito aos direitos e garantias dos cidadãos, exercido sem arbitrariedades ou caprichos por parte dos detentores do múnus público; b) a democracia como representação do exercício do poder pelo povo, direta ou indiretamente, tendo por fundamento e premissa a harmonia com a vontade da maioria. Discorrendo sobre essa temática, enfatiza Barroso (2003, p. 9):

Por essa razão, a constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. (...) Aí está o segundo papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

Exercendo a função de intérprete da constituição, na realidade jurídica brasileira, o Supremo Tribunal Federal desempenha função de inegável cunho político, imiscuindo-se, em muitos casos, em temas que, dentro de uma visão superficial, seriam de alçada reservada aos poderes políticos do Estado. Com efeito, o Estado de direito caracteriza-se pelo fato de o exercício do poder político estar submetido a regras jurídicas. Ainda mais, num Estado de direito constitucional regido por uma constituição rígida, a submissão será muito mais ampla. É que se necessitará de procedimento especial para alterar normas constitucionais. E, em alguns casos, tais alterações não se mostram possíveis, haja vista existirem cláusulas pétreas, a exemplo do § 4º do art. 60 da Constituição brasileira.

Essa normatividade constitucional plena acarreta a limitação da discricionariedade para a atuação da força política majoritária ordinária. Mas isso não significa dizer que inexista espaço autônomo de deliberação acerca da definição dos destinos do Estado, notadamente no campo da definição e implementação de políticas públicas, a fim de efetivar direitos fundamentais. Sobre essa temática, convém transcrever lição de Barcellos (2007, p. 14):

Em um Estado democrático, não se pode pretender que a constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as

decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e os operadores do direito em geral. (...) Se a constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma não se trata de absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo.

Tais concepções, à primeira vista, podem parecer contraditórias. No entanto, refletem a aparente colisão entre princípios de hierarquia constitucional, situação que exige a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério para solução. Assim, a legitimidade democrática dos membros dos poderes políticos do Estado apenas se justifica quando esses agentes estiverem agindo em respeito aos ditames constitucionais. O argumento do respaldo oriundo do mandato popular não se sobrepõe ao dever de cumprimento dos ditames constitucionais, haja vista que há um elenco mínimo de direitos que devem ser efetivados independentemente de quem se encontre comandando a elaboração e execução de políticas públicas.

A legitimidade do Judiciário para atuação em prol da efetivação de direitos fundamentais se justifica justamente pelo fato de este Poder ser o porta-voz da vontade juridicamente estabelecida pelo constituinte originário na Carta Magna. Tal prerrogativa decorre da existência de previsão de elenco mínimo de direitos de necessária aplicação, coberto por princípios dotados de completa normatividade. A atuação judicante em favor da realização de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais nada mais é do que a efetivação da vontade do constituinte originário, que definiu objetivos fundamentais para o Estado. Tais objetivos não podem ficar a depender da vontade de maiorias parlamentares e de mandatários executivos momentâneos, por mais legitimados que possam ser considerados.

Além da questão da normatividade dos princípios, o crescimento da atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas é determinado por diversos fatores, dentre eles, a democratização do processo, a ampliação do elenco de legitimados para a propositura de ações de interesse coletivo, a valorização dos direitos e interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos, bem como, e em especial, a lacuna deixada pelos órgãos de representação política. Tal lacuna é decorrente da crise de legitimidade dos representantes políticos, desgastados no seio social pela corrupção, clientelismo, fisiologismo e outras práticas nada abonadoras.

Com efeito, recentemente, na realidade político-institucional brasileira, observa-se que o Supremo Tribunal Federal passou a decidir matérias cujo foco de debate deveria estar, pelo menos em tese, no âmbito do Congresso Nacional. Tal ativismo decorre da ausência de cumprimento pelos órgãos políticos de seu respectivo papel institucional, inércia esta que faz com que a sociedade tenha que provocar o Poder Judiciário, para que lhe sejam fornecidas respostas a situações relacionadas a políticas públicas, moralidade administrativa, prestação de serviços públicos etc.

Como exemplos de provocações do Judiciário para decidir acerca de temáticas não regulamentadas pelos poderes políticos, podem-se citar a questão da greve e do nepotismo no serviço público. Nesses casos, a Corte Suprema, na prática, legislou sobre estas matérias.

O princípio da proporcionalidade, como critério definidor do limite para o exercício do controle jurisdicional sobre políticas públicas, servirá como parâmetro para evitar que - sob o pretexto de atuar em lacunas dos poderes políticos, notadamente para assegurar a efetivação de direitos fundamentais - o Judiciário se arvore em poderes que tendam à arbitrariedade, ferindo os limites necessários à manutenção da autonomia e harmonia dos poderes do Estado.

Ademais, é de ressaltar que o Poder Judiciário, quando atua no exercício do controle sobre políticas públicas, deve ser cauteloso e sereno, pois apenas os órgãos técnicos do Poder Executivo e, em alguns casos, do Poder Legislativo, possuem capacidade para estabelecer a distribuição de recursos e serviços de forma a otimizar e tornar o máximo ampliada a atuação das políticas públicas. A microvisão do Judiciário, atuando em casos isolados e, em algumas hipóteses, sem a necessária quantidade de informação sobre a situação macro das políticas públicas, pode acarretar uma distorção, no sentido de garantir a execução de serviços para determinadas pessoas ou grupos em detrimento de um conjunto de pessoas tão necessitadas quanto ou até mais necessitadas.

É preciso que se estabeleça uma macrovisão do problema, de forma a não prestigiar desarrazoadamente situações individualmente consideradas. Nesse viés, o princípio da proporcionalidade, com a aplicação dos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, traçará as diretrizes para que o julgador evite ativismos exacerbados ou, n'outro norte, adote condutas inertes, aptas a tonar letra morta objetivos fundamentais constitucionalmente estabelecidos e costumeiramente desrespeitados pelos órgãos políticos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As políticas públicas surgiram como uma forma de dinamizar a atuação do poder público na consecução das tarefas que são inerentes à sua competência, tornando-a mais profissional e efetiva. Com isso, é possível promover, de maneira mais eficaz, a satisfação do bem comum, que é o objetivo fundamental do Estado. A depender de vários fatores, dentre eles, o perfil do Estado, é possível identificar uma maior ou menor ênfase em determinadas políticas públicas, seja de cunho social, desenvolvimentista, liberal etc.

No Estado democrático de direito, a constituição estabelece um elenco de direitos fundamentais aptos a assegurar uma existência digna à população, garantindo-lhe o mínimo vital. Ocorre que tais direitos, muitas vezes, não são efetivados ou são realizados de maneira insatisfatória, quando da consecução das políticas públicas necessárias à sua efetivação. Todavia, ante o caráter de juridicidade e normatividade dos princípios constitucionais, especialmente aqueles referentes aos direitos fundamentais dos cidadãos, há a possibilidade de se exigir do poder público o cumprimento das metas definidas na constituição, que é dotada de superioridade hierárquica e plena imperatividade.

Assim, surge o debate acerca do controle jurisdicional de políticas públicas, decorrente do duelo existente entre o dever de cumprimento das premissas normativas que asseguram direitos fundamentais à população e a atuação muitas vezes omissa ou ineficiente do poder público na consecução desse objetivo. Como questões de fundo desse debate, estão envolvidos temas que remontam à estrutura do Estado, a exemplo da teoria da separação dos poderes, da autonomia e independência dos poderes, além da supremacia, normatividade e efetividade da constituição.

Trata-se de matéria complexa, por envolver o conflito entre os princípios relacionados à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial e aqueles que se relacionam com a organização do Estado e a divisão de poderes. Como solução para esse choque entre preceitos constitucionais, defende-se a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento apto a possibilitar o controle jurisdicional sobre políticas públicas.

Tal princípio permitirá a aferição do preenchimento dos requisitos da proporcionalidade na definição de políticas públicas, a partir do estabelecimento da premissa de que a liberdade de opção política dos representantes da coletividade não é absoluta e, portanto, não está fora do campo de controle pelo Judiciário. A atuação do poder público

jamais poderá neutralizar ou dificultar a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais, de cuja efetividade depende, em muitos casos, a sobrevivência ou a existência digna do ser humano. Nessas hipóteses, será possível a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas, com o objetivo de exigir a consecução dos fins estabelecidos na constituição, sanando, assim, a omissão ou a ineficiência do poder público.

A grande questão consiste em definir as balizas para a atuação do Poder Judiciário, de forma que este órgão não se imiscua, de maneira desarrazoada e demasiada, nas atribuições dos poderes políticos, sob a justificativa de efetivação de direitos fundamentais. Agindo dessa forma, estará ferindo os princípios que organizam a estrutura do Estado, a exemplo da divisão dos poderes, sua harmonia e autonomia.

Assim, o presente trabalho não defende que o princípio da proporcionalidade seja adotado como panaceia apta a solucionar toda a problemática da atuação do Judiciário no cenário constitucional atual, em que predominam o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo. No entanto, é imperioso que sejam estabelecidos critérios mais objetivos e científicos para a atuação do Judiciário no campo político, de forma a não criar um superpoder que venha a inibir a atuação e a competência dos demais poderes do Estado. Da mesma forma, é importante consignar a necessidade de efetivação dos preceitos constitucionais, haja vista a superioridade hierárquica e normativa da Carta Magna. Por essa razão, não se pode admitir a ausência de atuação ou atuação ineficiente do Estado em setores que demandem políticas públicas para a efetivação de direitos fundamentais.

Com efeito, seria uma afronta à constituição admitir a inércia ou a ineficiência da ação estatal na efetivação de direitos necessários a assegurar o mínimo existencial ao indivíduo. Por essa razão, a ordem jurídica atribui ao Judiciário a necessária competência para sanar essa omissão dos poderes políticos. Nesses casos, o princípio da proporcionalidade se mostra um elemento primordial à efetivação de direitos fundamentais através do controle jurisdicional de políticas públicas. A ele, em última instância, compete assegurar o cumprimento do dever institucional do poder público de efetivar a consecução do bem comum.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 2. ed. Tradução de Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Doxa, n. 5, 1988. Disponível em: <  
[http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://213.0.4.19/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf)>  
Acesso em: 15 set. 2011.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Expansão dos instrumentos de jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual. In. OLIVEIRA, Umberto Machado; ANJOS, Leonardo Fernandes dos (Coord.). **Ativismo judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Salvador: **Revista Diálogo Jurídico**. Ano 1, V. 1, n. 4, jul, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano I, n. 1, pp. 1-20, 2006. Disponível em: <  
[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)> Acesso em: 16 ago. 2011.

AZAMBUJA, Darcy. **Introdução à ciência política**. 14. ed. São Paulo: Globo, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, jan/fev/mar 2007. Disponível em: <  
[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)>  
Acesso em 15 ago. 2011.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle jurisdicional de políticas públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**, 2010. Disponível em:<  
[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf)> Acesso em: 25 ago. 2011.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=4](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=4)>. Acesso em: 30 set. 2011.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2011.

\_\_\_\_\_, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 4, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de liminar e sentença n. 90, Presidência. Relator: ministro Edson Vidigal. Brasília, DF, 11 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22EDSON+VIDIGAL%22%29.min.&processo=000090&b=DTXT#DOC7](http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22EDSON+VIDIGAL%22%29.min.&processo=000090&b=DTXT#DOC7)>. Acesso em: 03 fev.2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 2078, do Tribunal Pleno. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282078%2EENUME%2E+OU+2078%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 855, do Tribunal Pleno. Relator: ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 06 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28855%2EENUME%2E+OU+855%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 734487, da Segunda Turma. Relatora: ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28734487%2EENUME%2E+OU+734487%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 639337, da Segunda Turma. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>> Acesso em: 25 set. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 635679, da Primeira Turma. Relator: ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28635679%2ENU%2E+OU+635679%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n. 639337, da Segunda Turma. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília DF, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28639337%2ENU%2E+OU+639337%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 603575, da Segunda Turma. Relator: ministro Eros Grau. Brasília, DF, 20 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28603575%2ENU%2E+OU+603575%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45, Decisão monocrática, Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000072044&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 20 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 76060, Primeira Turma, Relator: ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 31 de março de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2876060%2ENUME%2E+OU+76060%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 jan. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 23.452, do Tribunal Pleno. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 16 de setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 set. 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Construção do Estado e administração pública**: uma abordagem histórica. Relatório de Pesquisa Nº 27/2005. Disponível em: <[http://www.eaespg.fgvsp.br/AppData/GVPesquisa/P00339\\_1.pdf](http://www.eaespg.fgvsp.br/AppData/GVPesquisa/P00339_1.pdf)> Acessado em: 25 out. 2011.

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

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6, fev. 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>> Acesso em: 15 set. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**, v. 21, mar/abr/mai. 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/10-celso.pdf>> Acessado em: 16 ago. 2011.

CAMPOS, Helena Nunes. Princípio da proporcionalidade: a ponderação dos direitos fundamentais. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico**. São Paulo, v. 4, n. 1, pp. 23-32, 2004.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição. **Tese** (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, SP, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, pp. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>>. Acesso em: 9 set. 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. 1, 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In. FELLETT, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo. (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, v. 2, n. 2, pp. 7-45, julho-dezembro/2001. Disponível em: < [www.epm.sp.gov.br/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=20535](http://www.epm.sp.gov.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=20535) > Acesso em: 01 ago. 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil** : teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, V. 198, p 1-17, out/dez. 1994.

FISCHER, Tânia. Administração pública como área de conhecimento e ensino: a trajetória brasileira. **Revista de Administração de Empresas (RAE)**. Rio de Janeiro. 24 (4) out/dez. 1984. Disponível em: < [http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590\\_S0034-75901984000400031.pdf](http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901984000400031.pdf) > Acessado em: 01 out. 2011.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**. N. 21, jun. de 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/issue/view/18>> Acessado em: 15 out. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: RT, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaio de teoria constitucional. **Nomos - Revista da Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 9/10, n. 1/2, 1991.

HÖFLING, Eloísa de Mattos. Estado de políticas (públicas) sociais. **Cadernos Cedes**, Ano XXI, n. 55, nov. 2001. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/6650898/HOFLING-Heloisa-de-Mattos>>. Acesso em: 27 jul 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional de políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais.** Salvador: JusPodivm, 2008.

KRELL, Andreas J. . **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado".** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MACHADO JÚNIOR, Arnaldo de Aguiar. Efetividade dos direitos fundamentais no Estado constitucional brasileiro: compreensão evolucionária da teoria da separação dos poderes. In. LEITE, George Salomão (Org.) **Efetividade constitucional.** Salvador: Juspodivm, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTESQUIEU, Charles Secondat, Baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional com democracia.** São Paulo: RT, 2004.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 45, N. 178, abr/jun, 2008.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais,** Vitória, n. 4, pp. 13-44, jul./dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3/3>> Acesso em: 05 set. 2011.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Jurisdição constitucional na Constituição Federal de 1988: entre ativismo e autocontenção. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.2, n.2, jun./dez. 2007. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/download/85/74>> Acesso em: 27 jul. 2011.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do Distrito Federal. **Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília**. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/artigos/dr%20oriana/AatuacaoJuizadosEspeciais.pdf>> Acesso em: 30 ago. 2011.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

QUINTANA, Segundo V. Linares. **Reglas para la interpretación constitucional**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1987.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as políticas públicas. Algumas observações. **Revista Civitas**. Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan-jun, 2005.

SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial**. São Paulo: RT, 2000.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. São Paulo, Saraiva, 2007.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). **Políticas públicas**. Coletânea. Brasília: ENAP, 2006. 2 v. Disponível em: <[http://www.enap.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=856](http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=856)> Acessado em: 29 set. 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: TORRES, Heleno Taveira; PIRES, Adilson Rodrigues (Orgs.). **Princípios de direito financeiro e tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. V. 798, 2002.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>> Acessado em: 10 out. 2011.

SOUZA, Pedro Ivo; COURA, Alexandre de Castro. Controle judicial de políticas públicas. In. Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 17, 2008, Salvador. **Anais....** Florianópolis, CONPEDI, 2008, pp. 4051-4070. Disponível em: < [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro\\_ivo\\_de\\_sousa.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf)> Acesso em: 20 ago. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC** n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre\\_Ramos\\_Tavares.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-337-Andre_Ramos_Tavares.pdf) > Acesso em 22 jul.2011.

THE GREAT Charter. **Constitution.org**. Disponível em: <<http://www.constitution.org/eng/magnacar.htm>> Acesso em: 03 out. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANA, Luiz Werneck. Poder Judiciário, “positivação” do direito natural e política. **Revista Estudos Históricos**. v. 9. n. 18, 1996. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2033>> Acessado em: 20 ago. 2011.