Ana Claudia Vergamini Luna		
Direitos sociais: controle jurisdicional de políticas p	públicas, limites e possibilidades	
Dissertac	ão de mestrado apresentada à Banca	
Examinac Universid	dora da Faculdade de Direito da lade de São Paulo, como exigência	
em Direi	ara a obtenção do título de mestre itos Humanos pela Faculdade de a Universidade de São Paulo.	
Faculdada da Diraita da Universida	ida da São Daulo	
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo		

Título: Direitos sociais: controle jurisdicional	de políticas públicas, limites e possibilidades
	Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Aprovado em:	
Banca Examinadora:	
Prof. Dr.	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:
Prof. Dr	Instituição:
Julgamento:	Assinatura:
Prof. Dr	Instituição:

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Nome: Ana Claudia Vergamini Luna

### **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Professora Sueli Gandolfi Dallari pela oportunidade, confiança e estímulo na realização desse trabalho.

Às minhas amigas e companheiras de trabalho, Liliane Kiomi Ito Ishikawa, Rita de Cássia Gimenes Arcas e Maria Carolina Carvalho, pela paciência com que se dispuseram a trocar ideias e compartilhar comigo este caminho e, especialmente, a Maria Clara Osuna Diaz Falavigna pelo grande incentivo, carinho e gentileza de ler este trabalho e contribuir com valorosas sugestões.

Agradeço a meus pais pelo apoio que sempre me deram e pela presença constante na minha vida e dos meus filhos, sem a qual não teria conseguido chegar ao fim desse projeto.

Por fim, agradeço ao Theotonio, por seu amor e companheirismo e aos meus filhos, Clara e Dani, pelo que me ensinam todos os dias, sobre o amor, a dedicação e a amizade.



### **RESUMO**

A efetivação dos direitos sociais, inseridos na Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais, em norma de aplicação imediata, é imprescindível para o alcance dos objetivos do Estado brasileiro, declarados no artigo 3º da Carta Constitucional. Ao Estado foi atribuída a tarefa de concretizá-los por meio de políticas públicas. A busca pela efetivação dos direitos sociais, diretamente relacionada ao exercício da cidadania e à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, tem se deslocado para o Poder Judiciário, que tem assumido um importante papel na concretização desses direitos. A própria concepção dos direitos sociais já desafia os aplicadores do direito, porque dependem, para sua concretização, da atuação prestacional do Estado; estão condicionados às restrições orçamentárias e são materializados, por meio de políticas públicas, que se materializam a partir de escolhas políticas. Para o desenvolvimento do controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais não basta identificar a existência de um direito fundamental social, é necessário que se enfrentem as questões próprias de um direito mutável na sua concretização e execução. É necessário que se conheça a realidade que envolve a adoção de uma determinada política pública e se amplie o campo de cognição além do interesse do autor que reclama a prestação jurisdicional. O presente trabalho traz uma análise sobre o controle jurisdicional de políticas públicas que tratam de direitos sociais, procurando identificar os limites para a atuação jurisdicional e as possibilidades existentes no ordenamento para que esse controle se desenvolva no sentido de contribuir para a efetivação desses direitos de forma coletiva e isonômica, sem que a atuação jurisdicional venha a afrontar o exercício democrático e acabe por invadir a esfera de competência dos demais poderes.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Direitos fundamentais sociais. Políticas Públicas. Separação dos Poderes. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

#### **ABSTRACT**

Effective implementation of social rights — introduced into the 1988 Federal Constitution as fundamental rights — under rules of immediate enforcement, is crucial to ensure attainment of the Brazilian State goals, as stated under article 3 of the Federal Constitution. The State was given the task of turning such rights into actions by means of public policies. Search for effective enforcement of social rights, typically related to the exercise of citizenship and to Legislative and Executive realms of power, has been shifting to the Judiciary, which has been assuming an important role in rendering such rights effective. The very notion of social rights brings challenges to those in charge of applying the Law since enforcement of these rights depend of State's actions; they are subject to budget constraints and are turned into actions based on political choices. Development of judicial control on social right-based public policies requires not only identification of a fundamental social right but it also requires addressing of matters of law, the perfecting and enforcement of which are constantly changing. It is necessary to get to know the reality involving selection of a given public policy and to expand such knowledge beyond the specific interests of that plaintiff who seeks relief. This paper brings a review judicial control of public policies addressing social rights and the possibilities available in the existing legal framework to assure that such control develops towards contributing to enforcement of social rights in a collective and equalitarian manner, therefore preventing judicial actions from violating exercise of democracy and ultimately reaching the realm of other powers.

**Keywords:** Social rights. Fundamental social rights. Public policies. Separation of powers. Judiciary. Judicial activism.

# SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	14
3 CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES DOS DIREITOS SOCIAIS	21
4 DIREITOS SOCIAIS IMPLEMENTADOS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLIC 4.1 Políticas Públicas e a implementação dos direitos sociais	40 43
5 QUESTÕES RELATIVAS AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍ PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS	58 58 anto ao
6 LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O DESENVOLVIMENTO DO CONT JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS	76 83 91 94 restado 96 rocesso
7 AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍ PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS	104 106 oletivas 117
8 CONCLUSÃO	
REFERÊNCIAS	
ANEXOS	145 151 154 para o

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise do controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, com o propósito de identificar os limites do alcance da atuação jurisdicional e de que forma a interferência do Poder Judiciário pode contribuir para a efetivação desses direitos, sem que haja a usurpação das funções política e administrativa dos Poderes Legislativo e Executivo.

Os direitos sociais que serão abordados neste estudo são os relacionados no artigo 6º da Constituição Federal, isto é, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, com exceção do direito ao trabalho.

Propositadamente não será analisado o direito ao trabalho, porque o que se pretende investigar é como a atuação do Poder Judiciário se desenvolve em relação à concretização de direitos sociais, cuja implementação cabe ao Estado, sem que haja um vínculo preexistente que as condicione, como ocorre nas relações trabalhistas.

Os direitos relacionados no artigo 6º não serão abordados de forma particularizada e fragmentada, porquanto o objeto de investigação neste trabalho não é o que os diferencia um do outro, mas sim o que eles têm em comum no que tange à obrigação do Estado de concretizá-los e de que forma o Judiciário os tem tratado no desenvolvimento do controle jurisdicional.

Pretende-se, a partir da análise da natureza dos direitos sociais e de como estes ingressaram na ordem constitucional vigente, identificar os limites que podem surgir no desenvolvimento da atuação jurisdicional e pensar de que forma o controle jurisdicional pode contribuir para a concretização desses direitos, que estão intrinsecamente ligados aos fins do Estado brasileiro.<sup>2</sup>

Verificar-se-á que a Constituição Federal de 1988 inovou em relação às constituições que a antecederam, ao incluir os direitos sociais no rol dos direitos

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> "Art. 6°. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> "Art. 3°. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit.).

fundamentais.<sup>3</sup> De fato, não só inovou ao incluí-los como normas de direito fundamental, como também trilhou caminho diverso de outros países que também seguem o modelo do Estado Social e optaram por tratá-los por meio de lei infraconstitucional.<sup>4</sup>

A inserção dos direitos sociais no Título dos Direitos Fundamentais é fruto da abertura democrática que se iniciou com o fim do período de ditadura e da intensa participação popular, marcada pela articulação política da sociedade civil e de seus movimentos sociais que exerceram pressões políticas sobre a Assembleia Nacional Constituinte para que seus pleitos fossem incluídos no texto constitucional,<sup>5</sup> participação esta que forjou as linhas mestras do Estado social e também a formação do Estado Democrático de Direito.<sup>6</sup>

Essa origem democrática e reivindicatória que marcou a conquista dos direitos sociais muito contribuiu para a redemocratização do País no período pós-ditadura e segue mobilizando a sociedade civil, que encontra agora no Judiciário mais um espaço de poder para reclamar pela efetivação desses direitos.<sup>7</sup>

A Constituição Federal não inovou apenas ao incluir os direitos sociais entre os

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> "[...] o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substancialidade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 374).

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> "Nem todos os países que têm procurado realizar o Estado social e sobretudo concretizar os direitos sociais básicos, o fizeram por meio do poder constituinte, em ordem a estabelecer na Lei Magna os fundamentos desse Estado e nela formular a Carta social dos direitos que a caracterizam. Haja vista a esse respeito o exemplo da Áustria, onde a doutrina constitucional, poderosamente representada por uma plêiade de juristas, em grande parte vinculados a nova Escola de Viena, cujas confessadas matrizes kelsenianas ninguém pode contestar, tinha por dispensável o emprego da constituição para introduzir os direitos sociais básicos, preferindo trazê-los ao ordenamento jurídico por via de legislação ordinária" (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 371).

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>Paulo Sergio Pinheiro, em trabalho publicado no período anterior à eleição da Assembleia Constituinte, já destacava a intensa participação da sociedade civil na abertura democrática e na elaboração da Constituição Federal de 1988. "Não há porque esperar a eleição dos constituintes. A "sociedade civil", cuja mobilização foi decisiva durante a abertura e na campanha pelas eleições diretas, que definiu o desenlace do regime autoritário, não ficará de braços cruzados, esperando pela Assembleia Constituinte em 1986. Através das organizações existentes, das entidades populares, das lideranças nas comunidades, dos dirigentes operários, dos intelectuais, as reivindicações para a mudança serão logo claramente debatidas, expostas e definidas, antes da instalação da Constituinte. [...] A Democracia não é a comunhão de todas as opiniões, mas a divisão entre partidos, não é a harmonia, mas a desarmonia. Na democracia, como lembrava Raymundo Faoro, o essencial é que se legitime o conflito, base da mudança social". (PINHEIRO, Paulo Sérgio. A cidadania das classes populares, seus instrumentos de defesa e o processo constituinte, *In*: SADER, Emir (Org.). *Constituinte e democracia no Brasil hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 54-58).

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> "Art. 1°. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit.).

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> "Não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao principio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal." (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 373).

direitos fundamentais, que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado, mas também ao conferir a esses direitos a condição de aplicabilidade imediata, deixando claro que não podem resultar em meras exortações sem eficácia, impondo ao Estado a obrigação de implementá-los.

Embora tenha a Constituição conferido aos direitos sociais a aplicabilidade imediata, possuem essas normas, com exceção do direito à educação, pouca densidade normativa, pois são normas abertas que não trazem a exata definição de como deve ser o direito efetivado pelo Estado e quais os limites nessa prestação.

Veremos que a concretização dos direitos sociais, na prática, estão diretamente condicionados à ação política, gerencial e econômica do Estado, dependente que é da formulação de leis e da disponibilidade de recursos para sua efetivação.

Não basta, portanto, que tenha sido declarada em norma constitucional a obrigação do Estado de implementar os direitos sociais, é necessário que se possa exigir essa implementação, o que parece ser justamente o desafio lançado pela Constituição, que previu, inclusive, institutos processuais com o fim de coibir a omissão do legislador em dar concretude ao comando constitucional que são o mandado de injunção, a ação declaratória por omissão e ação de descumprimento de preceito fundamental. 10

Paulo Bonavides aponta que a Carta de 1998 não apenas concede direitos sociais básicos, mas também os garante, pontuando, no entanto, que não se pode dizer com certeza qual o alcance das garantias previstas na Constituição, ante as dificuldades próprias da escassez de recursos, prevendo que se forma no horizonte uma crise constitucional.<sup>11</sup>

Possivelmente ainda não se esteja diante de uma crise constitucional, especialmente porque nos últimos anos o País tem experimentado crescimento econômico que tem propiciado o investimento nas áreas sociais, mas, em que pese não se poder assegurar o

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit. Artigo 5°, parágrafo 1°.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> "O modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva. O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa 'seletividade inclusiva'." (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. *In*: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros. 2005, p. 47). <sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 373.

<sup>&</sup>quot;Até onde irá, contudo, na prática essa garantia, até onde haverá condições materiais propicias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição, não se pode dizer com certeza. È muito cedo para antecipar conclusões, mas não é tarde para asseverar que, pela latitude daqueles direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobremodo limitados, já se armam os pressupostos de uma procelosa crise. Crise constitucional, que não é senão a própria crise constituinte do Estado e da Sociedade brasileira, na sua versão mais arrasadora e culminante desde que implantamos neste País a república há cem anos". (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 373).

que o futuro reserva à efetividade dos direitos sociais, a análise do presente nos mostra que a inserção desses direitos no rol dos direitos fundamentais com aplicação imediata tem provocado importantes modificações na atuação jurisdicional e na relação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes.

Nos últimos anos o Poder Judiciário tem ocupado uma posição de destaque no cenário político, contribuindo para o que Luis Roberto Barroso define como "judicialização da vida", 12 isto é, questões importantes para a sociedade deixam de ser tratadas nas instâncias próprias do embate democrático e passam a ser decididas pelo Poder Judiciário.

O ajuizamento de demandas judiciais em busca da concretização de direitos sociais está inserido num fenômeno maior identificado como judicialização da política, <sup>13</sup> termo que é empregado de formas diferentes e por vezes contraditórias, entre cientistas políticos e juristas, mas, que para o desenvolvimento do tema aqui abordado, será empregado para se referir às demandas que buscam a efetivação judicial de direito sociais, inclusive as que se referem à alteração de políticas públicas e que tratam da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na concretização desses direitos. <sup>14</sup>

Entre vários fatores que podem ter contribuído para o surgimento deste fenômeno, pode-se apontar a insuficiência ou ineficiência da democracia representativa, pois a efetivação dos direitos sociais deveria resultar de debates e escolhas políticas adotadas pelo Legislativo e Executivo e não resultado de decisões judiciais.

De fato, a busca da satisfação dos direitos sociais no Judiciário parece sugerir que a ineficiência da atuação dos demais poderes tem levado ao Judiciário questões que antes não eram por ele tratadas, por serem consideradas questões políticas, que estariam alijadas do controle judicial pela limitação pertinente ao princípio da separação dos poderes.<sup>15</sup>

Entre as razões apontadas por Barroso que podem explicar o fenômeno da crescente

<sup>13</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. São Paulo, n.57, 2002. Disponível em <www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> "Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral." (BARROSO, Luís Roberto. *O controle...* Op. cit., p. 332).

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> "[..] os 'novos atores' não demonstram a menor disposição, num país iniqualitário como o Brasil, de livrar o Estado das obrigações decorrentes da cidadania social. Portanto, os setores mais fragilizados da sociedade – com menos capacidade de conflitos, organização e luta pela garantia de seus direitos – continuarão vendo na magistratura, cada vez mais, uma instituição para a afirmação de seus direitos. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 33).

"judicialização da vida", destaca-se o que ele denomina a "constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária", <sup>16</sup> possibilitando que sejam essas questões judicializadas, pois asseguradas por normas constitucionais.

Neste cenário, o Poder Judiciário tem assumido a posição de protagonista na efetivação de direitos sociais, o que tem acarretado o reclamo dos demais Poderes, <sup>17</sup> que veem nessa atuação interferência indevida em demandas que implicam decisões políticas e administrativas, e afronta ao princípio da separação dos poderes, previsto na Constituição Federal no artigo 2°. <sup>18</sup>

Este estudo parte da premissa de que os direitos sociais devem ser implementados de forma coletiva, igualitária e progressiva e que compete ao Estado fazê-lo, por meio de políticas públicas.

A elaboração das políticas públicas de direitos sociais e a dependência da disponibilização orçamentária foi objeto de análise para problematizar o desenvolvimento do controle jurisdicional e sua limitação.

Com o propósito de situar o comportamento do Poder Judiciário em relação ao tema, optou-se por analisar julgado do Supremo Tribunal Federal, que embora não tenha chegado a analisar o mérito da demanda, traçou os parâmetros para a limitação da atuação jurisdicional em relação ao controle de políticas públicas.

Além dos parâmetros apontados na decisão do Supremo Tribunal Federal, também se analisou a capacidade institucional do Poder Judiciário de enfrentar questões políticas relacionadas à justiça distributiva, que vão além da dinâmica binária, credor-devedor, do tudo ou nada que orienta o processo civil, questões estas que envolvem escolhas políticas e técnicas próprias do jogo democrático, que decidem pela repartição do bem comum e são

¹6 "A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão − é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada como ação judicial. Por exemplo: se a constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas." (BARROSO, Luis Roberto. *O controle...* Op. cit., p. 333).

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> "O novo estilo da função judicial – incorpora uma atividade redistributiva, que se confunde, às vezes, com as atividades administrativas e legislativas – estimula a tendência a um "controle externo" da magistratura. Os demais Poderes apercebem-se de que parte de suas competências é subtraída ou pelo menos compartilhada com o Judiciário." (CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 49).

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." (BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit.).

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*. Relator Ministro Celso de Mello, j. 29 abr. 2004, p. 4 maio 2004.

próprias dos Poderes Legislativo e Executivo, como é a implementação dos direitos sociais por meio de políticas públicas.

As dificuldades próprias da capacidade institucional limitada do Poder Judiciário para tratar das demandas que envolvem políticas públicas têm motivado diversos estudos sobre o tema e foi invocada como justificativa de anteprojeto de lei, que tem como finalidade instituir processo judicial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, estudo esse desenvolvido por pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, presidido por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.<sup>20</sup>

Finalmente, analisará este estudo, entre as possibilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais seriam os caminhos possíveis para o desenvolvimento do controle judicial de políticas públicas de direitos sociais, de forma que a atuação jurisdicional contribua para a efetividade desses direitos, sem ferir o exercício democrático e usurpar as competências dos demais poderes.

Trecho da justificativa do anteprojeto de lei final apresentado à comunidade jurídica em fevereiro de 2012: "[...] É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, para que a intervenção judicial em políticas públicas não crie problemas insolúveis para a administração e para a população e para que o juiz possa decidir com equilíbrio e justiça após conhecer todos os dados da questão em jogo." (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). Seminário e debate sobre o Anteprojeto de lei "Controle Jurisdicional de Políticas Públicas". São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 19 jun. 2012; v. Anexo 4).

### 2 OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Brasil foi influenciado, desde sua primeira Constituição, pelo modelo liberal de Estado. Os direitos sociais foram inseridos em sua carta constitucional apenas em 1934, por influência do constitucionalismo social de Weimar e nas constituições que se seguiram esses direitos foram mantidos e ampliados.

Após a Ditadura Militar, que vigorou no Brasil entre os anos de 1964 e 1985, o que marcou a abertura democrática e os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que resultou na Constituição Federal de 1988 foi, além da garantia dos direitos civis e políticos, a inclusão dos direitos sociais entre os direitos e garantias fundamentais,<sup>21</sup> numa clara demonstração de que os fins do Estado Social Democrático de Direito brasileiro estão voltados para a erradicação da pobreza e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como preconizado no artigo 3º da Carta Constitucional.

A temática dos direitos humanos, entre estes os direitos sociais previstos no texto constitucional, foi inserida na Constituição Federal de 1988, graças à articulação política de movimentos sociais e da participação popular reprimida pelo longo período de exceção do regime militar.

José Reinaldo de Lima Lopes destaca que na década de 70 e 80, no Brasil e na América Latina, o tema dos direitos humanos foi adotado pelas classes populares e inovou ao propiciar o surgimento do "sujeito popular e marginalizado como sujeito ativo da defesa da dignidade humana", o que tem possibilitado modificações nas dinâmicas de poder e de suas instituições.<sup>22</sup>

A afirmação dos direitos sociais como elemento determinante para o alcance da dignidade humana, da erradicação da pobreza e da diminuição das desigualdades sociais é fruto da participação popular e das disputas políticas travadas no período em que se desenvolveram os trabalhos realizados pela Assembleia Nacional Constituinte.

Corroborando esta mudança de postura do Estado brasileiro em relação aos direitos sociais, quatro anos após promulgada a Constituição Federal, em 1992, ratificou o Brasil o Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, numa clara demonstração de que

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit. Art. 6°.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> "Em poucas palavras, a hipótese a ser posta em evidência é a de que no atual contexto histórico latinoamericano direitos humanos tornaram-se sinônimo de direito das maiorias marginalizadas e pobres e recuperou o fervor revolucionário que deteve na sua primeira aparição pública, ainda sob o nome de 'direitos do homem e do cidadão". (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, p. 34).

também internacionalmente assumiu o país o compromisso de erradicar a pobreza e promover o desenvolvimento de sua população.

O Estado Democrático de Direito, referido no artigo 1º da Constituição brasileira, não se restringe, como no Estado de Direito, 23 a uma mera observância à lei, enquanto direito positivo, a palavra "Democrático" possui um conteúdo transformador da realidade, pois se refere a um Estado que tem na participação popular mais ampla e efetiva, que se dá em todas as esferas de poder, a formação da definição do interesse público, nas palavras de José Afonso da Silva, o Estado Democrático "se funda no princípio da soberania popular" e requer a participação efetiva do povo não só por meio de suas instituições, mas na própria condução da coisa pública.

Dalmo de Abreu Dallari assinala que a ideia do Estado Democrático tem sua origem no século XVIII e tem na sua organização e funcionamento a missão de proteger os valores fundamentais da pessoa humana, ressalta, ainda, que as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele que se seguiram nos século XIX e XX foram tentativas de concretizar as aspirações do século XVIII.<sup>25</sup>

O Estado, para se qualificar como democrático, deve, segundo Dalmo Dallari, observar três pontos fundamentais: deve se pautar pela supremacia da vontade popular, pela preservação da liberdade e pela igualdade de direitos.<sup>26</sup>

A Carta de 1988 estabeleceu um Estado Social Democrático de Direito, atribuindo ao poder público a tarefa de promover as condições para uma vida digna e para o exercício dos direitos fundamentais.<sup>27</sup> Atendidas as condições para o exercício democrático, este Estado atua simbolicamente como fomentador da participação pública, quando esta participação qualifica o Estado e suas instituições.<sup>28</sup>

O Estado Social Democrático de Direito está delineado na Constituição Federal,

<sup>25</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 127.

<sup>27</sup> "O Estado social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributiva, sem a qual não haverá democracia, nem liberdade." (BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 378-379).

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> "O Estado Democrático de Direito reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*." (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 116).

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> "[...] a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões* e de sua real *participação nos rendimentos da produção*." (SILVA, José Afonso da. *Curso...* Op. cit., p. 122).

nos artigos 1° e 2°, que consagram princípios e valores que definem o modelo jurídicopolítico adotado pelo legislador constituinte.

Por exemplo, são fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e do pluralismo político (Estado Social Democrático). Seus objetivos estão enumerados no artigo 3º: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento, a erradicação da pobreza, da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os direitos sociais, em espécie, foram previstos no Capítulo II do Título dos Direitos e Garantias fundamentais e em vários outros dispositivos da Constituição, que abordam, especificamente, cada um dos direitos enumerados no artigo 6°. <sup>29</sup>

A inclusão dos direitos sociais na ordem dos direitos e garantias fundamentais traz claramente a preocupação do legislador constituinte em atribuir ao Estado a obrigação de traçar o desenvolvimento do país a partir da ideia do respeito e efetivação desses direitos, como objetivo a ser perseguido e como limite normativo para a ação estatal.

Pode-se também dimensionar a mudança do paradigma constitucional dos direitos sociais se analisada a posição que ocupavam nas constituições anteriores. Nas Constituições de 1934, 1937 e 1946 os direitos sociais vinham previstos no Título da ordem econômica e social, em normas programáticas, que apenas fixavam objetivos a serem perseguidos, sem a possibilidade de que sua concretização fosse diretamente exigida do Estado.<sup>30</sup>

A inserção dos direitos sociais no Título dedicado aos direitos e garantias fundamentais, como norma de aplicação imediata, e condicionante da dignidade humana, esta última expressamente invocada no texto constitucional como fundamento do Estado brasileiro, conferiram a esses direitos a possibilidade de serem exigidos perante o

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. Título VIII – ordem social; Capítulo II, seguridade social (artigos 194 a 204), seção II – da saúde (artigos 196 a 200); seção III – Previdência Social (artigos 201 e 202); seção IV da assistência social (artigos 203 e 204); Capítulo III – da Educação, Cultura e Desporto; seção I – da educação (artigo 205 a 214).

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011. Título IV – ordem econômica e social, artigos 120, 121 e 122; Título V – da família, educação e cultura, artigos 149 e 150; BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011. Capítulo da ordem econômica, artigo 136 e 137; BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011. Título V - Da ordem econômica e social, artigos 145, 157, 158 e 159.

Judiciário, mesmo na ausência de uma lei que defina sua exata extensão e limite, como se tem verificado na última década com o fenômeno da judicialização do direito à saúde, <sup>31</sup> e que acabou por modificar o posicionamento antes adotado pelo Poder Judiciário, permitindo não só a discussão judicial acerca da concretização do direito à saúde, como também dos demais direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Atribuir aos direitos elencados no artigo 6º da Constituição Federal a condição de direito fundamental não é questão meramente retórica, destituída de força jurídica, como aponta Luis Roberto Barroso, no tocante ao direito à saúde:

[...] qualificar um dado direito como fundamental não significa apenas atribuir-lhe uma importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, conforme se verá ao longo deste estudo, a constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua *efetividade*, aqui considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.<sup>32</sup>

Importante característica a ser destacada dos direitos sociais é que devem ser implementados pelo Poder Público de forma igualitária e universal, assim, em que pese a possibilidade de sua judicialização por meio de ações individuais, eles devem ser concretizados por meio de políticas públicas, pois apenas essas terão o alcance necessário à concretização desses direitos sociais com o fim de minimizar as desigualdades sociais, assegurando a todos a dignidade humana proclamada no texto constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet ao definir os direitos sociais à luz da Constituição Federal de

-

<sup>&</sup>quot;Ao longo dos anos noventa, foi-se tornando cada vez mais frequente a propositura de ações judiciais visando ao fornecimento de remédios necessários à terapêutica da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) e de outras doenças, especialmente daquelas que representam ameaça à vida, tais como a fenilcetonúria (doença do pezinho), o câncer, a cirrose, a doença renal crônica e a esclerose lateral amiotrófica (ELA). Hoje em dia, estes feitos assumem uma porcentagem relevante dos processos que tramitam nas varas de fazenda pública da Comarca do Rio de Janeiro, despertando uma série de questionamentos concernentes à própria sindicabilidade destas posições jurídicas, à legitimidade passiva dos entes de direito público, aos mecanismos de imposição das decisões judiciais etc. Num primeiro momento, estas ações tratavam, quase que exclusivamente, do fornecimento de medicamentos para o combate à AIDS. Tinham por fundamento normativo o art. 196 do Texto Maior, segundo o qual 'a saúde é direito de todos e dever do Estado', e eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam, neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos." (GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <a href="http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm">http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm</a>>. Acesso em: 7 ago. 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 83.

1988, faz distinção entre direitos sociais de defesa e prestacionais, sendo que, este último dependeria de uma atuação positiva do Estado, como a elaboração de uma política pública. Destaca, no entanto, que ambos têm na atuação do Estado o propósito de assegurar a igualdade material.<sup>33</sup>

O legislador constituinte estabeleceu o arcabouço normativo necessário para a concretização dos direitos sociais, entretanto, muitas são as dificuldades práticas a serem enfrentadas na sua efetivação, não só porque depende de recursos públicos, mas também porque a definição de como serão realizados e quem se beneficiará prioritariamente da ação do Poder Público, envolve disputas políticas em todos os níveis de deliberação, como se verá no desenvolvimento deste trabalho.

<sup>&</sup>quot;[...] denominação de direitos sociais à luz de nossa Constituição não se prende – pelo menos não exclusivamente – ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas. Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira magistral de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade." (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, ano 1, v. 1, abr. 2001. Disponível em: <a href="http://www.direitopublico.com.br/pdf\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf">http://www.direitopublico.com.br/pdf\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf</a>>. Acesso em: 31 jul. 2012, p. 20-21).

### 3 CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais inseridos na ordem constitucional como direitos fundamentais com aplicação imediata trazem importantes questionamentos acerca da sua eficácia e efetividade, porque sua concretização requer a atuação prestacional do Estado através de políticas públicas.<sup>34</sup>

Essa atuação estatal é pautada pela lógica da justiça distributiva, como forma de partilhar o todo a cada um, garantindo que, na divisão do bem comum, cada um possa desfrutar de parte do todo,<sup>35</sup> tendo como referencial ético e objetivo a ser perseguido o desenvolvimento social com a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

O bem comum aqui referido é aquele que decorre do esforço comum de todos os participantes da sociedade, como os recursos econômicos advindos dos impostos, que são destinados a custear a concretização de um direito que é usufruído de forma coletiva pela sociedade, como o direito à segurança, referido por José Reinaldo de Lima Lopes:

Uma outra forma de definir os bens comuns vem da linguagem da economia política. Para os economistas a expressão usada é "bem coletivo". Os bens coletivos, segundo eles, são aqueles (1) cujo suprimento é indivisível, ou (2) cujo consumo é não-exclusivo. O exemplo clássico é o da segurança pública. A segurança é um bem coletivo, pois, uma vez criada, não se pode excluir adequadamente ninguém de seu desfrute.<sup>36</sup>

A distribuição do bem comum, no entanto, não se faz de forma linear, rígida e predeterminada, pois nem todos os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal são definidos de forma a possibilitar que cada um possa, em busca da efetivação do direito social, exigir sua parte do todo, ou seja, não estabelece um direito subjetivo nos

<sup>36</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Neste passo, não se pode deixar de mencionar que não só os direitos sociais requerem a atuação positiva do Estado para sua efetivação, mas também os direitos civis e políticos reclamam a atuação prestacional do Estado para a sua fruição, como é o caso da organização de sistema eleitoral capaz de garantir o exercício do direito de votar e ser eleito.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> "A distribuição consiste em partilhar algo comum. Distribuir é tomar algo que é um todo e dividi-lo. Distribuir é aplicar a cada parte que compõe um sistema algo que pertence a todo o sistema. Parte-se, portanto, do princípio de que só se pode pensar em distribuição se houver algo a ser dividido e antes de ser dividido este algo comum é um bem comum, ou um bem indiviso. [...] Distribuir, ou fazer justiça distributiva, é dar a cada um a sua parte do mal comum (distribuição dos ônus) ou do bem comum (distribuição de benefícios)." (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais.*.. Op. cit., p. 142-144).

moldes concebidos nas relações pautadas pelo direito privado.<sup>37</sup>

O artigo 6º da Constituição Federal, ao assegurar a todos os direitos sociais ali nomeados, impõe ao Estado a obrigação de implementá-los de forma coletiva e isonômica, conferindo a todos o direito de exigir do Poder Público a adoção de medidas e emprego de recursos para sua concretização.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se afirma que são direitos de natureza coletiva; do ponto de vista de como devem ser prestados pelo Estado, são também direitos subjetivos fruíveis individualmente, como é o caso do direito à educação.

De fato, o artigo 208 § 1º da Constituição Federal dispõe expressamente que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito (educação básica) é um direito público subjetivo. Qual seria o alcance dessa afirmação?

O direito público subjetivo aqui mencionado, embora garanta a cada pessoa o direito à educação básica de forma gratuita, está diretamente relacionado ao cumprimento da prestação estatal de adotar políticas públicas para a concretização do direito à educação, assegurando a todos uma vaga em escola pública.<sup>38</sup>

Os direitos sociais, portanto, embora possam ser fruídos individualmente, devem ser assegurados pelo Estado de forma coletiva, por meio da adoção de políticas públicas, com a observância do princípio da isonomia e do atendimento prioritário dos grupos vulneráveis, o que decorre do disposto no artigo 3º da Constituição Federal.

Outra característica dos direitos sociais é que, em regra, não define a norma constitucional como devem ser esses direitos concretizados pelo Estado; qual a obrigação de cada um dos entes públicos, o que vale dizer — se a cada direito corresponde uma ação que o assegura —, não indica a norma o caminho como pode ser exercido este direito subjetivo, ou, como afirma Lima Lopes com precisão, não aponta "a quem corresponde o

-

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> "Deveras a visão tradicional do direito subjetivo, montada em vista de relações privadas, não teve o seu foco de mira relações de direito público ou situações de direito público que se marcam pelo específico propósito de assujeitar o Estado a um completo respeito aos interesses dos indivíduos, mas cuja compostura evidentemente não é idêntico ao universo de situações despertadas pelas relações entre particulares." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42).

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> "O reconhecimento expresso do direito ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo autoriza a possibilidade de, constatada a ocorrência de uma lesão, o mesmo ser exigido contra o Poder Público de imediato e individualmente. Quanto a este aspecto, parece não haver muita polêmica. Ocorre que, como estamos diante de um direito social, o seu objeto não é, simplesmente, uma prestação individualizada, mas sim a realização de políticas públicas, sendo que sua titularidade se estende aos grupos vulneráveis." (DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 113-118, 2004. Disponível em: <a href="http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf">http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf</a>>. Acesso em: 7 ago. 2012).

dever reflexo respectivo".39

Trata-se de um direito previsto em norma de conteúdo aberto que vai se preenchendo de acordo com as necessidades sociais, históricas e possibilidades econômicas, por esta razão é visto como um direito indeterminado. Canotilho utilizou a expressão *fuzzy* para se referir aos direitos sociais, termo que significa, em inglês, coisas vagas.

A nosso ver, paira sobre a dogmática e sobre a teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da "vagueza", "indeterminação" e "impressionismo" que a teoria da ciência vem apelidando, em termos caricaturais, sob a designação de "fuzzysmo" ou "metodologia fuzzy".

A crítica de Canotilho parece repousar no fato de que, segundo seu entendimento, os direitos econômicos, sociais e culturais não se resolvem, simplesmente, com a declaração constitucional de que são direitos de aplicação imediata para que tenham eficácia plena e possam ser efetivado, são direitos que sofrem a limitação lógica da atuação estatal.

#### 3.1 Eficácia e efetividade das normas constitucionais de direitos sociais

Os direitos sociais têm provocado debates na doutrina acerca de sua eficácia e efetividade, ou seja, sobre sua capacidade de produzir efeitos jurídicos e práticos, dividindo opiniões acerca do alcance destes direitos fundamentais.<sup>41</sup>

"Onais as ações que

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> "Quais as ações que asseguram, garantem e viabilizam os tais "direitos sociais"? A quem corresponde o dever reflexo respectivo? A resposta a esta indagação ultrapassa a análise pura e simples do texto legal, ou dos textos legais, supera a exegese e a filologia jurídicas. Coloca-se na esfera da teoria geral do direito, pois trata do ordenamento de modo geral e de uma categoria jurídica em si, antes de ser um instituto jurídico particular. Coloca-se também na esfera da Teoria do Estado, pois diz respeito às reações fundamentais da organização da cidadania, coloca-se também na esfera da Filosofia do Direito, visto que diz respeito à justificação racional da justiça de uma norma e, muito particularmente, a realização da Justiça." (LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. *In*: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114). <sup>40</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008, p. 99.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> "Segundo a lógica da matriz liberal, os direito sociais (a prestações) não teriam garantia constitucional, de modo que não poderiam ser considerados direitos fundamentais. Ou seja, trata-se de consideração quanto à eficácia jurídica dos direitos sociais: estes seriam direitos de dignidade constitucional inferior à das Liberdades Públicas. Como prova de tal fato, afirma-se que os direitos sociais não possuem eficácia, senão por meio de interposição de norma infraconstitucional, e que só podem ser conferidos na medida em que houver previsão orçamentária para tanto. Assim, os direitos sociais seriam reféns de leis ordinárias (principalmente das relativas à definição do orçamento) e da reserva do possível. Essas considerações, contudo, são decorrentes de um discurso cuja argumentação visa conservar a matriz liberal livre de qualquer

A eficácia e efetividade muitas vezes são mencionadas como sinônimos, no entanto, a norma de direito social, embora eficaz juridicamente, pode não ter efetividade, hipótese verificada quando não há concretização do direito mencionado na norma no mundo fático.

Antes de se analisar as normas de direitos sociais, vale-se das lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior para situá-las do ponto de vista de sua validade e eficácia.

Segundo o autor, a norma é válida quando elaborada por órgão competente em relação à matéria legislada e aspecto formal de sua elaboração, ainda que não seja observado o cumprimento da norma ela é válida até que seja revogada ou perca sua vigência, que seria a hipótese da norma temporária.

Para Sampaio Ferraz, <sup>42</sup> a norma é eficaz quando é apta a produzir efeitos concretos, quando produz seus efeitos no mundo fático, é observada espontaneamente pela sociedade ou por terceiro, que seria o caso da aplicação da norma pelos Tribunais.

Assim, a norma é eficaz quando for capaz de produzir efeitos; <sup>43</sup> a eficácia está relacionada ao mundo do dever-ser que define meta a ser atingida, já a efetividade da norma é a materialização do enunciado do dever-ser para o ser da ordem dos fatos, é o cumprimento da meta definida na norma, quando a conduta humana se subsume ao comando legal.

A análise da norma constitucional que prevê os direitos sociais examinados neste trabalho desafia os aplicadores do direito, pois, embora seja uma norma válida, eficaz e estabeleça a Constituição que ela terá aplicabilidade imediata, como todos os demais direitos fundamentais, nem sempre é assim que se opera na prática, no mundo do ser.

Há situações em que os direitos sociais, referidos no artigo 6º da Constituição Federal, podem alcançar efetividade que lhes confere plena exigibilidade, mesmo sem norma infraconstitucional que estabeleça como devem ser implementados, como é o caso do direito à educação, previsto no artigo 206 da Constituição Federal. No entanto, o direito

contaminação da matriz social". (MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89-88).

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 193-194.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais José Afonso da Silva aponta que a "Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade, ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica." (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 66).

à assistência à maternidade, lazer e mesmo o direito à segurança, são direitos que, do ponto de vista do beneficiário da ação do Estado, requerem, para sua plena fruição como direito coletivo, a definição de como devem ser concretizados pela ação positiva do Poder Público.

O artigo 6°, além de contar com um texto vago, ilimitado em termos de alcance do direito assegurado e indeterminado em relação à obrigação do Estado em concretizá-lo, estabelece rol de direitos que devem ser implementados de forma coletiva e isonômica pelo Estado, daí a importância da investigação acerca da eficácia dessa norma.

A análise da eficácia da norma do artigo 6º da Constituição Federal para o desenvolvimento deste estudo tem como objetivo a aferição do alcance do direito assegurado, sua aplicabilidade e, especialmente, a investigação acerca da limitação à exigibilidade dos direitos que contempla e de sua judicialização.

Segundo Robert Alexy "o direito fundamental completo é um feixe de posições de diferentes conteúdos e diferentes estruturas"; 44 cita o autor alemão a teoria dos quatro status de Jellinek como fundamento de classificação dos direitos fundamentais. Propõe essa teoria que se analise uma determinada situação (status), a partir da posição ocupada pelo indivíduo, na relação que mantém com o Estado; no caso dos direitos sociais ocupariam os indivíduos perante o Estado a posição do status positivo e status ativo, 45 pois, autorizados pela norma constitucional podem exigir deste a prestação positiva a que está obrigado a efetivar e podem, no exercício da cidadania, participar da formação da vontade política, essencial para a concretização desses direitos, de outro lado, uma vez assegurada à norma a condição de direito fundamental, também ocuparia o indivíduo a posição do status

<sup>44</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 254.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Alexy salienta a relevância da teoria dos status de Jellinek, como paradigma de teoria de posições globais abstratas e fundamento para classificação dos direitos fundamentais: "[...] Jellinek diferenciava quatro status: o status passivo ou status subiectionis, o status negativo ou status libertatis, o status positivo ou status civitatis e o status ativo ou status da cidadania ativa. Jellinek descreve de formas diversas o que é um status. Importância central tem sua caracterização como 'uma relação com o Estado que qualifica o individuo'." (Ibidem, p. 255). No status passivo o indivíduo encontra-se em posição de sujeição em relação ao Estado, que lhe impõe deveres e obrigações; o status negativo é definido pelo conjunto de liberdades que o indivíduo tem em relação ao Estado, seria o direito de defesa, proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada; no status positivo o individuo possui direitos a ações estatais, em relação ao Estado, seria o direito a prestações. "[...] O indivíduo está inserido neste status sempre que o Estado a ele "reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, [quando] garante ao indivíduo pretensões positivas" (Ibidem, p. 263-264), e o status ativo seria o direito ou competência para votar e está sempre ligado a posição dos outros status, como explicita este outro trecho da obra de Alexy: "Também àquele que está submetido o dever de votar é reconhecida a competência ou 'a capacidade de agir para o Estado', também ele é 'incluído como membro da organização estatal', também ele 'age para o Estado'." (Ibidem, p. 269). (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 255-256; p. 258; p. 263-264; p. 269).

negativo, na medida em que estaria o Estado impedido de suprimir a direito assegurado.

Os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, vistos da posição do indivíduo em relação à obrigação imposta ao Estado de implementá-los, conferem aos indivíduos a posição de credores da ação estatal, mas ainda remanesce a indagação, se a norma, como prevista na Constituição, confere a esses direitos a plena justiciabilidade.

A doutrina clássica, representada por José Afonso da Silva, distingue a eficácia em plena, contida e limitada. Plena, são as normas que produzem efeitos sem necessidade de outra norma que lhes completem o alcance e o sentido ou lhes fixem o conteúdo. Contida, produzem a plenitude de seus efeitos, mas podem ter seu conteúdo restringido pela própria constituição ou por norma infraconstitucional, entretanto, caso isso não ocorra, possuem eficácia plena. Limitada, não produzem a plenitude de seus efeitos até que uma norma infraconstitucional as regulamente.<sup>46</sup>

Jorge Miranda acrescenta à classificação básica entre normas de eficácia plena, exequíveis, e normas de eficácia limitada, não exequíveis, as normas de eficácia limitada que dependem exclusivamente da atuação legislativa para torná-las efetivas e as normas programáticas que além da atuação do legislador dependem também de fatores políticos, econômicos e sociais. Afirma Miranda: "As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores econômicos e sociais". 47

As normas programáticas em geral não possuem densidade normativa ou determinabilidade que indique quais seriam as providências que devem ser adotadas pelo Poder Público para lhes dar eficácia; estão intimamente relacionadas às políticas públicas e ações governamentais que lhes dão concretude.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> "Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais" (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2003, t. 2, p. 276).

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 101.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> "As limitações de ordem exclusivamente jurídica, incidentes sobre as normas de eficácia plena restringíveis e sobre as normas de eficácia limitada preceptivas não geram maiores controvérsias quanto à sua existência, porquanto, via de regra, podem ser facilmente identificadas nas referências expressas à possibilidade de legislação posterior restritiva ou à necessidade de lei para a implementação da disciplina normativa, sendo essa disciplina meramente esboçada na norma ou remetida à avaliação do legislador quanto ao momento em que deva efetivamente prevalecer. Bem mais complexa é a atribuição a uma norma constitucional da condição de norma programática, na medida em que, raramente, o condicionamento de sua eficácia a providências variadas dos Poderes Públicos resta expresso ou ao menos parcialmente indicado no respectivo texto. Encontramos aqui uma situação em que a objetividade dos elementos gramatical e sistemático deve ser suplantada por uma interpretação de cunho histórico-teleológico, em que a finalidade

Ingo Sarlet aponta que uma das diferenças que pode ser verificada entre os direitos de defesa (direitos negativos) e direitos sociais prestacionais (direitos positivos) é a estrutura da norma; no caso dos direitos de defesa para sua efetivação basta que se proceda à "operação de cunho eminentemente jurídico", enquanto os direitos sociais, dependem de "concretização legislativa" e das "circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta". <sup>49</sup>

De fato, quando se está diante de um direito que é prestacional, isto é, um direito a prestações positivas do Estado, como o direito à saúde, educação ou moradia, a aplicabilidade imediata, conferida pela norma constitucional, ou a existência de um direito subjetivo acionável judicialmente, não é de assertiva tão simples, pois, no caso desses direitos, sua implementação requer a atuação organizada do ente público para que seja efetivado de forma coletiva e isonômica, dentro das possibilidades dos recursos disponíveis.

Ao analisar o alcance do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre a aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, José Afonso da Silva afirma que elas são aplicáveis até onde é possível e que, embora o Poder Judiciário esteja obrigado a aplicá-las, conferindo o direito reclamado, o faz segundo as instituições existentes.<sup>50</sup>

\_\_

das normas em questão seja conecta à sua gênese, que, em termos comparatísticos, remonta ao advento do constitucionalismo social-democrático nas primeiras décadas do século passado. Com efeito, foi a constituição alemã da República de Weimar, de 1919, que incorporou ao catálogo de direitos fundamentais os direitos econômicos e sociais, consagrando-os, invariavelmente, em normas de eficácia limitada de dimensão prospectiva, isto é, que exigem a alteração das condições fáticas existentes (em nível político, jurídico, econômico-social, etc.), por meio de intensa intervenção estatal, para que possam, afinal, serem usufruídos pelos respectivos destinatários. Essas normas, por estarem intimamente vinculadas a programas de ação governamentais, dos quais constituem a base principiológica, passaram a ser conhecidas por normas programáticas." (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 190-191).

<sup>49</sup> "A última característica que distingue, em princípio, os direitos sociais a prestações dos direitos de defesa diz com a forma de sua positivação, isto é, com sua estrutura jurídico-normativa. Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora. É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático." (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais... Op. cit., p. 24).

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes". (SILVA, Jose Afonso da. Aplicabilidade... Op. cit., p. 165).

Embora tenha sido clara a intenção do legislador constituinte de procurar conferir força aos direitos sociais, como instrumento para a realização do Estado Social, para que não resultassem em meras exortações sem eficácia, em uma manifestação claramente ideológica, não há como se deixar de enfrentar os obstáculos que surgem no caminho de sua concretização, próprios do conteúdo jurídico dessas normas constitucionais, muitas vezes desprovidas de densidade normativa necessária para a sua imediata e adequada aplicação pelo Poder Judiciário.

Ingo Sarlet traz quatro indagações que refletem com clareza a problemática que envolve a eficácia dos direitos sociais prestacionais:

- a) em que medida os direitos a prestações se encontram em condições de, por força do disposto no artigo 5°, § 1° da Constituição Federal, serem diretamente aplicáveis e gerarem sua plena eficácia jurídica?
- b) quais os diversos efeitos jurídicos inerentes à eficácia jurídiconormativa dos direitos fundamentais a prestações?
- c) é possível deduzir destes direitos um direito subjetivo individual a prestações estatais?
- d) caso afirmativa a resposta à pergunta anterior, em que situações e sob que condições um direito subjetivo a prestações poderá ser reconhecido?<sup>51</sup>

Outro ponto que deve ser destacado é que, embora tenham sido os direitos sociais expressamente nomeados na Constituição Federal, não se esgotam no enunciado normativo, não são herméticos, fechados. Pelo contrário, por sua extensão e imprecisão em termos de concretude material, podem trazer infindáveis variações em termos de prestação estatal, como o que ocorre com o direito à moradia, o direito ao lazer e mesmo o direito à saúde.

O artigo 196 da Constituição Federal, por exemplo, prevê que a proteção à saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário

<sup>&</sup>quot;Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, uma prestação de natureza fática ou normativa, razão pela qual a razão está com Canotilho ao enfatizar a necessidade de 'cimentar juridicamente' o estatuto jurídico-constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturas. É precisamente em função do objeto precípuo destes direitos e da forma mediante a qual costumam ser positivados (normalmente como normas definidoras de fins e tarefas do Estado ou imposições legiferantes de maior ou menor concretude) que se travam as mais acirradas controvérsias envolvendo o problema de sua aplicabilidade, eficácia e efetividade." (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 275-276).

às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. A norma constitucional é vaga, no que se refere à extensão desse direito frente à obrigação do Estado em provê-lo, o que passou a ser melhor definido com a elaboração da lei que instituiu o Sistema Único de Saúde.<sup>52</sup>

Já no caso do direito à educação, o artigo 208 da Constituição Federal estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia, entre outras disposições, de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria. A obrigação do Estado está bem definida, estabelecendo, inclusive, a responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento do ensino obrigatório ou oferta irregular, <sup>53</sup> podendo se afirmar que neste caso o direito à educação seria uma norma com eficácia plena, pois a própria Constituição delimita a obrigação do Estado em relação à prestação ao direito à educação básica.

A diversidade entre os direitos previstos no artigo 6° e sua indeterminabilidade e fluidez, faz com que a eficácia jurídica e a aplicabilidade imediata preconizada pela norma constitucional não sejam suficientes para conferir efetividade a todos os direitos sociais, pois sofrem esses as limitações próprias da ação do poder público e da escassez de recursos que a condiciona.

Como se vê, de um lado, os doutrinadores entendem que certas normas definidoras de direitos fundamentais só podem alcançar plena eficácia com a prévia atuação legislativa, que irá lhes conferir a densidade normativa necessária a sua concretização; outros adotam a imediata aplicação do disposto no § 1º do artigo 5º, em que pese a natureza das coisas, portanto, mesmo com características de normas programáticas, as normas que definem direitos fundamentais são de aplicação imediata e podem dar fundamento a direito público subjetivo acionável judicialmente, interpretação essa fundamentada na norma constitucional, em seus princípios e valores.

Nesse ponto, destaca-se que, mesmo diante de posições divergentes quanto à aplicabilidade imediata das normas de direitos sociais, não há na Constituição norma destituída de força, ainda que se possa considerar que umas teriam maior eficácia que outras, diferenciação que deu causa à classificação das normas constitucionais, como

<sup>53</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. "Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente."

-

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18080.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18080.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

normas auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis,<sup>54</sup> não há norma constitucional sem eficácia jurídica, como afirma José Afonso da Silva:

Nem as normas ditas auto-aplicáveis produzem por si mesmas todos os efeitos possíveis, pois são sempre passíveis de novos desenvolvimentos mediante legislação ordinária, nem as ditas não auto-aplicáveis são de eficácia nula, pois produzem efeitos jurídicos e têm eficácia, ainda que relativa e reduzida.

Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma. <sup>55</sup>

Mesmo os doutrinadores que defendem aplicação imediata e plena eficácia do artigo 5°, § 1°, para todos os direitos fundamentais, são forçados a reconhecer que há hipóteses em que é necessária a atuação legislativa para o pleno gozo do direito assegurado. Na hipótese dos direitos sociais referidos no artigo 6° da Constituição Federal pode-se citar como exemplo o direito à moradia ou o direito ao lazer, quanto à inexistência de definição de que forma deve o Estado prestar esses direitos, o que reduz em muito sua justiciabilidade, enquanto direito a ser implementado de forma coletiva. <sup>56</sup>

A aplicação imediata prevista no artigo 5°, § 1° da Constituição Federal, deve ser analisada caso a caso, pois, em que pese a determinação do legislador constituinte, há certas situações em que o direito assegurado e que deve ser implementado de forma coletiva, para sua fruição, depende da atuação legislativa ou ação concreta do Estado.

Ingo Sarlet sintetiza a questão da seguinte forma:

[...] somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5°, parágrafo 1°, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as

.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 73-75.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Ibidem, p. 76

<sup>56 &</sup>quot;A Reflexão que vem de ser empreendida, ligada a possíveis interpretações da norma do artigo 5°, parágrafo 1°, coloca para o debate uma abordagem quase nunca tratada quando se está a discutir, por exemplo, a distinção entre direito individual e direito social. Por isso mesmo, o problema parece mais complexo e permite, por exemplo, que se façam distinções entre espécies de direito sociais. O direito à saúde, como direito subjetivo, nesse passo, tem aplicabilidade imediata, conforme decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal no Ag.Reg na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175 e, em alguma medida diferente de um dos desdobramentos do direito à educação, demanda a aplicação constante de recursos e seu atendimento judicial pode-se dar de forma individual, e não coletiva." (SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais*: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010, p. 28-29).

normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotilho e entre nós adotado por Flávia Piovesan, como já ressaltado. Percebe-se, portanto, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma das diferenças essenciais entre estas e as normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o "quantum" em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto.<sup>57</sup>

O caminho sugerido por Ingo Sarlet abre a possibilidade de que, embora ausente a norma infraconstitucional que confira densidade normativa ao direito social perseguido, possa o Poder Judiciário, mesmo sem política pública específica ou lei que o defina, conferir aplicabilidade imediata à norma de direito social, concedendo a prestação jurisdicional reclamada fundado, por exemplo, no princípio da dignidade humana.

Essa hipótese, entretanto, é mais comum nas ações individuais que resultam na concessão do direito reclamado, mas não impõem ao Poder Público a obrigação de implementação do direito de forma coletiva, como é o caso das políticas públicas. São ações judiciais que envolvem direitos sociais, mas não necessariamente se referem a políticas públicas.

Por fim, merece destaque o entendimento de que a norma do artigo 6°, ainda que tenha eficácia limitada, produz efeitos imediatos na medida em que acarreta a revogação de normas anteriores em contrário; estabelecem parâmetros para atuação legislativa, contêm diretrizes e princípios que condicionam a atividade dos órgãos estatais e determinam a ordem jurídica.<sup>58</sup>

Mesmo para os que não a considerem apta a gerar, em todas as hipóteses, um direito público-subjetivo acionável judicialmente, a norma que assegura os direitos sociais veda disposição que a contrarie ou viole, proíbe a edição de normas ou atos do poder público que impliquem retrocesso, que possam vir de encontro à obrigação de implementação progressiva dos direitos sociais, prevista no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil, <sup>59</sup> o que significa dizer que

<sup>58</sup> "Sintetizando a doutrina acerca da matéria, Luís Roberto Barroso sustenta que as normas programáticas vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário à sua implementação, na medida em que o legislador fica, de forma permanente, jungido à sua realização; a atuação da Administração Pública fica condicionada à sua efetivação; e o Poder Judiciário deve interpretar e a aplicar a lei em consonância com essas normas." (BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais*: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005, p. 198).

-

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais... Op. cit., p. 30.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos*, *Sociais e Culturais*. Disponível em: <a href="http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20">http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20</a> Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>.

— além de não ser possível suprimir o direito proclamado como direito social, uma vez concretizado, passa a ter a feição de direito de defesa, que reclama a abstenção do Estado, no que se refere à diminuição injustificada de sua efetividade.

A busca pela efetividade da norma eficaz é justamente o que desafia o intérprete e aplicador do direito quando se trata dos direitos nomeados no artigo 6º da Constituição Federal.

Por ser uma norma de conteúdo vago, fluido e mutável, a definição de seu alcance decorrerá da atuação do legislador que poderá definir seus contornos; da ação do gestor público que irá apontar como será concretizado o direito, através da implementação de uma política pública ou, ainda, como se tem visto com a crescente judicialização dos direitos sociais, com a atuação do Poder Judiciário no desenvolvimento do controle jurisdicional de políticas públicas.

Aspecto importante na efetivação das normas de direitos sociais é seu componente político; a concretização desses direitos requer a realização de escolhas de prioridades na ação prestacional do Estado e na destinação dos recursos públicos disponíveis. Essas escolhas, embora devam estar balizadas na Constituição e na lei, são escolhas políticas que têm sua formação definida não só a partir do processo democrático de eleição dos representantes no Parlamento e dos governantes nas três esferas de poder (federal, estadual e municipal), mas também pelas pressões políticas exercidas pelos diversos grupos sociais presentes na sociedade, como será tratado com mais vagar no desenvolvimento deste estudo.

Como se vê a efetividade das normas de direitos sociais, em última instância, também está relacionada ao debate democrático e à pressão popular para que ele seja concretizado, pois não basta que a norma seja eficaz do ponto de vista jurídico, para que se concretize, deve também ter eficácia social e, sendo vago seu conteúdo, deve sua definição ser fruto da manifestação e participação popular.

A efetividade será, portanto, verificada na concretização do direito, na consecução de seus fins. A eficácia e efetividade são duas faces da norma, é necessário que ela seja capaz de produzir efeitos jurídicos e que seja aplicável, capaz de produzir efeitos concretos, ou, nas palavras de Luis Roberto Barroso, é a aproximação do "dever ser

Acesso em: 4 out. 2012. "Art. 2º. 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas."

normativo e o ser da realidade social".60

Partindo-se da premissa de que a norma de direito social têm eficácia jurídica e pode ter efetividade ou eficácia social, sem a regulamentação por lei infraconstitucional, como na hipótese do direito ao ensino fundamental gratuito, há que se passar para outra indagação, isto é, como se conferir a todos os direitos sociais nomeados no artigo 6º a aplicabilidade imediata declarada na Constituição?

Como conferir plena aplicabilidade a uma norma que depende, para geração de seus efeitos no mundo fático, da atuação do legislador ou do gestor público? Atores políticos que muitas vezes são vistos com descrédito e desconfiança pela sociedade, por sua inércia em não promover a efetivação de direitos por meio da formulação de leis e políticas públicas.<sup>61</sup>

Em parte, a resposta a essa indagação vem sendo dada pelo Poder Judiciário, que abandonou uma posição neutra em relação à atuação dos demais poderes e, quando provocado, seja em ações individuais como coletivas, não tem se furtado a interferir em questões de ordem política e administrativa, contribuindo para a crescente judicialização dos direitos sociais. 62

Feita a análise sobre a eficácia das normas de direitos sociais, o que se pode concluir é que a efetividade dessas normas desafia o intérprete e o aplicador do direito para que, em cada caso concreto, sejam tratados todos os aspectos que a envolvem, que vão além da dogmática jurídica.

Os direitos sociais requerem um tratamento menos rígido, mais fluido, de todas as circunstâncias que envolvem sua concretização, é necessário que sejam analisados nesta perspectiva mutável e adaptável, própria do ajustamento do direito ao que é possível e

<sup>60</sup> BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional... Op. cit., p. 83.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> "Segundo o Índice de Confiança na Justiça (ICJ Brasil), da Fundação Getúlio Vargas, apenas 5% dos entrevistados disseram acreditar nos partidos políticos. È o menor percentual de confiança entre todas as instituições citadas pela pesquisa. Os políticos também compõem a categoria que ocupa a penúltima colocação do ranking, o Congresso nacional (20%). Apenas três instituições têm a confiança da maioria dos entrevistados: Forças Armadas (73%), Igreja Católica (56%) e Ministério Público (55%) [...]." (CUNHA, Luciana Gross *et al. Relatório ICJ Brasil.* 1° trimestre 2012. Disponível em: <a href="http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9799">http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9799</a>>. Acesso em: 4 out. 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Como em caso envolvendo a criação de política pública determinada para o tratamento de autistas. SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação n. 278.801-5/8-00*. Relator Desembargador Magalhães Coelho, j. 26 abr. 2005, p. 3 jun. 2005. Ação civil pública - Fornecimento de tratamento especializado aos autistas - Alegada ausência de interesse processual e ilegitimidade do Ministério Público - Inocorrência - Art. 5º CF - Norma constitucional de proteção à saúde pública - Alegada ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo - Inocorrência - Controle jurisdicional dos atos discricionários - Garantia de direito à saúde pública - Aplicação de multa diária -por descumprimento - Objetivo de compelir o administrador a implementar as políticas públicas - Recursos não providos. Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador Relator Magalhães Coelho, julgado em 3 de junho de 2005.

viável em determinado momento histórico. Como afirma Charles-Albert Morand, o direito moderno é um ideal no sentido ordinário do termo como uma estrutura em que a decisão estatal só pode ser tomada na aplicação de uma regra geral, já que os direitos fundamentais não são propriamente regras, mas vetores cuja implementação é incerta e aleatória. 63

### 3.2 Direitos sociais com maior ou menor justiciabilidade

Além da eficácia e efetividade da norma constitucional que institui o direito social, outro importante elemento para o estudo do controle jurisdicional sobre as políticas públicas é sua maior ou menor justiciabilidade, ou seja, a investigação acerca das possibilidades de judicialização desses direitos.

Jorge Reis Novais faz uma análise dos direitos sociais a partir da maior ou menor margem de apreciação pelo Poder Judiciário. Esclarece o autor português que o fato de os direitos sociais terem sido incluídos na Constituição portuguesa, diferentemente do que ocorreu na Constituição alemã, na prática não provocou grandes mudanças em termos de efetividade, pois, entendeu-se naquele país que, por serem direitos que dependem da atuação positiva do Estado para sua plena fruição, a ausência de definição na norma constitucional de como deveria ser concretizado o direito social fez com que por muito tempo a doutrina não os considerasse verdadeiros direitos fundamentais. <sup>64</sup>

Reis Novais afirma que, embora devam os direitos fundamentais, civis, políticos, econômicos e sociais receber tratamento dogmático unitário, há entre estes inegável diferenciação em termos de efetividade jurídica, pois uns direitos terão maior margem de apreciação pelo Poder Judiciário do que outros.<sup>65</sup>

Um exemplo de norma constitucional com maior densidade ou determinabilidade é o artigo 208 da Constituição Federal brasileira, que impõe ao Estado a obrigação de oferta do ensino fundamental gratuito a todos, <sup>66</sup> inclusive aos que não tiveram acesso à educação

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> MORAND, Charles-Albert. Le Droit neo-moderne des politiques publiques. Paris: LGDJ, 1999, p. 19.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> "[...] quando um direito social obteve já conformação legislativa ordinária em termos de atribuição de correspondentes pretensões ou direitos aos particulares, essa conformação tem, em regra o suficiente grau de densidade normativa e de subjectivização que lhe retiram qualquer espécie de controvérsia em termos de vinculatividade jurídica". (Ibidem. p. 304).

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. "Artigo 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional

na idade própria.

Eventual omissão do Estado na prestação do serviço à educação, nos limites estabelecidos na norma constitucional, confere ao Poder Judiciário a possibilidade de agir de forma concreta, sem a necessidade de recorrer à interpretação da norma com base em elementos principiológicos. Neste caso, pode-se afirmar que a obrigação do Estado está bem definida na norma constitucional.

Distinta é a hipótese do direito à alimentação, ao lazer ou do direito à moradia, em que não há na norma constitucional a definição de que forma deve ser concretizado pelo Estado, a ponto de se considerar um direito público subjetivo à moradia, acionável judicialmente.

Observe-se que o direito à moradia, embora pudesse ser extraído da Constituição porque intrinsecamente ligado à dignidade humana, não era diretamente mencionado no texto constitucional, como obrigação prestacional do Estado, antes da Emenda Constitucional n. 26/2000 que o inseriu entre os diretos sociais do artigo 6º da Constituição Federal. O mesmo se deu em relação ao direito à alimentação, que foi incluído nos direitos sociais previstos no artigo 6º pela Emenda Constitucional n. 64 de 4 de fevereiro de 2010.

A inclusão do direito à moradia entre os direitos sociais não deixa dúvida de que esse impõe ao Estado a obrigação de assegurar a todos uma moradia digna, mas, ainda assim, não há, como no direito à educação, uma definição na norma constitucional ou infraconstitucional que possa precisar o limite mínimo exigível do Estado, que possibilite sua judicialização no caso de inobservância da obrigação prestacional.

O direito à moradia, como obrigação do Estado de instituir políticas públicas para sua implementação, é tratado de forma indireta no texto constitucional, quando prevê, no artigo 7°, IV, que o valor o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador, dentre estas a moradia para sua família; o artigo 21, XX, estabelece que compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano; o artigo 23, IX determina que União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com competência material

especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. V.I - atendimento em todas as etapas da educação básica, por meio de

programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde."

concorrente, devem promover programas de construção de moradias e a melhoria de condições de habitação e de saneamento básico, prevê ainda, a Constituição, modalidade de aquisição originária de propriedade urbana para quem exercer a posse, sem oposição, de área urbana de até 250 metros quadrados por mais de cinco anos, utilizando-a para moradia de sua família, como disposto no artigo 183.

O direito à moradia também é tratado de forma indireta no Título VII - da ordem econômica e financeira, no Capítulo II da política urbana, pelo artigo 182 da Constituição Federal<sup>67</sup> que dispôs caber ao Poder Público Municipal ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, posteriormente regulamentado pelo Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, que definiu as diretrizes que devem ser observadas neste desenvolvimento, dentre outras, a efetivação do direito à moradia; a gestão democrática por meio da participação popular e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano e simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais.

Entre os instrumentos jurídicos previstos no Estatuto da Cidade, para o desenvolvimento da política urbana e, especialmente, para efetivação do direito à moradia, estão previstos o usucapião especial de imóvel urbano, a instituição de Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS) e a concessão de uso especial para moradia.<sup>68</sup>

O Estatuto da Cidade define, dentre outras medidas relevantes para o desenvolvimento para a política urbana, que o Estado deverá promover o direito à moradia através da elaboração de planos, programas e projetos com o fim de dar concretude a esse direito, dentro da perspectiva de uma cidade sustentável.

Como se pode verificar, o direito à moradia, embora fruível individualmente, impõe

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. "Artigo 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes."

<sup>68</sup> AS ZEIS são áreas da cidade em que se autoriza o parcelamento do solo e edificação segundo índices urbanísticos diferentes do resto da cidade. Esse tratamento diferenciado é mais simples, e tende a ser menos oneroso, de modo viabilizar o direito à moradia das parcelas mais pobres da sociedade (DALLARI, 2002, p. 81). É também uma tentativa de excluir certas áreas da cidade da especulação imobiliária. Já concessão especial para fins de moradia, regulamentada pela Medida Provisória nº 2.220, de 2001, é um instrumento que possibilita ao possuidor de imóvel público, de até 250m2, situado em área urbana, ter a concessão gratuita do imóvel para usá-lo como moradia, desde que não seja proprietário de outro imóvel, rural ou urbano, e que não tenha se beneficiado desse tipo de concessão em outra ocasião." (NASSAR, Paulo André Silva. *Judicialização do direito à moradia e transformação social*: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011, p. 40).

ao Estado a obrigação de efetivá-lo por meio de ações estatais que busquem sua concretização de forma progressiva e igualitária.

Luciano de Souza Godoy, ao tratar do direito à moradia, assim o define: "O direito constitucional à moradia se enquadra como norma programática na categoria de eficácia limitada, que enseja a exigibilidade de prestações positivas por meio de políticas públicas do Estado".<sup>69</sup>

Assim como o direito à moradia, o direito ao lazer, à segurança pública, à previdência social, ao amparo à maternidade e aos desamparados, são direitos que impõem ao Estado a obrigação de efetivá-los por meio de políticas públicas, mas não contam com a densidade normativa necessária à sua judicialização como direito público subjetivo, apto a ser exigido individualmente por cada cidadão.

A ausência da definição da obrigação do Estado na implementação do direito na norma constitucional, ou mesmo em legislação infraconstitucional, acaba por limitar a margem de apreciação pelo Poder Judiciário, no sentido de dar concretude ao direito reclamado, pois a escolha de como deve se materializar a ação estatal de modo a propiciar a realização do direito social é de competência do legislador infraconstitucional e do administrador público, através da adoção de políticas, <sup>70</sup> sendo necessária, neste caso, a integração legislativa. <sup>71</sup>

Já definida a obrigação do Estado, por lei, ou por meio de uma política pública, a atuação jurisdicional se desenvolve sem maiores obstáculos. Pode-se tomar como exemplo a hipótese em que é instituído determinado programa para construção de moradias populares, com aprovação de como será implementado e qual será o grupo social prioritariamente beneficiado; nesse caso, o direito à moradia deixa de ser indeterminado,

<sup>70</sup> "[...] nesta sua dimensão positiva considerada no âmbito dos deveres estatais de promoção do acesso exclusivamente dedutíveis da norma constitucional de garantia, os direitos sociais apresentam as dificuldades de vinculatividade jurídica que afectam idêntica dimensão de qualquer outro direito fundamental neste plano — dificuldades atinentes à insuficiente determinabilidade do conteúdo normativo da respectiva imposição constitucional ou à existência de uma multiplicidade de meios para atingir o fim visado, com a consequente sujeição dos correspondentes deveres estatais a uma reserva do politicamente adequado ou oportuno que confere aos titulares do poder público uma margem de escolha política dos meios, formas, ritmos e prioridades de realização positiva dos direitos fundamentais." (NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., 2010, p. 304).

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 41.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Corroborando o entendimento de que é necessária a integração legislativa para a fruição do direito, Flávia da Cruz Santos, em estudo desenvolvido sobre a inserção do direito ao lazer na Constituição Federal como direito social, aponta que a ausência de uma definição precisa do lazer na Constituição de 1988 compromete sua efetividade, pois não foram definidos os princípios, as diretrizes, os objetivos, os mecanismos e as regras institucionais que deveriam efetivar o direito. (SANTOS, Flávia da Cruz. *Procurando o lazer na Constituinte*: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988. 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Campinas, Campinas, 2011).

pois definida a obrigação do Estado na realização do direito.

A existência de uma política pública, que define a obrigação do Poder Público, retira do direito à moradia a característica de indeterminabilidade e, por conseguinte, confere ao Poder Judiciário maior possibilidade de ingerência na atuação da Administração e nas escolhas orçamentárias efetivadas pelo gestor público, no que tange à necessidade de remanejamento dos recursos.

Quando a atuação prestacional do Estado depender do aporte de expressivo volume de recursos financeiros e da organização de uma política pública destinada a dar concretude ao direito, hipótese que envolve não só escolhas de prioridades, como também possibilidades materiais efetivas, como seria o caso do desenvolvimento de uma política destinada a assegurar a fruição de um determinado direito social, resulta limitada a justiciabilidade desse direito.

A existência de recursos orçamentários também é um fator que irá resultar na maior ou menor possibilidade de intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas e deve ser considerada na apreciação do Poder Judiciário, quando chamado a decidir sobre direitos sociais. A escassez de recursos compromete o conteúdo fático-jurídico do próprio direito, quando são estes realmente insuficientes, que seria a hipótese de escassez severa, há um impedimento de ordem material instransponível, e a simples decisão judicial não é um elemento capaz de modificar a realidade.

No entanto, se a escassez for relativa, maior margem de apreciação haverá para o Judiciário neste caso, pois, em tese, poderá ser instado a se manifestar sobre a legalidade da alocação de recursos para execução de uma determinada política pública de direitos sociais, o que pode levar à reavaliação das escolhas de prioridades efetuadas pela lei orçamentária. Como exemplo, cita-se a hipótese em que a previsão orçamentária de despesa com publicidade seja maior que a destinada à saúde ou à educação.

A experiência brasileira tem demonstrado que o Poder Judiciário, mesmo em situações consideradas de pouca ou nenhuma margem de apreciação, não tem se furtado a fazer suas próprias escolhas, quando nenhuma houver sido feita pelos poderes originalmente competentes, ou seja, Executivo e Legislativo, especialmente nas ações individuais, onde os obstáculos para essa atuação são mitigados pelo reduzido impacto da decisão judicial no orçamento e na atuação da Administração.

Entretanto, mesmo se tratando de demandas individuais, não se pode deixar de reconhecer que o Poder Judiciário, através de suas decisões que envolvem escolhas políticas, acaba por influenciar os atos de governo, mesmo na criação de políticas públicas.

Observe-se, nesse ponto, que a interferência do Poder Judiciário na reavaliação de prioridades e escolhas orçamentárias, ainda que seja para a implementação de direitos sociais, pode resultar em hipótese de afronta ao princípio democrático da separação dos poderes, o que deve ser avaliado caso a caso.

Ainda que se considere que essa atuação política possa, por vezes, ser contrária ao princípio da separação de poderes, previsto na Constituição Federal, em seu artigo 2º, cada vez mais o espaço político vem sendo ocupado com expansão e desenvoltura pelos tribunais e seus juízes, sendo comumente apontada como justificativa para esse comportamento protagonista a ineficiência do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais e o descomprometimento e inércia do Poder Legislativo.

Partindo-se da constatação de que o Poder Judiciário, - não limitado à margem de apreciação e atuando em defesa da garantia do direito assegurado na Constituição -, vem adotando uma postura muito mais ativa em relação às demandas que lhe são colocadas a decidir, invadindo, dentro da clássica concepção da separação de Poderes, o espaço que caberia ao Poder Executivo e Legislativo, resta analisar se há limite para a intervenção judicial nas políticas públicas implementadoras de direitos sociais e qual o impacto do "exercício ativista" sobre a efetividade desses direitos sociais.

José Renato Nalini, partindo da concepção de uma Constituição social dirigente, sai em defesa de um ativismo judicial que venha a dar concretude ao que prescreve a Carta constitucional e, aos que veem esta postura como antidemocrática, afirma que a eleição não é a única forma de legitimação democrática<sup>72</sup>:

Perante uma constituição dirigente, ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade. Reclama-se dele postura diversa da espera inerte. A dimensão cidadão do juiz impõe limites à inércia processual. Para melhorar a instituição e para fazer justiça não precisa a todos os momentos ser despertado da letargia. A ordem fundante impõe-lhe, queira ou não, um protagonismo essencial. O Judiciário, ao lado dos demais poderes do Estado, é tão responsável quanto os demais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. È poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte e não tem o direito de sentir-se alheio ao grande projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. [...] Sem heroísmos estéreis ou medieval quixotismo, o juiz se sente vocacionado a implementar as mensagens normativas da Constituição.

-

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> "A legitimidade do Judiciário, por sua vez, se esteia em sua seleção meritocrática e vai amealhando consistência no exercício transparente e na fundamentação das decisões. A eleição popular não é a única forma de legitimação democrática." (NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2008, p. 325).

Constituição repleta de valores que só poderão ser concretizados mediante o ativismo judicial.<sup>73</sup>

Sustentando entendimento diverso, especialmente no que tange aos direitos sociais, Elival da Silva Ramos pontua que esses direitos são objeto de norma constitucional de eficácia limitada e como tal não pode o Poder Judiciário, com o argumento de que seria direito fundamental, justificar o ativismo judicial, como forma de suprir a necessária atuação do legislador infraconstitucional e conceder o direito assegurado pela Constituição.<sup>74</sup>

O ativismo judicial vem dividindo os intérpretes e aplicadores do Direito entre os que entendem necessária a atuação "ativista" do Poder Judiciário, de forma que possa suprir a omissão dos demais Poderes e os que veem nessa prática um perigo para a democracia, caracterizada por uma espécie de supremacia do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, sem que tenha sido este legitimado para tanto, pois não está submetido periodicamente ao voto popular, próprio do processo democrático, que dá legitimidade aos representantes do povo, a quem cabe efetuar as escolhas políticas.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> NALINI, José Renato. Op. cit., p. 306; p. 329.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> "Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugado com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocadamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas – normativas e não-normativas – e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado." (RAMOS, Elival da Silva. *Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário.* 2010. Artigo disponibilizado no curso de pós-graduação da Universidade de São Paulo, na disciplina Jurisdição Constitucional e Ativismo Judicial).

## 4 DIREITOS SOCIAIS IMPLEMENTADOS POR MEIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como se viu anteriormente, o surgimento do Estado Social e a ampliação dos direitos sociais, a partir do século XX, obrigaram o Estado a adotar medidas positivas, de forma a implementar esses direitos.

O Estado passou a ter uma atuação dirigente, intervencionista e criadora, adotando políticas públicas para o alcance de metas e objetivos definidos. Essa atuação tem reclamado um modelo jurídico próprio, mais dinâmico e voltado à consecução de propósitos determinados, como pontua Patrícia Helena Massa-Arzabe em trabalho que trata das dimensões jurídicas das políticas públicas:

Não se cuida, então, do direito voltado a ordenar o já estabelecido, mas de um direito voltado para ordenar o presente em direção a determinado futuro, socialmente almejado. Essa ordenação prospectiva, que é plasmada por meio de políticas públicas, exige, além das normas de conduta e de organização, normas definidoras de diretrizes e de metas a serem alcançadas.<sup>75</sup>

O Estado social tem a incumbência de interferir nas relações de mercado e estabelecer novo parâmetro de transação entre o administrador e os administrados – não mais na mera relação dual estabelecida entre aquele que presta o serviço e aquele que recebe pelo serviço prestado, mas como o patrocinador múltiplo de prestações universais e igualitárias.

Maria Paula Dallari Bucci, ao tratar do comportamento do poder público diante das demandas decorrentes da implementação dos direitos sociais positivados constitucionalmente, cita lição de Charles-Albert Morand e observa que o direito liberal do século XIX, que se pauta na norma geral e abstrata, na separação de Poderes e na distinção entre público e privado, é substituído por um estado multifacetado, que frente às exigências que lhe são postas adota uma característica diferente para cada desafio que lhe é apresentado.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> "Morand refere-se a: um direito do Estado – providência, baseado na ideia de prestações do Estado (serviços públicos); um direito do Estado reflexivo, cuja expressão são programas relacionais; e finalmente um direito do Estado incitador, fundado em atos incitadores que combinam norma e persuasão. Evidentemente, não há um corte temporal separando nitidamente essas fases; o que há são técnicas de

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52.

Nesse cenário surgem as políticas públicas como instrumento para ação estatal na implementação dos direitos sociais que, embora possam ser fruíveis individualmente, são de implementação coletiva.

Passa-se à análise dos direitos sociais que, do ponto de vista do Estado, devem ser objeto de concretização de forma coletiva e isonômica e das políticas públicas, instrumento de ação do Poder Público, que utilizadas com o objetivo de atender os fins do Estado brasileiro, pode, com fundamento na justiça distributiva, erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e regionais e garantir o desenvolvimento, como previsto no artigo 3º da Constituição Federal.

#### 4.1 Políticas Públicas e a implementação dos direitos sociais

Para o desenvolvimento deste estudo é necessário que se adote um conceito para o termo política pública. Muitos são os aspectos que podem ser abordados na busca de uma definição, pois esta pode ser analisada a partir do ponto de vista político, econômico, administrativo e também jurídico.

Sua definição requer um olhar interdisciplinar em sua essência, que não se apreende sem a inclusão de seus principais fatores, que são: político, econômico e jurídico.

As políticas públicas têm como característica determinante a complexidade da ação estatal e devem, na sua elaboração e execução, observar o interesse público e buscar o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, com a finalidade de atender os fins do Estado.

Afirma Gilberto Bercovici que o fundamento das políticas públicas é a concretização dos direitos através da ação positiva do Estado, apontando o

intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas, a ponto de caracterizar novos padrões qualitativos da relação entre o Estado e a sociedade. Essas diferenças técnicas convivem no tempo, sem nunca ter chegado a afastar o paradigma da norma geral e abstrata, a qual, mesmo criticada e contestada, cercada de novas manifestações do fenômeno jurídico, ainda permanece como o grande elemento de identidade do sistema jurídico. As diversas técnicas de intervenção são utilizadas ao mesmo tempo. E, mais do que isso, são utilizadas diferentemente segundo a atividade social em questão, fazendo conviver modos de ação do Estado liberal, do Estado intervencionista, do Estado propulsivo num mesmo espaço e tempo. O que ocorre é que determinadas atividades sociais são mais propícias a uma ou outra técnica. Isso explica o uso disseminado dos programas finalísticos nas áreas do direito urbanístico e ambiental, por exemplo, com grande difusão de instrumentos de planejamento, e a inadequação dessas técnicas em outras áreas, como a do direito na concorrência, em que o elemento das informações estratégicas das empresas é refratário à subordinação a programas públicos de transparência. O panorama jurídico que se forma, segundo Charles-Albert Morand, é o de 'um direito em migalhas gerando uma imensa necessidade de coordenação'." (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 246-247).

desenvolvimento nacional como a principal delas, pois conforma e harmoniza todas as demais.

O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais.<sup>77</sup>

As políticas públicas de direitos sociais são de extrema importância para o alcance do desenvolvimento econômico e social, pois, quanto maior a concretização dos desses direitos, maior a possibilidade de erradicação da pobreza e eliminação das desigualdades sociais.

Para a implementação de uma política pública destinada a dar efetividade a um direito social, é necessário que se identifique a demanda, tanto do ponto de vista de sua extensão, quanto de suas particularidades (número de pessoas e característica dos que serão contemplados pela atuação estatal), assim como é necessária a planificação do emprego de recursos financeiros e humanos para sua concretização, pois só assim se poderá ter o aproveitamento eficiente dos meios disponíveis.

A política pública, que tem como fim a concretização de direitos, é, em síntese, a materialização de um planejamento estatal, com a carga ideológica do grupo alçado democraticamente ao poder político, que coordena, racionaliza e dá unidade de fins à atuação do Estado, que se define por um conjunto de medidas coordenadas.<sup>78</sup>

Ao analisar a atuação desse Estado implementador de políticas públicas, Patrícia Helena Massa-Arzabe cita Fabio Konder Compararato, para afirmar que o "government by policies" veio substituir o government by Law". Governar não é mais administrar o

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre um conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

<sup>&</sup>quot;O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expressão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de um conjunto de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. [...] Desta forma, não existe planejamento "neutro", pois se trata de uma escolha entre várias possibilidades, escolha guiada por valores políticos e ideológicos consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional. Desta forma, o planejamento, ainda deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados (como os fixados pelo art. 3º. da Constituição de 1988)." (BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 145-146).

presente, mas sim uma tarefa de planejar e forjar o futuro, através de políticas de médio e longo prazo.<sup>79</sup>

Massa-Arzabe defende a ideia de que o Estado dirigente possui um modelo jurídico próprio, que ela denomina de direito das políticas públicas. <sup>80</sup> Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, entende que política pública não é um ramo do direito, mas contém em si fenômenos jurídicos que envolvem outras áreas do conhecimento humano, como se evidencia de sua definição de política pública:

Política Pública é definida como 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 um objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.<sup>81</sup>

As políticas públicas, sob o aspecto da ação estatal, estão inseridas em uma estrutura maior (politics) e se concretizam em ações focadas, destinadas a realizar um determinado fim (policy). Envolvem ação governamental e, como tal, têm um aspecto político determinante, assim como de gestão e economia, e, segundo Maria Paula Dallari Bucci, podem ser divididas entre os seguintes elementos: ação, coordenação, processo e programa.

A ação tem como fonte determinante a atuação política, é definida por quem detém o poder político, os Poderes Legislativo e Executivo. A coordenação é a harmonização das várias áreas envolvidas e de seus respectivos agentes, tem como finalidade extrair a maior efetividade da atuação de todos os órgãos e atores envolvidos no processo de formulação e concretização da política pública. O processo consiste na organização da ação: o tempo necessário para sua realização ou duração; a definição dos recursos públicos envolvidos; o planejamento e sua execução. O programa é o próprio conteúdo da ação governamental, são as medidas concretas e o resultado de toda a ação.

A definição proposta por Maria Paula Dallari Bucci bem retrata no que consiste a

<sup>80</sup> "As formas de Estado dirigente, intervencionista e gestionária, ou seja, as formas efetivas de Estado, requerem para sua atuação e relegitimação um modelo jurídico próprio, ao qual chamo de *direito das políticas públicas*. Tal é o direito que implementa programas de ação postos pelo Estado para atender a finalidades relevantes as mais diversas; o fortalecimento de determinados setores da economia interna, o enfrentamento do problema do desemprego, da poluição ou do analfabetismo, a implantação de maior igualdade de gênero, de raça e etnia." (Ibidem, p. 52-53).

<sup>81</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.) *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Op. cit., p. 53.

complexidade que envolve uma política pública, não só do ponto de vista de sua execução, mas especialmente os fatores políticos, econômicos e de planejamento que a determinam.

É justamente essa complexidade que pode resultar em limitação no alcance do controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, pois se pode cogitar da hipótese em que o Poder Judiciário, na ausência de uma política pública para implementação de direitos sociais, possa determinar que essa venha a ser feita pelos poderes competentes, mas não que venha a definí-la, pois além de não caber ao Poder Judiciário enfrentar a complexidade que envolve a elaboração e execução de uma política, não possui capacidade institucional para tanto.

#### 4.2 Atribuição dos poderes legislativo e executivo

Além da complexidade técnica que envolve uma política pública, o componente político que a define pode também resultar em limitação ao alcance de seu controle judicial.

As leis que tratam de políticas públicas contêm claro conteúdo político, na medida em que dão concretude a um programa de governo, ou seja, ao plano de intenções apresentado pelo governante aos cidadãos e a forma como pretende dar efetividade aos compromissos assumidos na disputa democrática. Estas leis definem a atuação estatal sob uma perspectiva macro, universal e igualitária, e procuram traçar o norte das políticas públicas daí advindas, particularizando a atuação da Administração e o alcance sobre a esfera particular do administrado, com o fim de dar concretude material às linhas mestras preestabelecidas.

Quando se fala em política pública e na respectiva ação estatal, não se está a tratar de política partidária, no entanto, é de se esperar que a escolha de prioridades na efetivação de direitos, assim como na parcela da coletividade que será potencialmente beneficiada, sofra a influência do grupo político dominante no momento em que a política pública é forjada ou executada, sem que haja neste processo ilegalidade passível de correção pelo Poder Judiciário.<sup>82</sup>

Com efeito, no Estado Social Democrático de Direito, o agir estatal é definido a

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> "A finalidade é o norte pelo qual deve se guiar a política. Ela representa um valor, que está invariavelmente inscrito no texto constitucional, representando o fundamento último da atuação ética do Estado e da sociedade." (DERANI, Cristiane. Política e a norma política. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 134).

partir do embate entre as diversas forças políticas presentes na sociedade, que terão como produto a definição da ética, do valor preponderante que será materializado, publicizado, generalizado e universalizado na política pública. Cristiane Derani narra como, do confronto democrático, emergem os valores que compõem uma política pública:

Desta relação social são colhidos valores que deverão ser publicizados, generalizados, universalizados. Eles comporão a política e se tornarão impositivos, por se evidenciarem na forma jurídica, como princípios normativos. Aqui se constrói uma ética social e de ação estatal de onde emanam direitos, deveres e garantias. A ética social se equipara a um quadro de prescrições normativas.<sup>83</sup>

O que irá definir como devem agir os gestores na condução do interesse público são os anseios da sociedade, sua concepção moral acerca dos mais variados assuntos do convívio humano, suas carências econômicas e de desenvolvimento, sua concepção de justiça e de bem comum.

A política pública, que se materializa através de uma construção normativa, está baseada na ética social preponderante, ética esta que vem balizar as ações estatais e decisões administrativas e lhe dar fundamento.

Considerando-se que a política pública é o produto do agir estatal, que vem orientado pela concepção ética da sociedade que o sustenta, pode-se conceber que a política pública, embora decorrente de uma construção normativa, encontra sua legitimidade justamente no confronto do processo democrático e do embate entre diversas forças políticas presentes nesse cenário, resultando desse confronto justamente os valores preponderantes dessa sociedade e os direitos sociais que devem ser concretizados prioritariamente, fatores estes que devem ser observados e respeitados no desenvolvimento do controle jurisdicional de políticas públicas.

A escolha política deve ser observada pelo controle jurisdicional, pois não havendo legalidade a ser sanada, ainda que o magistrado não concorde com a opção política feita, não poderá adotar outra, pois, do contrário, restará afrontado o princípio democrático da separação dos poderes.

O Poder Judiciário pode também ser provocado a decidir sobre a legalidade da escolha efetuada numa determinada política pública, quando, por exemplo, é provocado

<sup>83</sup> DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 135.

por determinado grupo social que deixou de ser contemplado pela atuação prestacional do Estado.

A força política preponderante, muitas vezes capturada pelo poder econômico, nem sempre está ao lado da maior parte da população (maioria), ou do grupo mais vulnerável, aqueles que mais necessitam da atuação prestacional do Estado, nesse caso, o Poder Judiciário pode e deve atuar como fator de equilíbrio, ajustando a atuação política dos Poderes Legislativo e Judiciário ao cumprimento da norma constitucional.

O próprio exercício democrático também desafia a análise da legitimidade e a observância do princípio da isonomia nas escolhas políticas feitas pelo Legislativo e Executivo em relação aos direitos sociais, pois, a falta de representatividade de um determinado grupo minoritário, aqui concebido qualitativamente, isto é, não a partir do seu número de integrantes, mas sim de sua diminuta parcela de poder de representação, não exclui a importância e eventual necessidade de priorização de efetivação do direito social reclamado por este grupo de pessoas.

Pode-se citar, como exemplo, as ações afirmativas que instituem cotas raciais para ingresso no ensino universitário, questão que foi recentemente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade da política pública que estabelece, por 10 anos, a reserva de vaga em universidade para estudantes de raça negra e índios<sup>84</sup> e, em outra decisão, declarou também a constitucionalidade da reserva de vaga para candidatos egressos da rede pública.<sup>85</sup>

Nessa hipótese o que orienta o controle judicial sobre a política pública de direito

<sup>(</sup>O. D1 - -- ٤--

<sup>84 &</sup>quot;O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM) [...] 'No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e 'de um pequeno número delas' para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição', afirmou o Ministro Lewandowski." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia</a> Detalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N>. Acesso em 20 maio 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> "Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou nesta quarta-feira (9) a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 597285), com repercussão geral, em que um estudante questionava os critérios adotados pela UFRGS para reserva de vagas. A universidade destina 30% das 160 vagas a candidatos egressos de escola pública e a negros que também tenham estudado em escolas públicas (sendo 15% para cada), além de 10 vagas para candidatos indígenas." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF confirma validade de sistema de cotas em universidade pública*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207003&caixaBusca=N">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207003&caixaBusca=N</a>. Acesso em 20 maio 2012).

social é a alegação de que nas democracias mais frágeis, em que nem todos os grupos sociais se fazem representar no parlamento, ou que o poder político é também exercido pela maioria detentora do poder econômico, as decisões que emergem do confronto democrático nem sempre retratam a ética social dominante. <sup>86</sup>

Por essa razão Cristiane Derani faz a seguinte ressalva:

Uma sociedade mais democrática, mais consciente, com instrumentos de maior participação, é uma sociedade em que a política pública conterá de maneira mais fiel a força decisória da sociedade. Uma sociedade poderá conter campo e competência para realização de políticas públicas, porém isto não significa que será uma política pública democrática.<sup>87</sup>

Estudo desenvolvido por Matthew M. Taylor investiga o impacto da atuação do Poder Judiciário na elaboração e execução das políticas públicas. Segundo o cientista político, o bom funcionamento do Poder Judiciário serve de contrapeso para o Legislativo e Executivo, harmoniza a separação dos Poderes e dá proteção às minorias, na medida em que, embora alijadas da disputa política, ainda conseguem no Poder Judiciário um *locus* para a apreciação de seus pleitos e, eventualmente, a modificação ou mesmo a criação de uma política pública.

Como o Poder Judiciário é inerte, o quanto este será acionado e deliberará em relação às políticas públicas, também dependerá, não apenas da força dos tribunais, mas também dos padrões das disputas política presentes na sociedade.<sup>89</sup>

O Judiciário ocuparia, neste cenário, uma posição antimajoritária, pois possibilita a ampliação do leque de atores permitindo àqueles que não foram ouvidos na negociação entre Executivo e Legislativo uma forma de oposição ao *status quo* predominante. Permite

<sup>88</sup> TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> A democracia da maioria, nem sempre refletirá o anseio da sociedade, mas sim o da maioria que chegou ao poder, não são necessariamente coincidentes. Pode-se mencionar como exemplos polêmicos a ação declaratória de inconstitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental que travaram discussão sobre a união estável homoafetiva, ADI 4277 e ADPF 132, ou a ADPF 54 que estabeleceu nova excludente de ilicitude para a interrupção da gestação no caso de feto anencéfalo.

<sup>87</sup> DERANI, Cristiane. Op. cit., p. 135.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> Ao fazer a análise da política brasileira, o professor menciona duas posições que seriam contrapostas: de um lado a que considera o sistema político como excessivamente consensual, com muitos "jogadores de veto", o que dificultaria os processos políticos de decisão, fazendo com que apenas propostas com ampla maioria possam ser aprovadas; de outro extremo, menciona os que consideram o sistema político brasileiro mais majoritário, o qual é facilitado por inúmeras regras que permitem o controle do Congresso por aliados do Governo, facilitando a cooperação entre Legislativo e Executivo. "[...] apenas 0,026% das propostas do Executivo votadas no Congresso foram rejeitadas no período posterior à Constituição de 1988. Enfim, existe uma abundância de regras internas que facilitam o controle do Congresso por aliados do Governo e aumentam os incentivos apara a cooperação dos congressistas com o Poder Executivo." (Ibidem, p. 232).

que a minoria não ouvida ou perdedora no processo político tenha um local de força para dedução de sua pretensão e, com legitimidade e efetividade, possa promover a discussão sobre a ausência de uma dada política pública, ou mesmo obter a alteração da já existente.<sup>90</sup>

As políticas públicas podem sofrer influência do Poder Judiciário tanto no momento de sua elaboração quanto na sua própria implementação, mas a atuação jurisdicional não é capaz de suprir a ação do Legislativo e do Executivo.

Taylor afirma que:

Assim sendo, o juiz dificilmente é o único ator relevante na deliberação das políticas públicas no Judiciário. Especialmente depois de implementada, a política pública pode ser contestada judicialmente por uma série de atores, tanto no mundo político quanto da sociedade civil. O fato de o judiciário ter, necessariamente, que lidar com essas contestações força-o – mesmo contra sua vontade ou protelando ao máximo – a ouvir e a tratar de opiniões muitas vezes minoritárias e contrárias aos interesses predominantes no eixo Executivo-Legislativo. 91

Maria Teresa Sadek também destaca a atuação mais ampla do Poder Judiciário em questões que ultrapassam as partes nas lides postas a decidir para alcançar grande repercussão na esfera pública:

Poucos contestariam que, nos últimos anos, juízes, desembargadores, ministros dos tribunais superiores tornaram-se figuras mais conhecidas do que eram no passado. De fato, magistrados têm marcado presença na arena pública. Não se trata apenas de uma atuação circunscrita à resolução de disputa entre partes, mas de uma participação abrangente, relacionada a questões do dia a dia, a problemas de política pública, a temas que dizem respeito a coletividade, à sociedade como um todo. 92

<sup>91</sup> "[...] As regras institucionais, como constatamos anteriormente, podem dar poder a grupos minoritários que não agem no momento da deliberação entre Executivo e Legislativo, inserindo-os no debate pós-hoc e permitindo que usem os tribunais como um ponto de veto no bojo político." (Ibidem, p. 245).

<sup>92</sup> "Para ilustrar bastaria lembrar que o Supremo Tribunal Federal impôs a fidelidade partidária; decidiu sobre o direito de greve de servidores públicos; proibiu o nepotismo no setor público; restringiu o uso de algemas;

-

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> "O governo Fernando Henrique barganhou duramente para reproduzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares no Senado e na Câmara. Mas, ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da reforma foi um acontecimento crônico, usado recorrentemente por grupos deixados de fora das negociações entre membros do *parliamentary agenda cartel*. As mais significativas e reais ameaças às reformas surgiram no Judiciário e não no legislativo: 10 principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF." (TAYLOR, Mattew M. Op. cit., p. 237). As políticas mencionadas pelo autor em nota de referência são: Fundo Social de Emergência, Plano Real, Plano Nacional de Desestatização, Fundo de Estabilização Fiscal, CPMF, reforma administrativa, reforma previdenciária, tributação da aposentadoria de servidores públicos e o racionamento de energia.

A ciência política muito contribui para a construção deste estudo, pois demonstra que a atuação do Poder Judiciário tem grande influência na formulação e implementação de políticas públicas e, ainda que sob o manto do cumprimento da Constituição, não deixa de ser a ocupação de uma posição política.

A não concretização dos direitos sociais e mesmo a atuação deficitária dos poderes competentes para elaboração e execução de políticas públicas tem tornado propício o campo para o ativismo judicial.

Entretanto, como destaca Maria Tereza Sadek "a valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, na importância dos preceitos majoritários". 93

Quando o controle judicial se desenvolve além da mera análise da conformação legal da ação estatal e passa a avaliar o próprio mérito da escolha política feita, que contemplou em uma dada política pública uma determinada camada da população e não outra (ex. cotas em universidades para afrodescendentes e não para índios); a escolha, feita em determinado momento histórico, de um determinado grupo considerado vulnerável e não outro, não implica, necessariamente, em ilegalidade passível de correção pelo Poder Judiciário, mas tão somente uma escolha efetuada dentro da disputa democrática; a legalidade da opção feita deve resultar em limitação para o controle jurisdicional sobre a política pública, pois, do contrário estaria o Judiciário efetuando suas próprias escolhas políticas.

O que se considera um erro é admitir a possibilidade de que o Poder Judiciário venha eleger políticas públicas que devam ser implementadas ou que as venha implementar por meio de decisões judiciais, porque a Constituição Federal é clara ao conferir aos Poderes Executivo e Legislativo a competência para sua elaboração e concretização de forma coletiva e universal.

De fato, estabelece a Constituição que compete ao Poder Executivo a iniciativa da lei orçamentária, lei esta que, dentre outras matérias, também dispõe sobre as políticas públicas que devem ser implementadas e define quais os recursos que serão destinados para sua concretização.

arbitrou sobre o uso de células-tronco; proferiu sentença sobre demarcação de reservas indígenas." (SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 3).

<sup>93</sup> SADEK, Maria Tereza. Op. cit., p. 27.

A partir da lei orçamentária proposta pelo Poder Executivo é que se dá o confronto das forças políticas no Parlamento. O Poder Legislativo poderá referendar a lei orçamentária, modificá-la, alterando a destinação dos recursos, podendo incluir ou modificar as políticas públicas sugeridas, garantindo, em tese, que os valores éticos preponderantes na sociedade orientem a escolha dos direitos sociais que devem ser implementados prioritariamente.<sup>94</sup>

Definida a lei orçamentária, passa a Administração Pública a desempenhar papel fundamental na implementação da política pública, razão pela qual deve ser estruturada e organizada com o fim de lhes dar efetividade, porque também seu agir deve estar comprometido com os fins e objetivos do Estado, definidos no artigo 3°. da Constituição Federal.

A obrigatoriedade de dar efetividade aos direitos sociais acaba por resultar em limitação ao poder discricionário da Administração, especialmente quando já aprovadas em lei orçamentária a implementação de determinadas políticas públicas de direitos sociais.

A doutrina tem destacado a mitigação do poder discricionário da administração quanto se está diante da concretização de direitos sociais, como destaca Patricia Helena Massa-Arzabe:

Neste sentido, não há margem para juízo de discricionariedade ao Poder Público. A positivação das metas e dos caminhos para sua consecução constitui, aliás, procedimento que, antes ausente no ordenamento, vem reduzir drasticamente o campo de discricionariedade da Administração, com razão ainda maior em virtude de tais políticas voltarem-se à realização de direitos sociais imprescindíveis à dignidade de cada pessoa em sociedade. 95

<sup>94</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit. "Artigo 165: Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I- o plano plurianual; II – as diretrizes orçamentárias e III – os orçamentos anuais. [...] Artigo 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 3° - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovados caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou III - sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei. § 4° - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual. § 5° - O Presidente da República poderá enviar mensagem ao Congresso Nacional para propor modificação nos projetos a que se refere este artigo enquanto não iniciada a votação, na Comissão mista, da parte cuja alteração é proposta. [...]."

<sup>95</sup> MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Op. cit., p. 66.

A Administração Pública é desafiada a cumprir o comando constitucional de prover os direitos sociais, isto é, a de planejar e concretizar as políticas públicas aprovadas na lei orçamentária e agora, com o controle judicial cada vez mais amplo, também a demonstrar perante o Poder Judiciário a adequação das escolhas políticas feitas, ou seja, que os fins a serem alcançados com a ação estatal atendem ao comando constitucional.

#### 4.3 Políticas públicas, orçamento e reserva do possível

Como se procurou demonstrar até este ponto, as políticas públicas se originam de decisões e escolhas políticas efetivadas no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo, que levam em consideração, para a sua formulação, a capacidade econômica do Estado de fazer frente às demandas apresentadas pela sociedade.

O atendimento eficiente dos mais diversos e complexos direitos sociais vem desafiando a Administração Pública, não só em razão de suas limitações orçamentárias, mas também em razão de suas limitações operacionais e organizacionais.

Gilberto Bercovici faz interessante análise sobre a necessidade de reestruturação da Administração Pública, para que se possa dar atendimento às obrigações prestacionais do Estado. <sup>96</sup>

O planejamento exige um Estado forte, capaz de direção e coordenação. Para promover o desenvolvimento, devem ser reformuladas as funções do Estado, bem como deve ser reestruturado o seu instrumental. As formas clássicas do direito administrativo, muitas vezes, são insuficientes para as necessidades prestacionais do Estado Social. E a Administração Pública brasileira está bem longe das exigências do desenvolvimento. Sua organização é tradicional, com modificações, geralmente, realizadas de maneira improvisada, mas sem uma transformação fundamental para que o Estado pudesse promover o desenvolvimento. A Administração Pública (e o direito administrativo) está voltada para o modelo liberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, não para a implementação dos princípios e políticas consagradas na Constituição.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Bercovici aborda a reforma administrativa e econômica que se seguiu a partir da década de 70 com crítica à diminuição do Estado enquanto prestador de serviço público, que passou a delegar tal incumbência ao setor privado. "Esta situação se tornou mais grave, a partir da década de 1970, quando o papel do Estado na economia passou a ser cada vez mais contestado. Tentou-se implementar um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental. Pata tanto, o que vem ocorrendo é a concretização de profundos cortes setoriais. Busca-se eliminar serviços e prestações específicos, dirigidos a algum setor social não majoritário com pouca ou nenhuma capacidade de reagir ou buscar uma resistência bem sucedida." (BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 149).

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Ibidem, p. 147.

Mesmo que não se considere necessária a reformulação ou reestruturação da Administração Pública, como exposto pelo autor, considera-se pertinente a afirmação de que seu instrumental é muitas vezes insuficiente para fazer frente às obrigações prestacionais impostas ao Estado pela Constituição Federal.

Ademais, não se pode deixar de considerar que a Administração Pública é diretamente afetada, no desenvolvimento de suas atividades, pelas escolhas políticas do Poder Executivo que a influenciam e direcionam. Nesses casos, a transparência na atuação da Administração, com o fornecimento de todas as informações que possam demonstrar a adequação da escolha feita e sua pertinência em relação ao grau de efetivação do direito social envolvido, acaba por limitar a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre as políticas públicas estabelecidas, pois, uma vez demonstrada, não só a legalidade da escolha feita, mas sua necessidade, adequação e razoabilidade, não poderia o Judiciário modificá-la, por entender que outra seria melhor.

Além do aspecto político, o que também determina e condiciona uma política pública é a disponibilidade orçamentária. As políticas públicas são diretamente afetadas pela capacidade econômica do ente público responsável por sua elaboração e execução, o qual também está submetido a regras fiscais e orçamentárias, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, <sup>99</sup> que estabelece parâmetros para o alcance do equilíbrio fiscal dos entes públicos.

A restrição orçamentária é comumente apontada como justificativa para não concretização de direitos sociais e invocada a lei de responsabilidade fiscal como instrumento limitador dos investimentos públicos. <sup>100</sup>

Gilberto Bercovici vê na imposição do equilíbrio orçamentário uma possível restrição à implementação de políticas públicas.

<sup>99</sup> BRASIL. *Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/lcp/lcp101.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/lcp/lcp101.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

-

<sup>98</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo... Op. cit., p. 241-247.

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> A lei de responsabilidade fiscal procura assegurar o equilíbrio entre despesas e receitas, mas não tem como preocupação dar concretude aos fins da Constituição que impõe ao Estado a efetivação de direitos sociais e, por conseguinte, o aumento das despesas. Flávia Piovesan aponta as dificuldades que podem ser trazidas pela globalização e pelos modelos neoliberais de equilíbrio econômico. "O processo de globalização econômica, inspirado na agenda do chamado 'Consenso de Washington', passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas para a reforma e a estabilização das denominadas 'economias emergentes'. Tem por plataforma o neoliberalismo, a redução das despesas públicas, a privatização, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para a eliminação do déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior." (PIOVESAN, Flávia. *Democracia, direitos humanos e globalização*. Disponível em: <a href="http://conselhodedireitoshumanos.blogspot.com.br/2008/11/democracia-direitos-humanos-e.html">http://conselhodedireitoshumanos.blogspot.com.br/2008/11/democracia-direitos-humanos-e.html</a>>. Acesso em: 8 ago. 2012).

A Constituição não contempla o princípio do equilíbrio orçamentário. E não o contempla para não inviabilizar a promoção do desenvolvimento, objetivo da República fixado no seu art. 3°., II. A implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras vezes, gera déficits orçamentários. Não se pode restringir a atuação do Estado exclusivamente para obtenção de um orçamento equilibrado, nos moldes liberais, inclusive em detrimento de investimentos na área social, que é o que faz a Lei de Responsabilidade Fiscal. 101

Procurando estabelecer para o gestor público, além da responsabilidade fiscal, também o comprometimento com o investimento dos recursos públicos na implementação de direitos sociais, foi apresentada no ano de 2006 a proposta, SUG 210/2006 CLP, que deu origem ao Projeto de Lei Complementar 264/2007, que tem como objetivo alterar a lei de responsabilidade fiscal para estabelecer objetivos e metas de responsabilidade social, com a criação de indicadores para monitorar as desigualdades de renda, gênero, raciais, étnicas, geracionais e regionais. A iniciativa, que até o momento ainda não rendeu frutos, traz hipótese interessante para o enfrentamento do óbice orçamentário na concretização dos direitos sociais, pois pode ser um bom instrumento de aferição da realização de investimentos na efetivação desses direitos, de seus resultados e mesmo ser utilizado como base de informação para o controle jurisdicional de políticas públicas pelo Poder Judiciário. 102

Ainda que venham a ser aprovadas alterações legislativas que possam facilitar ou dar maior agilidade ao emprego dos recursos públicos, o fato é que os direitos sociais efetivamente sofrem limitações em sua implementação em face da disponibilidade ou não de recursos financeiros, ou, como apontado pela doutrina, na limitação da reserva do possível.

O termo reserva do possível foi utilizado pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional alemão, ao julgar pedido de acesso a ensino fundamental. A Corte alemã rejeitou o pedido e firmou o entendimento de que a pretensão deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. <sup>103</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> BERCOVICI, Gilberto. Op. cit., p. 157.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de projeto de lei complementar n. 264/2007*. Disponível em: <a href="http://www2.camara.gov.br/">http://www2.camara.gov.br/</a>; <www2.camara.gov.br/agencia/noticias/109934.html>. Acesso em: 4 out. 2012.

<sup>103 &</sup>quot;Historicamente, a reserva do possível surge como um argumento na discussão a respeito da concretização judicial dos direitos sociais. O tópos foi elaborado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em um julgado conhecido como numerus clausus. Neste processo discutia-se a constitucionalidade das restrições ao direito á livre escolha da profissão, consubstanciadas no número de vagas em medicina nas universidades, que era —

Partindo da visão dos economistas, define Fernando Facury Scaff a reserva do possível como:

Os economistas possuem uma expressão bastante interessante, denominada "limite do Orçamento", que depois foi trasladada para o Direito, a partir de uma decisão do Tribunal Constitucional alemão, com o nome de "Reserva do Possível". O significado é o mesmo: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com a exigência de harmonização econômica geral. <sup>104</sup>

José Reinaldo de Lima Lopes, ao discorrer sobre o tema da reserva do possível, propõe que seja a limitação econômica analisada sob três aspectos: obrigação impossível (impossibilidade jurídica e impossibilidade econômica); questão política; e analogia com as condições e cláusulas potestativas.

A impossibilidade jurídica consistiria no impedimento de alocação de recursos sem a devida observância das regras orçamentárias, legalmente definidas.

Ao tratar da escassez e impossibilidade econômica, Lima Lopes cita como exemplo o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal, <sup>105</sup> e conclui que a limitação advém de um prévio processo de escolha:

Assim, há escassez quando se verifica que um determinado medicamento (ou tratamento) existe, mas seu custo é tal que sua provisão impedirá o fornecimento de outros medicamentos (ou tratamento) ou mesmo que exigirá o corte de outras despesas em outras áreas. Impossibilidade econômica, não técnica, existe quando se requer a distribuição de um medicamento já testado e comercializado cujo custo faz dele um remédio para poucos. Note-se que em casos assim está em jogo o caráter igualitário do acesso à saúde. Como visto acima, o art. 196 da Constituição Federal explicita como garantia do direito à saúde "políticas sociais e econômicas". Estas, por sua vez, devem visar, segundo a

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 169.

e provavelmente permanece sendo — inferior à demanda estudantil. A decisão foi proferida em 18 de julho de 1972, e consignou que: "Em tanto que lós associados tampoco se encuentran restringidos de antemano a ló existente, se encuentran sin embargo, bajo la reserva de lo possible em el sentido de ló que el particular puede exigir em forma razonable de la sociedad." (FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <a href="http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf">http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf</a>>. Acesso em: 4 out. 2012, p. 117.)

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. "Artigo 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Constituição, o "acesso universal e igualitário". Ou seja, o que se pode pedir e o que se pode deferir terá sempre este caráter universal (deve contemplar a todos os que se encontram naquela situação) e igualitário (ou seja, não pode preferir a uns ou outros, não pode conceder a uns e não a outros). <sup>106</sup>

A escassez, portanto, também está diretamente relacionada às escolhas políticas. <sup>107</sup> Isto é, não tendo recursos para a implementação de todos os direitos sociais de uma única vez, nem todos serão concretizados ao mesmo tempo. A escolha do direito social que será implementado é uma questão política, o que não significa, necessariamente, que não há recursos, mas sim, que sendo estes escassos para a concretização de todos os direitos para toda a sociedade, resultará que em determinado momento histórico os recursos podem ser suficientes para a concretização de um dado pleito social, mas podem não ser para outro.

Por fim, faz o autor analogia com a cláusula potestativa, <sup>108</sup> aquela que invalida o negócio jurídico quando sua execução ou consequências dependem exclusivamente de uma das partes. Ao fazer analogia com a cláusula potestativa, questiona o autor se está a sociedade à mercê da decisão exclusiva do Estado, no que tange à escolha de onde haverá escassez de recursos.

Entende Lima Lopes<sup>109</sup> que a reserva do possível não pode ser justificativa para a não-implementação de um direito social, quando possivelmente manipulada pelos Poderes Executivo e Legislativo a lei orçamentária, de modo a criar fictamente a impossibilidade econômica, o que significa afirmar, em última análise, que a escolha é limitada, deve sempre ser priorizada a efetivação dos direitos sociais, pois assim determina a Constituição Federal.

No mesmo sentido, J. J. Canotilho destaca o risco para a efetivação dos direitos sociais ante a alegação da reserva do possível:

[...] Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno... Op. cit., 181.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto: Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 181-183.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> "Impossibilidade econômica significa em última análise um grau de ineficácia ou de custo que torna determinada ação inconveniente para alguém ou para algum grupo. O custo pode não tornar impossível a ação, mas a torna indesejável. Sobretudo, deve-se notar que estados de escassez resultam várias vezes de escolhas feitas (investimento em uma coisa e não em outra *v.g.*). São as escolhas de prioridades que podem levar a escassez a uma área e não a outra." (Ibidem, p. 182).

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Artigo 122 do Código Civil (BRASIL. *Lei n. 10.406*, *de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/110406.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/110406.htm</a>. Acesso em 22 maio 2011).

direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. 110

Também o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ratificado pelo Brasil e que integra o ordenamento jurídico no patamar de norma constitucional, prevê que os direitos sociais devem ser implementados de forma progressiva, com o emprego do máximo de recursos disponíveis.

Flavia Piovesan ao tratar da implementação dos direitos sociais, sob o enfoque do direito internacional, destaca a necessidade de que sejam empregados o máximo de recursos disponíveis para a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais:

No plano internacional, por sua vez, há que se repensar a doutrina da "aplicação progressiva" desses direitos, enfatizando que o máximo de recursos disponíveis deve ser utilizado para a sua implementação, como prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – mesmo porque há países em que os direitos civis e políticos é que apresentam aplicação progressiva, já que os direitos sociais são implementados. Uma vez mais, há que se reduzir o grau de discricionariedade estatal, a partir da elaboração de um instrumental científico de indicadores, que torne viável a "cobrança" desses direitos. <sup>111</sup>

Não há como se negar a escassez de recursos, mas também não há como subtrair da norma constitucional que impõe a implementação de direitos sociais o caráter vinculante que possui em relação ao agir estatal. A escassez de recurso não a pode transformar em letra morta, sem eficácia, deve, ao contrário, ser balizador do emprego dos recursos disponíveis.

No caso do direito à educação, determina a Constituição Federal no artigo 212, que a União investirá anualmente no mínimo 18% da receita resultante de impostos e os Estados, Distrito Federal e Municípios, 25%, compreendido além dos impostos a transferência de recursos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Quanto ao direito à saúde, a Constituição Federal, no artigo 198, estabelece que o

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 481.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

Sistema Único de Saúde será financiado com os recursos da seguridade social da União, dos Estados e Municípios, na forma estabelecida no artigo 195 da Constituição Federal. A Lei 141/12, que regulamentou o artigo 198 antes referido, prevê o percentual mínimo das receitas orçamentárias que deve ser empregado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios nas ações e serviços de saúde.

Nesse ponto, há que se fazer a ressalva de que não só os direitos sociais implicam custos para o Estado, mas também a garantia de fruição dos direitos civis e políticos requer, muitas vezes, a adoção de medidas que representam custo financeiro. Portanto não somente os direitos sociais requerem o aporte de recursos para a sua efetivação, mas, de forma geral, quando assegurado de forma coletiva e universal, todos os direitos fundamentais.<sup>113</sup>

O conhecimento da sociedade acerca dos recursos disponíveis é de extrema importância, não só para que se viabilize o monitoramento da implementação dos direitos sociais de forma progressiva, mas também para que se possa de forma democrática e transparente avaliar a concretização dos planos e metas estabelecidas pelos governos eleitos, na gestão dos recursos públicos.

O planejamento vincula a atuação do Poder Público, e a concretização dos planos de governo depende de previsão orçamentária e de investimentos, que devem ser efetivados em longo, médio e curto prazo, como prevê o artigo 165 da Constituição Federal.

A fiscalização da ação do Executivo para que atue de forma vinculada ao planejamento, planos e lei orçamentária, referendados pelo Parlamento, pode repercutir favoravelmente na implementação dos direitos sociais, pois, uma vez aprovada uma determinada política pública, com a destinação de recursos para sua efetivação, deveria restar mitigado o poder discricionário do Chefe do Executivo em realizá-la ou não.

Pode-se afirmar que, uma vez aprovada a política pública e destinados recursos

BRASIL. *Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012.* Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/LCP/Lcp141.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/LCP/Lcp141.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012. "Art. 1º Esta Lei Complementar institui, nos termos do § 3º do art. 198 da Constituição Federal: I - o valor mínimo e normas de cálculo do montante mínimo a ser aplicado, anualmente, pela União em ações e serviços públicos de saúde; II - percentuais mínimos do produto da arrecadação de impostos a serem aplicados anualmente pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios em ações e serviços públicos de saúde; III - critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados aos seus respectivos Municípios, visando à progressiva redução das disparidades regionais; IV - normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal."

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 285.

para sua concretização, estaria o gestor público comprometido com sua execução, o que poderia ser objeto de aferição pelo Poder Judiciário, quando instado a se manifestar em ação judicial em que se pretende a efetivação do direito social.

O desafio está em priorizar, no planejamento e no emprego dos recursos disponíveis, a concretização desses direitos, sempre com o olhar direcionado para o futuro, com o objetivo de atender, progressivamente, um número cada vez maior de pessoas, pois, como já apontado, são essencialmente direitos de implementação coletiva, que devem ser assegurados prioritariamente aos grupos sociais mais vulneráveis.

# 5 QUESTÕES RELATIVAS AO CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais foram examinados a partir da análise da eficácia e efetividade de sua norma e de sua maior ou menor justiciabilidade.

Também se demonstrou que devem ser implementados pelo Estado de forma universal e igualitária e são tratados pelos Poderes Executivo e Legislativo por meio de políticas públicas, que para sua elaboração, realização e execução estão condicionadas às escolhas políticas e à disponibilidade econômica dos entes públicos.

A partir da análise de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a judicialização dos direitos sociais e de suas políticas públicas, segue-se, no presente estudo, na procura da identificação dos limites para o alcance da atuação do Judiciário e nas possibilidades de desenvolvimento desse controle, sem que haja a indesejada usurpação das funções dos demais poderes, bem como a afronta ao princípio da igualdade.

#### 5.1 O princípio da separação dos poderes

De início, é necessário investigar como o Poder Judiciário assumiu o papel de protagonista e como passou a intervir nas questões que envolvem escolhas políticas.

Com o fim do período da Ditadura Militar e a redemocratização do País, houve o fortalecimento da magistratura e a recuperação da garantia dos magistrados, também institucionalmente enfraquecidos no período de exceção, fatores que contribuíram para que o Poder Judiciário deixasse de desempenhar, como a firma Luiz Roberto Barroso, a função de "departamento técnico-especializado" para se transformar em um verdadeiro poder político, "capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes." 114

Além do fortalecimento da magistratura, a Constituição de 1988 expandiu a competência do Ministério Público e criou as Defensorias Públicas, o que também contribuiu para a ocupação de espaço político pelo Judiciário que, cada vez mais, vem

<sup>&</sup>quot;A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes." BARROSO, Luiz Roberto. *O controle...* Op. cit., p. 332.

sendo acionado pela sociedade para dirimir conflitos que envolvem direitos sociais.

O princípio da separação dos poderes foi inserido na Constituição de 1988, no artigo 2º 115 que prevê a atuação harmônica e independente entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

A separação de poderes que tem seu antecedente mais remoto no pensamento de Aristóteles, <sup>116</sup> foi por Montesquieu concebida como um sistema, em que as funções legislativa, executiva e judiciária atuam de forma harmônica e independente entre si, modelo que influenciou a maior parte das Constituições pós-Revolução Francesa. <sup>117</sup>

A teoria de Montesquieu tinha como finalidade precípua preservar o direito de liberdade, controlando o exercício do poder pelo governante e evitando que todas as funções do Estado estivessem concentradas num único órgão que, de forma arbitrária, poderia afrontar o direito de liberdade. 118

A divisão dos poderes proposta por Montesquieu em o "Espírito das Leis" foi, como ensina Dalmo Dallari, "construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais" e teve como finalidade neutralizar e limitar o poder estatal em defesa dos direitos de liberdade. No momento histórico em que foi concebida a teoria política do filósofo francês, que

<sup>118</sup> Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que

julgar e punir. Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só

haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. (Ibidem, p. 78).

<sup>119</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. "Artigo 2º "São Poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

<sup>116</sup> O antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar. Mas a concepção moderna da separação de poderes não foi buscar em Aristóteles sua inspiração, tendo sido construída gradativamente, de acordo com o desenvolvimento do Estado e em função dos grandes conflitos político-sociais. (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos...* Op. cit., p. 78).

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Ibidem, p. 78.

se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições. Em sua obra "De L'Esprit des Lois", aparecida em 1748, Montesquieu afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis, mesmo quando confiadas a um só órgão. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois "Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes". O ponto obscuro da teoria de Montesquieu é a indicação das atribuições de cada um dos poderes. Com efeito, ao lado do poder legislativo coloca um poder executivo "das coisas que dependem do direito das gentes" e outro poder executivo "das que dependem do direito civil". Entretanto, ao explicar com mais minúcias as atribuições deste último, diz que por ele o Estado "pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos". E acrescenta: "chamaremos a este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o poder executivo do Estado". O que se verifica é que Montesquieu, já adotando a orientação que seria consagrada pelo liberalismo, não dá ao Estado qualquer atribuição interna, a não ser o poder de

também foi magistrado, <sup>120</sup> o Poder Judiciário não era uma instituição confiável, e atuava na defesa de seus próprios interesses e da nobreza. <sup>121</sup>

A separação mais rígida dos poderes estatais, ou funções do Estado, foi sempre uma característica do Estado brasileiro, com exceção do período da Ditadura Militar, em que o Poder Executivo interferiu diretamente no Poder Judiciário. Os Tribunais em geral não se manifestavam sobre questões que envolvessem ingerência nas funções dos demais poderes, sendo, inclusive, marcante a reverência ao poder discricionário da Administração.

Antes da Constituição Federal de 1988, especialmente na vigência do regime de exceção dos governos militares, <sup>122</sup> o Poder Executivo gozava de grande liberdade no exercício da discricionariedade administrativa, vigorando de forma tranquila o entendimento de que o mérito do ato administrativo não era passível de análise pelo Poder Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Ada Pellegrini Grinover, ao analisar o tema, aponta que: "No Brasil, durante muito tempo os tribunais auto-limitaram-se, entendendo não poder adentrar o mérito do ato administrativo. Diversas manifestações do Poder Judiciário, anteriores à Constituição de

Dalmo Dallari ao abordar o tema da Independência do Magistrado e Direitos Humanos esclarece que o Judiciário, à época da eclosão da Revolução Francesa, gozava de grande desconfiança por parte das pessoas que a ele recorriam. "[...] a magistratura é privatizada e se torna propriedade de determinadas pessoas. Assim, por exemplo, Montesquieu foi juiz. Como é que Montesquieu foi juiz? Porque herdou o título de juiz de um tio. Naquela oportunidade — segundo os historiadores da magistratura francesa —, os juízes usavam e abusavam dos seus poderes. Os juízes — que primeiramente eram todos ligados á nobreza — decidiam conflitos, mas nem os nobres ficavam satisfeitos porque os juízes vendiam muito caro as suas decisões, os juízes decidiam um conflito e ficavam sempre com a maior parte. Isto foi muito importante para que se criasse uma mentalidade de resistência aos juízes. Alguns historiadores franceses dizem que se criou, mesmo, ódio aos juízes [...]". (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Independência da magistratura e direitos humanos*. Disponível em: <a href="http://www.dhnet.org.br">http://www.dhnet.org.br</a>>. Acesso em 10 jul. 2009).

<sup>&</sup>quot;Neste aspecto, o princípio da separação dos poderes serviu para refrear a contínua interferência da realeza nas decisões dos juízes. Os reis ingleses, por sua influência direta na composição e na atuação dos órgãos jurisdicionados, não raras vezes tentavam intervir nas decisões exaradas nos casos concretos de maior relevância, a fim de que certas orientações do Parlamento não fossem adotadas. Esta indevida interferência não poderia ser tolerada em um momento histórico no qual os direitos e as liberdades individuais estavam em plena afirmação. Se a lei é o comando geral e abstrato derivado da vontade soberana do povo, então qualquer interferência em sua aplicação aos casos concretos representava grave comprometimento à ordem geral." (CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: um novo modelo de jurisdição. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009), p. 50-51.

<sup>&</sup>quot;O que se pretendia com a nova constituição era evitar o que aconteceu com a aplicação do Ato Institucional nº 5, o AI-5, uma emenda constitucional por ato do Poder Executivo, como os outros quatro o eram, mas este, decretado em 13 de dezembro de 1968, dava poderes ao presidente da República para fechar o Congresso Nacional; a legislar amplamente; a intervir nos estados e municípios; suspender os direitos políticos; confiscar bens. Ainda, suspendeu as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo, assim como garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular." (FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; LOVIZIO, Martha Cecília. Constituição e Memória Histórica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 67/68, p. 131-162, jan./dez. 2008, p. 137).

1988, assumiram essa posição." <sup>123</sup>

A norma constitucional prevista no artigo 2º da Constituição Federal estabelece a independência entre os poderes, com o propósito de que um não seja suplantado por outro, ou, em outras palavras, que não tenha suas funções usurpadas por outro ou pelos demais.

Demonstrou-se neste estudo que os direitos sociais devem ser implementados por meio de políticas públicas, tarefa que compete aos Poderes Executivo e Legislativo.

No entanto, o que se tem verificado na atualidade, com a crescente judicialização dos direitos sociais, e a atuação do Judiciário em questões políticas e sua interferência na concessão e implementação desses direitos; uma das causas que tem sido apontadas como fundamento para esse fenômeno é a omissão dos demais poderes na concretização do comando constitucional.

A inércia dos Poderes Executivo e Legislativo não é mais vista como uma simples escolha política, inserida no poder discricionário do governante; uma vez estabelecida pela Constituição a obrigação prestacional do Estado, a ausência da ação estatal na implementação do direito social pode caracterizar omissão no cumprimento da Constituição e dos próprios objetivos do Estado, o que, segundo o Poder Judiciário, é o bastante para lhe conferir legitimidade para efetuar o controle jurisdicional sobre políticas públicas, como se verá no desenvolvimento deste capítulo.

A atuação do Judiciário, na concretização dos direitos sociais, foi importante para o surgimento do fenômeno identificado pela doutrina como a flexibilização da separação dos poderes, que tem se manifestado de diversas formas, mas que consiste, em síntese, na intromissão de competências, isto é, verificada omissão do poder competente, atua o Poder Judiciário, quando provocado, de forma a supri-la, muitas vezes substituindo o poder que se quedou inerte, como ocorreu recentemente no julgamento da ação de descumprimento fundamental, ADPF n. 132, e na ação direta de inconstitucionalidade n. 4277, 124 julgadas

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 126.

Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto, recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia Homem/Mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada.

pelo Supremo Tribunal Federal, que tiveram como consequência o reconhecimento aos casais homossexuais dos mesmos direitos que a legislação brasileira estabelece para os casais heterossexuais que estabelecem uma união estável.<sup>125</sup>

Consideraram os ministros, ao reconhecer direitos à união homoafetiva, que o contrário seria hipótese de discriminação, vedada pela Constituição e atentatória à dignidade humana, de tal modo que a união estável estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo pode gerar os mesmos direitos que uma união heterossexual. Este reconhecimento implica reconhecimento de direitos e deveres decorrentes da união estável e, por conseguinte, também a ampliação das obrigações previdenciárias e fiscais, por exemplo, a inclusão do companheiro como dependente econômico no campo previdenciário, o que lhe dá o direito de perceber eventual aposentadoria na hipótese de falecimento do companheiro ou companheira. 126

Há outros exemplos em que a inércia do Poder Legislativo, em instituir normas que deem concretude a um direito garantido na constituição, pode resultar em omissão no cumprimento do comando constitucional, possibilitando assim a interferência do Poder Judiciário, que passa a decidir sobre questões que antes seriam de competência exclusiva do Poder Legislativo ou Executivo e, o faz não apenas para declarar a omissão inconstitucional, mas para efetivamente conceder o direito reclamado ou mesmo modificar a política pública existente.

Assim, com fundamento nos fins do Estado brasileiro, nos valores e princípios constitucionais, como a dignidade humana, tem o Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, concedido o direito social que estaria sendo violado pela inércia dos demais

Cláusula pétrea. [...] 4. União estável. Normação constitucional referida a homem e mulher, mas apenas para especial proteção desta última. Focado propósito constitucional de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano. Identidade constitucional dos conceitos de "entidade familiar" e "família". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277*. Relator Ministro Relator Ayres Brito, j. 5 maio 2011).

125 Ministros do Supremo deixaram claro na manifestação de seus votos que a atuação do Judiciário se fazia necessária ante a inércia do Poder Legislativo. Ministro Gilmar Mendes declarou "Não seria extravagante, diante das acusações de ativismo judicial, dizer-se que melhor saberia o Congresso encaminhar esse tema, como tem feito muitos parlamentos no mundo todo. Mas é verdade que o quadro que se tem é de inércia, de não decisão por razões políticas diversas", segundo matéria publicada pelo periódico O ESTADO DE SÃO PAULO. *A decisão exemplar do STF*. 7 maio 2011. Disponível em: <a href="http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-decisao-exemplar-do-stf">http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-decisao-exemplar-do-stf</a>,715979,0.htm>. Acesso em: 7 maio 2011.

<sup>126</sup> "Ressalte-se, neste aspecto que os Tribunais dos Estados já adotavam o entendimento no sentido de reconhecer os direitos previdenciários ao companheiro, quando comprovada a união estável homoafetiva, como exemplifica o julgado a seguir mencionado: Ementa: Previdência social - Pensão. – A pensão por morte é devida a companheiros de mesmo sexo na constância da união homoafetiva em face do princípio constitucional da igualdade (art. 5°, caput, I, CF). – O benefício da pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido [...]." (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n.* 726.939.5/7-00. Relator Desembargador Rebouças de Carvalho, j. 17. dez. 2008).

poderes, resultando na flexibilização da separação dos poderes.

Ada Pellegrini Grinover pontua que, além da infringência frontal da Constituição Federal, deve o controle jurisdicional de políticas públicas se desenvolver também sob o ótica dos fins do Estado. "O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos de Poder público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado". <sup>127</sup>

Por que falar-se em flexibilização da separação dos poderes, se o Judiciário, ao conceder o direito reclamado, o faz na ausência de lei que o regule, por meio da hermenêutica, <sup>128</sup> com fundamento na Constituição Federal e em seus princípios?

Pode-se considerar que há a flexibilização da separação dos poderes na atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas, pois, ao decidir sobre a concessão desses direitos, está o Magistrado interferindo, em última instância, na ação que cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, a quem compete a implementação dos direitos sociais previstos na Constituição, de forma coletiva e universal, como o direito à saúde, o direito à educação, à moradia, à segurança, etc., por meio de políticas que tenham em sua elaboração passado pelo crivo democrático da escolha de prioridades e destinação de recursos que se opera no processo de deliberação desses Poderes.

A flexibilização da separação dos poderes, com o objetivo de dar concretização aos direitos assegurados na Constituição, dá lugar a uma ordem jurídica mais ampliada, mais fluida e menos segmentada, em que são os poderes menos deferentes entre si, mas, possivelmente mais eficientes na concretização dos fins do Estado social democrático de direito.

Seguindo esse pensamento, a interpretação que poderia ser atribuída à separação de poderes, prevista no artigo 2º da Constituição Federal, é a da repartição de funções de um único poder, o poder estatal, poder este que teria como especificidades a atuação legislativa, a judicial e a executiva, que se desenvolve de forma harmônica e independente.

Nesse desenho institucional, os poderes estatais não se sobrepõe um ao outro, mas também não são absolutamente livres de interferência entre si, complementam-se com o propósito de concretizar os fins do Estado. Deste modo, a atividade legislativa não se

10

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional... Op. cit., p. 129.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Para Carlos Maximiliano, há uma distinção entre hermenêutica e interpretação: "Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar" (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 1).

suplantaria às demais, assim como a função jurisdicional não se limitaria a mera aplicadora da lei, assumindo uma atuação de criação do direito na interpretação conferida às leis e na avaliação dos atos dos demais poderes, sempre com o objetivo de concretizar os fins previstos na Constituição e na efetivação dos direitos fundamentais. 129

Osvaldo Canela Junior, em seu estudo sobre a efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo, desenvolve a ideia de que o poder é uno com diferentes funções.

E assim a teoria da separação dos poderes (art. 2º. da CF brasileira) muda de feição passando a ser interpretada da seguinte maneira: o Estado é uno e uno é seu poder. Exerce ele seu poder por meio de formas de expressão (ou Poderes). Para racionalização da atividade estatal, cada forma de expressão do poder estatal exerce atividade específica, destacada pela Constituição. No exercício de tais funções é vedado às formas de expressão do poder estatal interferência recíproca: é esse o sentido da independência dos poderes. 130

É nesse cenário, mais fluido, e com fundamento na Constituição que surge a judicialização dos direitos sociais e de suas políticas públicas, como um fenômeno caracterizado pelo agir do Poder Judiciário em questões<sup>131</sup> sobre as quais antes não atuava, justamente por ser considerado objeto de decisão política, que caberia exclusivamente aos Poderes Executivo e Legislativo.<sup>132</sup>

A consecução dos fins do Estado, previsto na Constituição, desafia o agir do Poder Público como um todo, pois valores e princípios são invocados nas decisões judiciais como regras jurídicas e dão fundamento à concessão de direitos e, por conseguinte, à imposição de obrigações ao Poder Executivo e Legislativo, estabelecendo uma realidade normativa mais ampla que acaba por reduzir o alcance dos poderes discricionários da Administração

130 (CANELA JUNIOR, Oswaldo. Op. cit., p. 17-19).
 131 A doutrina aponta como marco inicial do controle judicial sobre as questões políticas a decisão proferida nos Estados Unidos no ano de 1803, no caso Marbury x Madison, quando o juiz John Marshall decide que compete ao Poder Judiciário definir se a questão é ou não política, isto em, se ele teria ou não ingerência sobre esta, numa clara demonstração de que o Poder Judiciário seria a ultima palavra no controle da constitucionalidade das leis.

<sup>129 &</sup>quot;[...] as formas de expressão do poder estatal são, por isso mesmo, meros instrumentos para a consecução dos fins do Estado, não podendo ser consideradas por si só. O primeiro dogma do Estado liberal a ser quebrado foi o da atividade legislativa, como sendo a preponderante sobre os demais poderes. E, acrescente-se: o segundo dogma, foi o da atividade jurisdicional prestada por um juiz que represente apenas *La bouche de la loi*." (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional... Op. cit., p. 128).

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> "O controle de constitucionalidade altera o papel do Poder Judiciário, inicialmente concebido por Montesquieu, reservando-lhe a palavra final nos atos praticados pelas outras formas de expressão do poder estatal. Este é, sem dúvida, o prelúdio da admissão do controle judicial de quaisquer atos de governo que, materializados, vulneram a Constituição." (CANELA JUNIOR, Oswaldo. Op. cit., p. 65).

e impor maior agilidade à atividade legislativa.

Em uma sociedade pluralista como a brasileira, que congrega diferentes culturas, raças, credos, religiões e valores, a concretização dos fins propostos pela Constituição, requer um diálogo político complexo e abrangente que, por vezes, envolve direitos igualmente protegidos, mas conflitantes em sua efetivação. 133

Essa complexidade própria de uma sociedade pluralista e dinâmica, em que os conflitos de direitos igualmente protegidos estão presentes, requer a atuação conjunta de todos os poderes, cabendo ao Judiciário não só o controle da legalidade de um ato, mas também a escolha da regra jurídica, do valor ou do princípio que deve se sobrepor aos demais, numa atuação que, por vezes, se confunde com o agir político, numa clara demonstração da superação da clássica divisão e independência de poderes.<sup>134</sup>

Entretanto nem tudo é harmonia na busca da concretização dos direitos sociais, pois a ingerência do Poder Judiciário, verificada na flexibilização dos poderes, pode comprometer a segurança jurídica e requer sua sistematização, com a identificação de seus limites de atuação, para que não resulte em afronta ao princípio da isonomia e na usurpação de funções dos demais poderes. <sup>135</sup>

A análise dessa nova forma de atuar das funções estatais ou poderes é que irá definir o desenho desse Estado Social Democrático de Direito, que tem como balizador ético maior a concretização e respeito aos direitos fundamentais.

<sup>133</sup> "Alguns paradigmas que antes serviam de escudo à isenção do Poder Judiciário, sobretudo em fases caracteristicamente marcadas pelo liberalismo e pela ideologia burguesa, hoje, tornam-se empecilhos à realização de justiça. Eram seus paradigmas: a distância política do magistrado; a tripartição estática de poderes; o julgamento cego conforme a lei; o formalismo procedimental; a equidistância dos juízes das partes; o impedimento de produção de provas pelo juiz, característico do chamado processo inquisitivo; a cultura do rito processual estanque. Por isso, a qualidade da justiça pode ser medida a partir da qualidade das instituições e da cultura de que se reveste, e os traços ali encontrados são exatamente aqueles que se encontram no discurso da modernidade, em que técnica e formalmente se destacam." (BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 307).

"Os conflitos específicos se explicam, em boa medida, pelo reflexo, nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a contemporânea. Sua configuração envolve, frequentemente, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, dotados de igual hierarquia, cada qual incluindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa. Assim, direitos fundamentais – elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos – parecem entrar em choque em muitas circunstâncias. Outros elementos constitucionais também podem apresentar uma convivência difícil em determinados ambientes, como acontece, e.g., com a livre iniciativa e os princípios da proporção ao consumidor e ao meio ambiente. O exemplo já clássico de tensão entre liberdade de informação e de expressão e intimidade, honra e vida privada é apenas um entre muitos outros que poderiam ser citados." (BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.* Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2012).

<sup>135</sup> "Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformam-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos." (Ibidem, p. 5).

-

Os Tribunais Superiores têm afastado o argumento de que a interferência em políticas públicas resultaria em afronta ao princípio da separação dos poderes, <sup>136</sup> invocando a garantia da dignidade humana e do mínimo existencial como fundamento para a ingerência na Política Pública existente.

A judicialização do direito à saúde tem sido o exemplo mais emblemático; são milhares as ações de medicamentos que tramitam nos tribunais do País, tendo, em geral, como objeto o pedido de concessão de medicamentos e tratamentos médicos que não são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde. Na maior parte das vezes considera o Judiciário que a política pública existente não deve prevalecer, pois o direito à vida do autor se sobreporia a política desenvolvida pelo Poder competente, sem que haja, no entanto, uma maior reflexão sobre a afronta ao princípio da isonomia, ou mesmo ao acesso universal e igualitário previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

Ainda que se considere menos rígida a separação de poderes, é este um princípio previsto na Constituição e que deve ser observado para preservação e fortalecimento da democracia. O exercício do princípio democrático da separação de poderes, flexibilizado ou não, não permite a suplantação de um poder sobre outro, pelo contrário, devem atuar de forma harmônica e equilibrada, no sistema de freios e contrapesos.<sup>137</sup>

A separação dos poderes está prevista na Constituição, portanto, integra o contrato social que estabelece as regras mestras, os valores, os princípios, os contornos e os limites da legalidade da atuação do Estado brasileiro e de suas instituições. Deve ser compatibilizada com as necessidades da dinâmica modificação da sociedade, mas não deve

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.136.549*. Relator Ministro Humberto Martins, j. 8 jun. 2010, p. 12 abr. 2012. "Ementa. Administrativo – controle judicial de políticas públicas – possibilidade em casos excepcionais – direito à saúde – fornecimento de medicamentos – manifesta necessidade – obrigação do Poder Público – ausência de violação do Princípio da Separação dos Poderes – não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial."

<sup>137 &</sup>quot;A doutrina dos freios e contrapesos (checks and balances) teve sua origem na Constituição americana. Na lição de Robert F Nagel, por ela combinou-se o princípio da separação dos poderes com o balance, que tem como antecedente o governo misto da Grã-Bretanha, onde a realeza compartilha algumas das funções legislativas e onde à aristocracia foram dados o poder de julgar e o de fazer leis na Casa dos Lordes. Balance envolve a partilha do poder entre os ramos do governo e um ativo controle de um pelo outro. Sua função tem sido a de bloquear o controle popular sobre a edição das leis e assegurar a representação dos interesses de classe ... a doutrina do Judicial Review (controle de constitucionalidade das leis) permite ao Judiciário partilhar e controlar (check) o poder de ambos os ramos governamentais: Legislativo e Executivo. Mediante a combinação da doutrina da separação dos Poderes com o princípio dos freios e contrapesos, cada ramo do governo foi provido de independentes meios de exercer checks on and to balance as atividades dos outros dois, garantindo que nenhum corpo em que se desdobra o poder político possa exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Os poderes dados pela Constituição a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois, evitando os excessos" (SILVEIRA, Paulo Fernando. A modernidade do Judiciário como forma de garantia da democracia. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, v. 9, n. 2, abr./jun. <a href="http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21673/modernidade">http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21673/modernidade</a> Disponível judiciario\_forma\_garantia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 out. 2012).

sua interpretação mais fluida, ou sua flexibilização, comprometer a independência dos Poderes e resultar na usurpação das funções a cada um atribuída pelo texto constitucional, sob pena de restar comprometido o Estado democrático de direito.

Partindo-se da perspectiva do controle jurisdicional das políticas públicas, ainda que se admita a ingerência maior do Poder Judiciário, observado o sistema de freios e contrapesos, considera-se que o magistrado não poderá substituir o legislador ou o administrador em suas funções, o que não significa omitir-se ou deixar de julgar por se tratar de questão que depende de escolha política e emprego dos recursos humanos e financeiros da administração, como é o planejamento, organização e execução de uma política pública, mas sim de atuar de forma a não ultrapassar os limites constitucionais da função jurisdicional.

### 5.2 Ativismo Judicial e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle judicial sobre políticas públicas

A ingerência do Poder Judiciário em questões que antes eram exclusivamente atribuídas ao Poder Legislativo e Executivo, como já exposto, vem transformando a relação entre estes, ou entre as funções estatais, e consolidando o entendimento de que o poder é uno, portanto não seriam três os poderes estatais, mas sim três as distintas manifestações de um único poder.<sup>138</sup>

Segundo Luis Roberto Barroso o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla do Poder Judiciário, que interfere na esfera de atuação dos demais poderes com o fim de dar concretização "aos valores e fins constitucionais". <sup>139</sup>

Barroso aponta que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas no seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos

<sup>138 &</sup>quot;À jurisdição costuma ser atribuída uma tríplice conceituação, dizendo-se habitualmente que ela é ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade. Na realidade, ela não é um poder, mas o próprio poder estatal, que é uno, enquanto exercido com os objetivos do sistema processual; assim como a legislação é o poder estatal exercido para criar normas e a administração, para governar. Como função a jurisdição caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado juiz busca realizar - notadamente o escopo social de pacificar pessoas, eliminando litígios. A atividade jurisdicional constitui-se dos atos que o juiz realiza no processo, segundo as regras do procedimento." (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo. Malheiros, 2009, v. 1, p. 303).

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle...* Op. cit., p. 335.

que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. 140

Mas não é sem críticas ou desconfiança que vem sendo recebida a atuação cada vez mais desenvolta do Poder Judiciário. As decisões que extrapolam a atividade jurisdicional, ou os limites da lei, são consideradas ativistas e dividem a doutrina.

Elival da Silva Ramos, que analisou o fenômeno sob o ponto de vista da dogmática jurídica, define o ativismo judicial como sendo a atuação do Poder Judiciário que vai além dos limites que lhe foram traçados na Constituição.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário e, sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. <sup>141</sup>

Os defensores do ativismo judicial<sup>142</sup> comemoram a atuação mais irrestrita do Judiciário, atuação esta que teria como resultado positivo o efeito de corrigir a violação à própria Constituição, decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, muitas vezes, considerados inertes ou ineficientes na implementação dos direitos sociais.

No entanto, doutrinadores contrários à postura ativista do Judiciário, além de Silva Ramos já citado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>143</sup> e outros, veem na atuação ativista do Poder Judiciário um risco para a democracia, pois, consideram uma ingerência indevida nas questões de cunho político, sem que tenha o Judiciário obtido do povo, por meio do voto popular mandato para representá-lo.

Além da censura ao ativismo judicial pela ausência de legitimidade dos integrantes

<sup>141</sup> RAMOS, Elival da Silva. Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 116.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> BARROSO, Luis Roberto. *O controle...* Op. cit., p. 335.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> "O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica." (BARROSO, Luis Roberto. *O controle...* Op. cit., 338).

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> "[...] seu poder de interferência na órbita político-administrativa o tornou co-responsável dos insucessos ou frustrações que para a opinião pública decorrem da má atuação do Poder." (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 215).

do Judiciário para decidirem sobre questões políticas e pelo risco de politização dos magistrados, - o que pode comprometer a imparcialidade dos julgamentos -, também enfrenta o Judiciário as limitações institucionais próprias de um poder que não foi concebido para fazer políticas públicas. Simpatizantes ou não, o fato é que os Tribunais brasileiros, numa clara tendência de rompimento com a clássica concepção da separação de poderes, vêm apreciando causas judiciais que discutem escolhas políticas, transpondo os limites da análise formal do ato, para adentrar no mérito da ação ou omissão estatal, tanto nas ações coletivas, como nas ações individuais.

Como visto anteriormente, a interferência do Judiciário nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo, quando se trata de direitos sociais de implementação coletiva e isonômica, busca seu fundamento na norma e princípios constitucionais. Para exemplificar o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, trazem-se para análise dois importantes julgados; o primeiro envolve questão essencialmente política e refere-se à ingerência na atividade legislativa, e o segundo refere-se ao julgamento de ação de descumprimento de preceito fundamental, ADPF, em que, embora não tenha sido analisado o mérito da ação judicial, restou declarado o posicionamento da Corte no sentido de que é possível o controle judicial de política pública envolvendo direitos sociais.

O primeiro caso é o do mandado de segurança, MS 26.603-1/DF, <sup>144</sup> julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 4 de outubro de 2007, que acabou por instituir hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, sem que houvesse qualquer previsão, na lei ou na Constituição, que autorizasse esta interpretação, tendo-se considerado por esta razão que o Poder Judiciário invadiu a competência do Poder Legislativo.

<sup>144</sup> Destaca-se o seguinte trecho do acórdão do MS 26.603-1/DF que teve como relator o Ministro Celso de Mello e aborda o poder revisor da Constituição, exercido pelo Poder Judiciário. "[...] A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicála [...]". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.603-1/DF. Relator Ministro Celso de Mello, j. 4 out. 2007, p. 19 dez. 2008).

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi considerada ativista por Paulo Adib Casseb, em estudo que desenvolveu sobre ativismo judicial, no qual analisou o julgado que resultou na "criação" de hipótese de perda de mandato político:

O STF surpreendeu o mundo político em 2007, ao proferir decisão ousada no campo da fidelidade partidária, reconhecendo hipótese de perda de mandato não prevista textualmente na Constituição da República, nem na legislação infraconstitucional. Tal decisão representou exemplo vigoroso de ativismo judicial, ao coibir prática histórica de abandonos s trocas frequentes de partidos por parte dos detentores de mandato político.

[...]

Nos termos do art. 55 do Texto supremo, a perda de mandato pela via congressual, sempre com a garantia da ampla defesa poderá ocorrer de duas maneiras: mediante deliberação plenária na Casa Legislativa do parlamentar e por meio de ato declaratório da Mesa da respectiva Câmara.

[...]

Surpreendentemente em 4 de outubro de 2007, no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.603-1/DF, por oito votos, o STF admitiu mais um caso de perda de mandato, sem previsão textual no ordenamento constitucional, qual seja, o abandono de partido por parte de detentor de mandato político. Os votos divergentes dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau enfatizam que é taxativo o rol do art. 55, da Constituição e que a posição dominante na Corte, sobre a matéria, resulta de construção pretoriana e não do direito constitucional positivo. 145

No julgamento do referido mandado de segurança, o Supremo Tribunal Federal teria extrapolado os limites de sua função para criar nova hipótese de perda de mandato eletivo, e, ainda que se possa considerar positivo os efeitos da decisão, não há como se afastar a conclusão de que efetivamente ingressou o Judiciário na seara política, decidindo questão que deveria ser objeto de discussão e deliberação pelo Legislativo.

O outro julgado mencionado, muito relevante para o tema da judicialização das políticas públicas implementadoras de direitos sociais, é analisado a partir da decisão do Ministro Relator Celso de Mello, proferida na ADPF n. 45, que, apesar de não ter apreciado o mérito da demanda, declarou seu entendimento acerca da matéria.

Recebeu o acórdão a seguinte ementa e inovou ao declarar a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário sobre políticas públicas.

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> CASSEB, Paulo Adib. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009, p. 121,130.

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais e econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). <sup>146</sup>

Os dois casos têm em comum a interferência do Poder Judiciário em matérias da competência do Poder Legislativo e, no caso da ADPF n. 45, Legislativo e Executivo.

O julgamento da ADPF n. 45 invoca, como fundamento para a flexibilização da separação dos poderes e interferência do Poder Judiciário nas funções do Legislativo e Executivo, a supressão de violação a direito fundamental assegurado na Constituição. A atuação do Judiciário, segundo este entendimento (baseado em situação que não se concretizou na prática porque no curso da ação judicial sobreveio a edição de norma legal que corrigiu a disposição legal impugnada), estaria em conformidade com a ideia de

<sup>147</sup> "Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir na esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo, controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional", trecho da decisão da ADPF n. 45.

<sup>146</sup> A ação de descumprimento de preceito fundamental foi proposta contra veto do Presidente da República sobre disposição legal orçamentária que teria afrontado a EC 29/2000, que dispõe sobre os recursos mínimos que devem ser empregados nas ações e serviços públicos de saúde. No curso da lide, o ato normativo foi corrigido, segue trecho da decisão: "Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Op. cit. Decisão do Ministro Celso de Mello).

atuação harmônica das funções estatais, de modo a impedir que se perpetue a violação a direitos sociais, ante a omissão dos poderes competentes.

O posicionamento adotado na decisão do Ministro Relator Celso de Melo está em consonância com as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos que envolvem a concessão de direitos sociais como saúde e educação e denota que o Judiciário não vê a política pública como um tema de exclusividade dos Poderes Legislativo e Executivo; entende que, havendo omissão do legislador, está o Judiciário, excepcionalmente, autorizado a formular e implementar políticas públicas.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário — e nas desta Suprema Corte, em especial — a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. [...]. 148

Ainda que se possa censurar a ingerência do Poder Judiciário nas competências dos demais poderes, não há como se deixar de reconhecer, no entanto, que sua atuação tem contribuído para a implementação dos direitos sociais, na medida em que sua interferência exerce uma importante pressão política sobre o poder público.<sup>149</sup>

1.

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Trecho da decisão proferida na ADPF n. 45.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> "A institucionalização dos direitos humanos, mediante a respectiva positivação, implicou na absorção, pela Constituição Federal de 1988, no sistema ético de referência, consoante claramente indica o seu art. 3°. Desta forma, constitui objeto do Estado brasileiro a efetiva proteção dos direitos fundamentais, através da completa salvaguarda dos bens da vida por ele protegidos. O Estado brasileiro assumiu, igualmente, o compromisso de manter a democracia como forma de governo. Para a afirmação social da democracia, faz-se necessária a garantia de igualdade material entre todos os cidadãos brasileiros. Esta igualdade somente poderá ser obtida através da satisfação dos bens da vida previstos no art. 6°. Da Constituição Federal, integrantes dos direitos fundamentais sociais [...] O pressuposto de atuação do Poder Judiciário, portanto, é a de realização dos direitos fundamentais, através dos mecanismos processuais à sua disposição. Não poderá, por consequência, manter uma postura contemplativa, sujeita às arbitrariedades dos demais poderes, de tal forma que, quando concitado, deverá na apreciação do direito fundamental violado pela omissão do Estado, exercer conduta pró-ativa e corretiva, desde que procedente o pedido." (CANELA JUNIOR, Osvaldo. Op.

Em ambos os julgados o que se verifica é a direta interferência do Poder Judiciário em questões que são de atribuição do Poder Legislativo, no caso da fidelidade partidária, e do Executivo, na possibilidade da interferência sobre políticas públicas de direitos sociais.

Gilmar Mendes, ao ser indagado sobre o ativismo judicial, aponta que embora à expressão tenha sido atribuído um caráter negativo, porque estaria o Judiciário extrapolando os limites, usurpando as funções dos demais poderes, entende que o papel do Judiciário sofreu modificações nos últimos anos e, por exigência do Estado Social, faz-se necessário outro tipo de provimento jurisdicional, que muitas vezes é apontado como ativista porque não se limita a declarar ou não o direito, mas sim atua de forma a que se concretize, determinando a ação administrativa. 150

O ativismo judicial, embora encontre fervorosos defensores, tem a desconfiança dos demais poderes, que se articulam na tentativa de frear a ingerência do Poder Judiciário, como a proposta de emenda constitucional, PEC 3/2011, que tem como objetivo alterar a redação do inciso V, do artigo 49 da Constituição Federal.

Pretende o referido projeto de emenda constitucional, alterar a Constituição, para estabelecer a competência do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Judiciário, que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, atualmente é prevista esta possibilidade apenas em relação aos atos do Poder Executivo.

A proposta de emenda constitucional, PEC n. 3/2011, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara que, embora tenha destacado que o objetivo da emenda constitucional é suprir lacuna deixada pela não menção dos atos do Poder Judiciário e que nestes não estariam englobados os atos típicos da atuação jurisdicional, aponta, em sua fundamentação, como uma das razões da pertinência da

cit., p. 71-72).

<sup>150 &</sup>quot;A expressão "ativismo judicial" geralmente é associada a um juízo negativo de que o Judiciário está extravasando os limites, está produzindo decisões fora dos paradigmas ortodoxos, está usurpando atribuições de outros Poderes, como o Legislativo ou Executivo. É claro que o próprio papel do Judiciário, ao longo dos anos, vem sofrendo mudança. A concepção do Estado Social faz com que haja uma outra perspectiva, um outro tipo de provimento e isso às vezes é tipificado como ativismo. Não é uma sentença apenas que reconhece o direito ou que não reconhece o direito, mas que determina um dado tipo de ação administrativa. Um modelo do Estado Liberal clássico era aquele dos direitos fundamentais enquanto direitos de caráter negativo. Agora, quando a gente introduz a ideia de um Estado de Direito Social vem esse tema de que tem que haver provimento. Enquanto isso é feito pelo Estado Administração, tudo bem. Mas e quando é o Estado Juiz que faz? Isso seria ativismo? Para muitos, sim. A meu ver, não, porque os paradigmas mudaram. O juiz não pode mais responder com aquela fórmula clássica de uma mera suspensão de atividade, pois o que se cobra agora é uma ação de caráter positivo. E se for ativismo, é um ativismo judicial que decorre do modelo institucional que se desenhou do próprio Estado Social." (OS CONSTITUCIONALISTAS. Conversas Jurisdição Constitucional. acadêmicas: Gilmar Mendes e a Disponível em <http:// www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii>. Acesso em: 22 maio 2012).

medida o ativismo judicial, que tem resultado na atuação do Judiciário como legislador positivo, exorbitando sua atribuição constitucional. <sup>151</sup> A iniciativa do Poder Legislativo tem sido vista como uma reação ao ativismo judicial. $^{152}$ 

O fato é que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com o propósito de dar concretude aos direitos sociais, afastando para tanto as objeções concernentes à violação do princípio da separação de poderes e da reserva do possível, 153 tem sido no sentido de interferir na esfera de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

A partir dos parâmetros apontados na decisão do Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF n. 45, que não diverge do posicionamento majoritário dos demais

<sup>151 &</sup>quot;Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário - mormente no exercício do controle de constitucionalidade -, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador. Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um "arquiteto constitucional" com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, "redesenhar" outras instituições e a própria Constituição. Não obstante tais constatações fáticas, a presente PEC, como já frisado, tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros Poderes. Por essa razão, não cabe, nesta análise, tecer considerações adicionais a respeito de soluções para outras facetas do ativismo judicial." Trecho do parecer do Relator (BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional n. 3/2011. Parecer do Relator Deputado Nelson Marchesan Junior, aprovado em 25 abr. 2012, para apreciação pela Comissão Especial. Disponível em: <a href="http://www.camara.gov.br/">http://www.camara.gov.br/</a>

proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790&ord=1>. Acesso em: 3 maio 2012). 152 "SÃO PAULO - Numa manobra que deve ter feito Montesquieu revirar-se na tumba, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara aprovou por unanimidade uma proposta de emenda constitucional (PEC) que dá ao Legislativo o poder de sustar atos normativos do Judiciário. Se a iniciativa prosperar, o princípio da separação dos Poderes terá sofrido um sério revés. A força do Judiciário reside justamente no fato de ele ter a palavra final na interpretação da lei. A PEC, proposta pelo deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), tem apoio da bancada evangélica, que vê nela uma chance de reverter decisões polêmicas, como o casamento gay e o aborto de anencéfalos. O discurso do parlamentar é o favorito de 9 entre 10 conservadores: ao atuar como legislador positivo, o STF usurpa funções do Congresso. É verdade que o Supremo deveria exercer o chamado ativismo judicial com máxima moderação, mas é insustentável afirmar que a lei é a única fonte do direito. A ela se somam outras como o costume, a analogia, a doutrina e, especialmente, a jurisprudência. Vou além. Há assuntos com que o Legislativo -no qual grupos organizados como igrejas, sindicatos e certas categorias profissionais estão super-representados- não lida bem. Questões morais são um bom exemplo. Dado que poucos legisladores querem ser identificados como o parlamentar que foi contra "a palavra de Deus" ou que rifou "as conquistas dos trabalhadores", esses temas são tratados de forma enviesada. Também reluto em entregar a 11 pessoas não eleitas tarefas que caberiam a 594 indivíduos munidos de mandato, mas, diante das distorções, é preferível que esses 11 atuem a blindar a legislação contra avanços. A ideia é que os três Poderes se equilibrem em um sistema de freios e contrapesos e produzam resultantes viáveis. Está longe de ser uma solução perfeita, mas ela vem funcionando mais bem do que mal em países democráticos há uns 200 anos." (SCHWARTSMAN, Hélio. Guerra de Poderes. São Paulo: Folha de São Paulo. 4 maio 2012. Disponível em: <a href="http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/1085286-guerra-de-poderes">http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/1085286-guerra-de-poderes</a>. shtml>. Acesso em: 4 maio 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> Melhoria do ensino público (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 635.679. Relator Ministro Dias Tóffoli, j. 6 dez. 2011, p. 6 fev. 2012). Creche (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 639.337. Relator Ministro Celso de Mello, j. 23 ago. 2011, p. 15 set. 2011). Professores em escola pública (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 594.018. Relator Ministro Eros grau, j. 23 jun. 2009, p. 7 ago. 2009). Transporte escolar (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário n. 603.575. Relator Ministro Eros Grau, j. 3 nov. 2009, p. 26 nov. 2009). Medicamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 607.381. Relator Ministro Eros Grau, j. 31 maio 2011, p. 17 jun. 2011).

Ministros do Supremo Tribunal Federal,<sup>154</sup> passa-se à análise dos limites mencionados na decisão para o desenvolvimento do controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais.

<sup>154</sup> O Anuário da Justiça 2011, editado pela revista Consultor Jurídico, em parceria com a Fundação Armando Álvares Penteado, e que teve seu lançamento no ano de 2011 no Supremo Tribunal Federal, traz o perfil dos Ministros dos Tribunais Superiores e o posicionamento da Corte sobre diversos temas, entre estes a possibilidade de que o Judiciário possa determinar que o Executivo implemente políticas públicas, conforme questionamento respondido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Os Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio de Mello, Ricardo Lewandovski, José Antonio Dias Toffoli, Ellen Gracie (está não mais integrante da Corte, entendem, em síntese, que, embora seja imperativa a concretização dos direitos previstos na Constituição, não consideram possível que o Judiciário venha a determinar que o Executivo implemente políticas públicas; já, os Ministros Carmem Lúcia, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, consideram ser possível que o judiciário determine a realização de uma determinada política pública, especialmente quanto se tratam de direitos sociais. (ANUÁRIO DA JUSTIÇA. *O poder da última palavra*. Brasília: ConJur; FAAP, 2011).

# 6 LIMITES E POSSIBILIDADES PARA O DESENVOLVIMENTO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

Antes de se abordar especificamente os limites para o controle judicial das políticas públicas de direitos sociais, considera-se importante destacar como são esses direitos vistos por parte do Estado, <sup>155</sup> que tem a incumbência de concretizá-los.

Importante aspecto já destacado acerca dos direitos sociais é que estão diretamente relacionados ao princípio da igualdade; são direitos coletivos, que devem ser implementados progressivamente, de forma universal e igualitária.

A Constituição impôs ao Estado a obrigação de efetivá-los, por meio de políticas públicas que irão dispor sobre o planejamento e a execução de medidas que darão concretude a esses direitos, com a utilização dos recursos disponíveis, após aprovação das respectivas leis orçamentárias, que contam com a participação dos Poderes Legislativo e Executivo. 156

#### 6.1 Mínimo existencial

Optou-se por tratar dos limites para o controle jurisdicional de políticas públicas a partir da análise da decisão proferida na ADPF n. 45 que, além de ser invocada como precedente para outras decisões que envolvem a efetivação desses direitos, é apontada como jurisprudência relevante pelo Supremo Tribunal Federal. 157

Também salienta Ana Paula de Barcellos a obrigação da Administração em efetivar os direitos sociais através de políticas públicas: "compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como "políticas públicas". É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção." (BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo...* Op. cit. p. 10).

<sup>155 &</sup>quot;O fundamento mediato das políticas públicas, o que justifica o seu aparecimento, é a própria existência dos direitos sociais – aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado. [...] A função estatal de coordenar as ações públicas (serviços públicos) e privadas para a realização de direitos dos cidadãos – à saúde, à habitação, à previdência, à educação – se legitima pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização desses direitos sociais." (BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 13, 1996, p. 135).

O Supremo Tribunal Federal indica entre os julgados relevantes sobre o tema de políticas públicas a ADPF n. 45, AI n. 677274 e RE n. 482611 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência: pesquisa:* 

A decisão, ora analisada, prevê que o controle jurisdicional sobre as políticas públicas poderá ocorrer quando presente três condições: (i) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (ii) razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (iii) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetiva as prestações positivas dele reclamadas.

A decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45 é clara ao afirmar que ao Poder Público cabe assegurar a todos o mínimo existencial, devendo ser esta a prioridade no emprego dos recursos orçamentários, como se infere do trecho da decisão a seguir transcrito:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bemestar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-seão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. <sup>158</sup>

Como já apontado, a realização de políticas públicas para implementação de direitos sociais depende de recursos financeiros, sendo este um dos fatores de limitação para a interferência do Poder Judiciário para a concretização do direito social.

No entanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal afirma que cabe ao Poder Público assegurar o "as condições materiais mínimas de existência", não sendo, nesta hipótese, aceitável a objeção da inexistência de recursos orçamentários.

Para se prosseguir na análise dos limites para o controle jurisdicional é necessário que se busque uma definição para o que seriam as "condições materiais mínimas de existência" ou, como referido pela doutrina — o mínimo existencial, apontado na decisão analisada como "limite a ser garantido ao cidadão".

O Tribunal Constitucional alemão recentemente foi chamado a se pronunciar sobre a compatibilidade da Lei Hartz IV (que altera a forma de pagamento de benefícios de

*jurisprudência relevante: políticas públicas.* Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/acordaodecisaoRelevante/listarJurisprudenciaRelevante.asp">http://www.stf.jus.br/portal/acordaodecisaoRelevante/listarJurisprudenciaRelevante.asp</a>. Acesso em: 4 out. 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*. Op. cit.

natureza assistencial) com os preceitos fundamentais, em três casos que impugnavam a Lei que alterou o regime de assistência social. O benefício-padrão instituído pela Lei Hartz IV deveria ser o suficiente para abranger necessidades genéricas de sobrevivência, como roupa, alimentação, higiene pessoal, necessidades do dia-a-dia, contemplando, inclusive, a satisfação das necessidades relativas à participação do beneficiário em uma vida cultural. A impugnação à lei teve como fundamento, dentre outros, a alegação de insuficiência do valor do benefício para a garantia do mínimo existencial. Acolhido o pedido, fixou aquela Corte prazo para que o legislador adequasse o valor do benefício ao preceito fundamental da Lei Fundamental da Alemanha, 159 que assegura a todos uma existência digna. 160

Embora tenha o Tribunal Alemão determinado que o órgão competente se manifestasse e estabelecesse o valor que adequado para suprir a necessidade do mínimo existencial, fixou os parâmetros para essa definição ao apontar que o benefício deve ser capaz de suportar as despesas com roupa, alimentação, higiene pessoal, necessidades do dia-a-dia, inclusive a possibilidade de que o individuo goze de uma vida cultural.

Ricardo Lobo Torres, em obra que analisa o direito ao mínimo existencial, investiga em que medida os direitos sociais alcançariam a lógica, a retórica e a eficácia dos direitos de primeira geração, mencionados por ele como o direito à liberdade.

O mínimo existencial seria o núcleo dos direitos sociais, que são essenciais à vida digna, seria o núcleo mínimo de todos os direitos fundamentais, <sup>161</sup> já os direitos sociais máximos são aqueles que devem ser efetivados por meio de políticas públicas no exercício democrático e dentro da reserva orçamentária, afirma Lobo Torres:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos

<sup>159</sup> Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais] (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário. (ALEMANHA. *Constituição da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <a href="http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\_\_Willkommen/Constituicao\_\_Hino\_\_Bandeira/Constituicao\_\_Seite.html">http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\_\_Willkommen/Constituicao\_\_Hino\_\_Bandeira/Constituicao\_\_Seite.html</a>>. Acesso em: 26 abr. 2012).

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios sociais e garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p. 37-38.

devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. 162

Segundo a diferenciação proposta por Lobo Torres, os direitos sociais ligados ao mínimo existencial seriam aqueles necessários à sobrevivência do indivíduo, enquanto os direitos sociais máximos seriam aqueles previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que devem ser implementados por meio de políticas públicas, de forma universal e igualitária. 163

Analisando a decisão proferida na ADPF n. 45, Lobo Torres ainda faz uma crítica ao entendimento adotado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal.

> [...] O Min. Celso de Mello redigiu decisão maximalista, proclamando a "intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, mas confundindo os direitos fundamentais com os sociais e econômicos, emburilando a reserva do possível com a disponibilidade financeira do Estado e dilargando a competência da jurisdição constitucional para o controle de políticas públicas relacionadas com direitos sociais. 164

O conceito não é dotado de objetividade que o torne capaz de ser utilizado como parâmetro de análise da omissão na instituição de uma determinada política pública ou mesmo na insuficiência de uma já existente, mas tão somente para referenciar situações excepcionais, quando o indivíduo se vê realmente privado de condições essenciais de subsistência digna, em decorrência de alguma situação particular extraordinária, aferível no caso concreto.

Invocar o mínimo existencial para analisar uma política pública já existente, parece impróprio, mormente se a discussão é travada em uma ação individual, como acontece nas ações em que se postula o fornecimento de medicamento excepcional, como no julgamento do Recurso Especial n. 771537, que teve como relatora a Ministra Eliana Calmon, em que foi determinada a concessão de fármaco não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, com o fundamento de que estaria a pretensão assegurada pelo direito à saúde, de tal modo

163 "E o direito à moradia, é fundamental ou social? No que concerne aos indigentes e às pessoas sem-teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou a habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes de políticas públicas e das opções orçamentárias." (Ibidem, p. 192). Ibidem, p. 100.

<sup>&</sup>lt;sup>162</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O direito... Op. cit., p. 41.

que não poderia ser invocada a reserva do possível, pois diante de hipótese de mínimo existencial. 165

O posicionamento adotado pelo Poder Judiciário não tem se limitado a assegurar o mínimo existencial, mesmo que indefinido seu conceito, pois são várias as hipóteses em que são concedidos direitos sociais que vão além do mínimo relacionado à existência digna, e mais, ainda vão além do que é assegurado a todos os usuários do serviço público existente, especialmente quando se trata de fornecimento de medicamento não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde.

De fato, o Judiciário, com raras exceções, tem obrigado o Poder Público a fornecer medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde para todos os seus usuários. Nesses casos, em regra, não é avaliada, nem mesmo analisada a adequação da política pública existente, tendo como fundamento da decisão o direito à saúde, assegurado constitucionalmente, como se ilimitada fosse a possibilidade de exigir do poder público todo e qualquer tratamento.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 368.564,<sup>166</sup> ocorrido em 13 de abril de 2011, a 1ª. Turma do Supremo Tribunal Federal confirmou decisão do Tribunal Regional Federal que condenou a União a arcar com as despesas do tratamento médico de doença ocular, a ser realizado no exterior, beneficiando o grupo de pessoas que promoveu a demanda judicial. O fundamento da decisão foi a garantia da dignidade humana e o direito à saúde.

Ementa e trecho da decisão que se refere ao direito ao recebimento de medicamento não previsto em política pública como integrante do mínimo existencial, julgado em 3.10.2005. "Ementa: Administrativo – controle judicial de políticas públicas – possibilidade em casos excepcionais – direito à saúde – fornecimento de medicamentos – manifesta necessidade – obrigação do poder público – ausência de violação do princípio da separação de poderes – não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial. [...] 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 771.537*. Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 15 set. 2005, p. 3 out. 2005).

<sup>166 &</sup>quot;Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, mantida a decisão do acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que recebeu a seguinte Ementa: Constitucional. Administrativo. Mandado de segurança. Tratamento médico no exterior (retinose pigmentaria). Direito à saúde (art. 6º, 196 e seguintes, CF). Proteção de direito fundamental. Ilegalidade da autoridade coatora na exigência de cumprimento de formalidade burocrática. 1. É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, consagrado na Constituição da República como um dos valores fundamentais da existência humana, que não podem ser relegados a mera e fria questão de hermenêutica, desprovida de sensibilidade, diante da qualificação de serem de conteúdo programático, de eficácia contida, os preceitos normativos assecuratórios desse direito elementar. 2. Segurado que busca tratamento no exterior, a fim de evitar evolução de doença ocular progressiva - retinose pigmentaria - tem direito a reembolso total das despesas efetuadas." (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação em Mandado de Segurança n. 199801000250270*. Relator Desembargador Federal Aloisio Palmeira Lima, j. 9 out. 2001, p. 19 nov. 2001).

Sem adentrar no aspecto polêmico que envolve o tratamento médico no exterior postulado na ação judicial, não há como se enquadrar a situação acima referida como mínimo existencial, especialmente porque estabelece tratamento diferenciado ao grupo de pessoas que recorreu ao Judiciário, sem que o mesmo serviço de saúde seja assegurado aos demais pacientes que padecem da mesma enfermidade. 167

No mesmo sentido, e partindo de estudo sobre a eficácia jurídica do princípio da dignidade humana, Ana Paula de Barcellos aponta o mínimo existencial, como sendo seu núcleo sindicável, formado pelas condições básicas para a existência humana e, uma vez ultrapassado o limite deste núcleo, deve-se passar a tratar dos direitos que devem ser implementados por meio do exercício democrático das deliberações majoritárias. 168

Apresenta a autora proposta para a concretização do mínimo existencial de forma que haja um parâmetro preferencial, histórico e não absoluto, que permite sua rediscussão à medida que se alterem as situações fáticas, não subtraindo também desta ampliação as hipóteses excepcionais, que podem exigir a flexibilização do parâmetro adotado. 169

A partir da análise da Constituição Federal de 1988, Ana Paula de Barcellos propõe quatro elementos para definir o conteúdo do mínimo existencial, núcleo da dignidade humana e, que seriam passíveis de justiciabilidade. "Na linha do que se identificou no exame sistemático da própria Carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça." <sup>170</sup>

A proposta formulada é positiva na medida em que procura dar concretude ao mínimo existencial, de forma a definir seus contornos e possibilitar que seja validamente utilizado para configurar a omissão do Poder Público na efetivação dos aspectos mínimos desses direitos. É uma forma de se evitar que em um universo expressivo de ações

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> No Recurso Extraordinário n. 368.564, o Ministro Ricardo Lewandovski proferiu voto que divergindo da maioria destacou que "Não obstante tenha a Corte "a quo" fundamentado sua decisão no dever do Estado de "assegurar a todos os cidadãos, indistintamente o direito à saúde" (fls. 228), ao reformar a decisão de primeira instância para conceder a ordem acabou, em verdade, realizando distinção entre cidadãos, ao estabelecer que o tratamento de retinose pigmentar no exterior deve ter prioridade em relação a outras enfermidades que assolam os cidadãos." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 368.564. Relator Ministro Menezes Direito, j. 13 abr. 2011, p. 10 ago. 2011).

<sup>168 &</sup>quot;Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica." (BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278). <sup>169</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>170 &</sup>quot;Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário." (Ibidem, p. 288).

individuais, nas quais os pedidos de concretização de direitos sociais vão além do mínimo existencial, se estabeleça afronta ao princípio da isonomia, da segurança jurídica e da eficiência no uso dos recursos públicos, concedendo apenas àqueles que recorrem ao Judiciário, mais do que é assegurado aos beneficiários das políticas públicas.

Por outro lado, ainda que se considere que o mínimo existencial é um conceito que não comporta uma definição absoluta, melhor seria que sua definição, ou melhor, seus parâmetros fossem estabelecidos pelo Legislativo, com a participação da sociedade, de forma ampla e democrática. A atuação do Poder Legislativo pode pacificar a questão, mesmo que seja uma norma com parâmetros variáveis, mas que permita a aferição da hipótese de violação do mínimo existencial com alguma uniformidade para todas as pessoas, o que poderia evitar a perpetuação de decisões judiciais que afrontam o princípio da isonomia e estabelecem insegurança jurídica nas relações estabelecidas entre o poder público e o cidadão.

Assim, não se mostra adequada a invocação do mínimo existencial como hipótese inoponível à existência ou não de recursos públicos, quando se está a tratar de direitos sociais que devem ser implementados por meio de políticas públicas.

Para que seja o mínimo existencial validamente invocado para legitimar o controle judicial sobre as políticas públicas de direitos sociais e legitimar a ingerência do Judiciário é necessário que este conceito seja minimamente definido e que não fique sujeito ao subjetivismo do intérprete, ou seja, ao arbítrio do magistrado.

A normatização do substrato mínimo dos direitos sociais pode, ao invés de limitálo, conferir-lhe maior efetividade, <sup>171</sup> e bem delimitar o que seria uma omissão inaceitável que pudesse comprometer o núcleo essencial desses direitos, evitando nesse caminho o indesejável subjetivismo do intérprete e aplicador do direito.

Cite-se como exemplo o direito à educação, o artigo 208 da Constituição Federal estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos que não tiveram acesso na idade própria.

A norma constitucional é clara ao impor ao Estado a obrigação da oferta gratuita do ensino fundamental a todas as pessoas, de tal modo que o descumprimento desta obrigação deve ser entendido como a inobservância do substrato mínimo do direito à educação.

Acredita-se que a regulamentação da norma que impõe ao Estado a obrigação de

-

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...* Op. cit., p. 273.

realizar o direito social contribui para sua maior efetividade, pois, quanto mais definida a obrigação estatal, tanto mais evidente a omissão do Poder Público quando não concretizado o direito, e maior a possibilidade de o Judiciário, no exercício do controle jurisdicional de políticas públicas, aferir se o núcleo essencial do direito está sendo observado, sem que seja necessário recorrer à construção hermenêutica do que seria o mínimo existencial.

#### 6.2 Razoabilidade e regra de proporcionalidade

A decisão do Supremo Tribunal Federal também assinala que a reserva do possível deve ser aferida a partir do binômio razoabilidade da pretensão formulada em face do Poder Público e disponibilidade financeira para concretização do direito reclamado.

[...] os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração — de implantação sempre onerosa —, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.<sup>172</sup>

A razoabilidade da pretensão do autor deduzida em face do poder público em busca da concretização de um determinado direito social, deve se dar de forma ampla, levando-se em consideração a característica determinante desses direitos, que são de realização coletiva por meio de políticas públicas. Não há como se aferir a razoabilidade da pretensão, nesse tipo de controle jurisdicional, de modo fragmentado e centrado unicamente no interesse individual do autor da demanda judicial.

É necessário que sejam levadas em consideração as condições socioeconômicas e políticas em que está inserida a pretensão do requerente, sendo necessário, inclusive, que o Judiciário, em sua decisão, seja capaz de avaliar se os recursos públicos disponíveis seriam suficientes para atender a todas as pessoas nas mesmas condições.

A razoabilidade da pretensão que envolve um direito social, que deve ser implementado por meio de uma política pública, não pode ser apreciado apenas da perspectiva e da necessidade do autor, pois se o objeto de controle jurisdicional é a política

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*. Op. cit.

existente, é sob este prisma que deve ser analisada a questão.

A política pública, como vimos, advém da atuação do Legislativo e do Executivo e é executada pela Administração Pública, assim, também a razoabilidade da pretensão deduzida em face do poder público deve ser aferida a partir da ação da Administração e de todos os elementos que dão legitimidade a sua atuação.

Para que se possa avançar na análise da razoabilidade da pretensão em relação à disponibilidade de recursos financeiros, há que se analisar no que consistiria a razoabilidade referida na decisão judicial analisada.

A razoabilidade ou princípio da razoabilidade divide a doutrina brasileira, pois muitos autores referem-se à razoabilidade como sinônimo da proporcionalidade. 173

Odete Medauar entende que o princípio da proporcionalidade engloba o sentido de razoabilidade, esta última concebida como adequação dos meios empregados aos fins pretendidos, segundo a autora:

[...] a proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletida, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social.<sup>174</sup>

Ao discorrer sobre o princípio da razoabilidade, que também se aplica ao direito administrativo, afirma Maria Sylvia Zanella de Pietro que este impõe limitação à discricionariedade administrativa, porque amplia o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Judiciário, e, ao se referir à Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, aponta que a proporcionalidade constitui um dos aspectos da razoabilidade.<sup>175</sup>

Virgilio Afonso da Silva, por sua vez, afirma que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimos, ainda que possam ter objetivos semelhantes e sejam

17

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> "O princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde *a nada mais* do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos". (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 57).

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 129. <sup>175</sup> "Embora a Lei 9.874/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 80).

aplicados aos direitos fundamentais, como possível restrição à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo que, ao implementarem um direito fundamental possam incorrer em ameaça a outro direito fundamental. A proporcionalidade consiste em uma regra de interpretação da norma e não um princípio:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito — no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais —, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição* às restrições. 176

O ato estatal analisado sob a regra da proporcionalidade deve ser avaliado em sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, para Gilmar Mendes, é aquela empregada pelo Tribunal Constitucional alemão, que consiste no emprego dos meios aptos a se atingir determinado fim; <sup>177</sup> a necessidade é aferida a partir da limitação que pode ser imposta a um direito fundamental, isto é, procura-se aferir se a restrição é realmente necessária e se é a menos gravosa para o alcance dos fins perseguidos, e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste no juízo de ponderação, que se efetiva depois de verificada, nesta ordem, a adequação e a necessidade.

Segundo Gilmar Mendes: "Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador." <sup>178</sup>

<sup>178</sup> Ibidem, p. 4.

-

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 29.

<sup>177 &</sup>quot;Assim, em decisão proferida em março de 1971, o *Bundesverfassungsgericht* assentou que o princípio do Estado de Direito proíbe leis restritivas adequadas à consecução de seus fins [10], acrescentando que "*uma providência legislativa não deve ser já considerada inconstitucional por basear-se em um erro de prognóstico*" – BVerfGE, 25:1(12). O Tribunal Constitucional explicitou, posteriormente, que: "*os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais*" [11]. (MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, n. 5, ago. 2011. Disponível em: <a href="http://www.direitopublico.com.br/pdf\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf">http://www.direitopublico.com.br/pdf\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf</a>>. Acesso em: 10 ago. 2012, p. 2).

Gustavo Binenbojn aponta que a ponderação é mais do que uma técnica de decisão judicial ou administrativa, é um verdadeiro princípio formal do direito, é o que dá legitimação aos demais princípios que embasam o Estado democrático de direito.

Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública. Assim, as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do *jogo de ponderações proporcionais* envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade. 179

O que se tem observado é que nas vezes em que é invocado o princípio da proporcionalidade nos julgamentos pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, nem sempre é desenvolvida a ponderação conforme prevê a regra da proporcionalidade. 180

Voltando à razoabilidade da pretensão, mencionada na decisão do Supremo Tribunal Federal, o vocábulo não parece ter sido utilizado como sinônimo de regra de proporcionalidade, mas sim para apontar hipótese em que se deve verificar o justo equilíbrio entre a pretensão deduzida e os meios necessários para o seu alcance.<sup>181</sup>

Nesse caso, conforme apontado anteriormente, quando se está a analisar direito social que deve ser implementado de forma coletiva e universal, como são os direitos referidos no artigo 6º da Constituição Federal, é necessário que a razoabilidade do pedido seja aferida, além do universo particular do autor. 182

"1. Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins; 2. [...] 3. A aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas à um apelo pela razoabilidade." (SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional... Op. cit., p. 45).

<sup>&</sup>lt;sup>179</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108-109.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup>"A razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitucionais: a) principio da conformidade ou adequação de meios (Geeignetheit), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (Erforderlichkeit) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõem a ideia da de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (Verhältnismässigkeit) importando na justa medida entre os meios e o fim." (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle... Op. cit., p. 133).

<sup>182 &</sup>quot;Razoável é manter um equilíbrio e o princípio da razoabilidade é a imposição a essa manutenção

E para que se faça a análise do pedido, além da perspectiva do autor, é preciso que se recorra à aplicação da regra da proporcionalidade, da qual a razoabilidade (ou proporcionalidade em sentido em estrito) é um de seus elementos. É necessário que se considere na avaliação da ação ou omissão do Estado, não só a utilidade e adequação da medida pretendida, mas também a política pública (quando existente), que está condicionada não só à disponibilidade orçamentária do ente público comprometido com a satisfação do direito perseguido, mas também com as disputas políticas presentes na sociedade que levaram a sua elaboração.

É certo que os direitos fundamentais devem ocupar lugar de destaque na atuação da Administração, pois o respeito e a concretização desses direitos é o próprio objetivo do Estado, inscrito no artigo 3º da Constituição Federal.

Entretanto, quando se trata de controle jurisdicional de política pública de direitos sociais, a análise do intérprete do direito deve levar em conta o aspecto político determinante que envolve a questão, de tal modo que o juízo de ponderação deve considerar a vontade do legislador e o poder discricionário da Administração, não podendo simplesmente substituí-los, sob pena de resultar comprometido o princípio democrático da separação dos poderes.

A ponderação no caso das políticas públicas deve levar em consideração todos os aspectos que a envolvem, isto é, a legalidade da escolha política feita; os beneficiários da ação do Poder Público; o grau de efetivação do direito social alcançado pela ação estatal; os recursos empregados, enfim toda a complexidade que envolve a escolha políticaorçamentária-administraitva feita pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A regra da proporcionalidade deve ser também aplicada às ações que envolvem o direito à saúde, em especial as de fornecimento de medicamentos, que invocam como fundamento para a concessão da medida pretendida o próprio direito à vida, alçado à condição de valor absoluto.

Com efeito, a disputa entre o direito à saúde e a obrigação do Estado de fornecer determinado medicamento, que seria necessário para o tratamento de uma enfermidade, pode não ser solucionado com a simples invocação da razoabilidade da pretensão, tendo em vista a manutenção da saúde e, em última instância, da vida do autor.

equitativa das relações jurídicas, pois está ligado à razão, ou seja, à capacidade do homem em avaliar e moderar o que está sendo analisado." (FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil. 2008. 317 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 259).

As decisões judiciais, em geral, não analisam o pedido a partir da política pública existente e destacam que o tratamento para aquele único paciente, o autor da ação, não implicará desequilíbrio econômico para o orçamento e para o atendimento dos demais beneficiários do Sistema Único de Saúde, 183 de modo que o direito à saúde se sobrepõe a qualquer outro que possa vir a ser invocado pelo poder público. No entanto, ao se conduzir desta forma, embora entenda como razoável a pretensão do autor, não faz o Judiciário o juízo da necessidade, utilidade e ponderação em sentido estrito da política pública existente, desconsiderando ponto importante acerca do direito à saúde de que deve ser promovido pelo Estado de forma universal e igualitária.

Diversa é a hipótese quando a ação judicial questiona a política pública de saúde existente, nesse caso, o controle jurisdicional é necessariamente mais amplo e capaz de analisar a obrigação do Estado em relação à questão de saúde posta a decidir de forma a conceder aos que recorrem ao Judiciário o que não pode ser assegurado a todos os usuários do Sistema Único de Saúde que estão na mesma situação.

Como já se destacou anteriormente, o aspecto político da concretização desses direitos também é um fator de limitação importante para o desenvolvimento do controle jurisdicional de políticas públicas e deve ser objeto de avaliação na aferição da razoabilidade da ação estatal.

Assim, não basta ao Judiciário examinar se o pleito que lhe é levado a decidir se refere a direito social que deve ser implementado pelo Estado, é necessário que sejam avaliadas as ações estatais existentes para sua concretização, isto é, se as medidas adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo são eficientes para a concretização do direito social reclamado, pois a escolha da forma como deve ser concretizado o direito não cabe ao Judiciário, mas sim à decisão dos Poderes Legislativo e Executivo, fruto dos debates travados na sociedade e nos seus órgãos de representação e participação.

Nesse exercício, o que se pôde aferir é que não basta a razoabilidade da pretensão em relação à disponibilidade de recursos econômicos que possam satisfazê-la, pois, como

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> "Ementa. Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos Fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição Federal. Audiência Pública. Sistema único de saúde – SUS. Política Pública. Judicialização de direitos sociais. Separação de Poderes. Parâmetros para solução dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde, e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental n. 175/CE*. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17 mar. 2010, p. 30 abr. 2010).

se procurou demonstrar, o julgamento de uma política pública exige uma análise muito mais ampla, própria da implementação de direitos coletivos, que devem ser concretizados dentro do processo democrático das escolhas políticas e da distribuição dos recursos públicos, o que só pode ser alcançado com a utilização da regra da proporcionalidade.

#### 6.3 A Limitação decorrente da decisão política

A eleição de prioridades na alocação dos recursos públicos, como se viu anteriormente, deve ser feita no Parlamento, na discussão da lei orçamentária e, o que há de comum em todas as políticas públicas, seja de alcance nacional, de competência da União, sejam as regionais, de competência dos Estados e Municípios, é que todas advêm de um processo político de escolha de prioridades.<sup>184</sup>

Além do objetivo de implementação dos direitos sociais, as políticas públicas retratam escolhas que são feitas em determinado momento histórico e que acabam por favorecer um determinado grupo social e deixam de favorecer outro. Essas escolhas de prioridades, desde que não violado o mínimo existencial ou o princípio da isonomia, não resultam em violação à Constituição, pois é da própria essência dos direitos sociais e de sua implementação pelo Poder Público, que não há como se implementar todos, em sua maior amplitude possível, de uma única vez, para todas as pessoas.

Pode-se mencionar como exemplo programa federal destinado a dar maior efetividade ao direito à moradia, Minha Casa Minha Vida; 185 a política pública foi lançada no ano de 2009 com o objetivo de construção de um milhão de moradias, com subsídios de recursos públicos, tendo sido escolhidos como beneficiários da ação estatal, em sua primeira fase, as famílias com renda familiar até 10 salários mínimos.

A escolha da população beneficiada e como se dará a implementação da política pública, os requisitos para o recebimento do financiamento para a construção ou aquisição da casa própria, restrições para o prazo de sua venda, enfim todos os detalhes que envolvem a ação estatal estão inseridos no poder discricionário da administração.

Não há nestas escolhas afronta à Constituição, pois decorre da democracia a eleição

<sup>&</sup>lt;sup>184</sup> "Essa escolha se faz tanto em termos de objetivos como de procedimentos. Para ilustrar, veja-se a política nacional de educação, que externa um conjunto de opções de governo em matéria de educação, relativas, por exemplo, à concentração de recursos no ensino fundamental, ou à ênfase no ensino profissionalizante e assim por diante." (BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas... Op. cit., p. 141).

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> BRASIL. *Lei n. 11.977*, *de 7 de julho de 2009*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

das prioridades e dos grupos sociais que serão atendidos, <sup>186</sup> por essa razão, pode-se afirmar que uma sociedade em que há instrumentos de participação popular efetivos, as escolhas políticas tendem a ser mais fiéis às necessidades e ao anseio da sociedade, em determinado momento histórico-político.

Também, por essa razão, a política pública é vista como um direito fluido, que se transforma, desaparece, reaparece de forma diversa, em uma autopoiese constante, de acordo com as necessidades presentes na sociedade e os fins impostos ao Estado Social. 187

Pela mesma razão, entende-se que o controle judicial de políticas públicas deve observar suas condições de criação e transformação, respeitados os limites democráticos, de forma a não substituir a atuação dos demais poderes.

Ana Paula Barcellos, embora defenda a correção da omissão na efetivação dos direitos sociais através do controle jurisdicional de políticas públicas, aponta que estas devem advir de deliberação majoritária e não da atuação dos juristas.

[...] não significa que não haja espaço autônomo de deliberação majoritária acerca da definição das políticas públicas ou do destino a ser dado aos recursos disponíveis. Muito ao revés. 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: juristas e operadores do direito em geral.

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> "Parece relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder legislativo, que as organiza em forma de leis, de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela de atividade "formadora" do direito nas mãos do governo, Poder Executivo, perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições." (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo...* Op. cit., p. 269 - 270).

<sup>187 &</sup>quot;Morand refere-se a: um direito do Estado – providência, baseado na ideia de prestações do Estado (séricos públicos); um direito do Estado reflexivo, cuja expressão são programas relacionais; e finalmente um direito do Estado incitador, fundado em atos incitadores que combinam norma e persuasão. Evidentemente, não há um corte temporal separando nitidamente essas fases; o que há são técnicas de intervenção jurídica que vão sendo criadas e modificadas, a ponto de caracterizar novos padrões qualitativos da relação entre o Estado e a sociedade. Essas diferenças técnicas convivem no tempo, sem nunca ter chegado a afastar o paradigma da norma geral e abstrata, a qual, mesmo criticada e contestada, cercada de novas manifestações do fenômeno jurídico, ainda permanece como o grande elemento de identidade do sistema jurídico. As diversas técnicas de intervenção são utilizadas ao mesmo tempo. E, mais do que isso, são utilizadas diferentemente segundo a atividade social em questão, fazendo conviver modos de ação do Estado liberal, do Estado intervencionista, do Estado propulsivo num mesmo espaço e tempo. O que ocorre é que determinadas atividades sociais são mais propícias a uma ou outra técnica. Isso explica o uso disseminado dos programas finalísticos nas áreas do direito urbanístico e ambiental, por exemplo, com grande difusão de instrumentos de planejamento, e a inadequação dessas técnicas em outras áreas, como a do direito na concorrência, em que o elemento das informações estratégicas das empresas é refratário à subordinação a programas públicos de transparência. O panorama jurídico que se forma, segundo Charles-Albert Morand, é o de 'um direito em migalhas gerando uma imensa necessidade de coordenação'." (Ibidem, p. 246-247).

A definição dos gastos públicos é, por certo, um momento típico da deliberação político-majoritária; salvo que essa deliberação não estará livre de alguns condicionantes jurídico- constitucionais. 188

No entanto, há que se lembrar de que as escolhas que resultam em políticas públicas devem obedecer ao comando constitucional, portanto, não são livres de qualquer limitação ou controle, devem ter como objetivo a concretização progressiva e coletiva dos diretos sociais, de forma a atender os princípios da justiça distributiva, tendo como norte a consecução dos fins do Estado brasileiro, previstos no artigo 3º da Constituição Federal.

As políticas públicas devem seguir os parâmetros definidos pela Constituição Federal e, é justamente o atendimento dos fins para os quais foram criadas, que podem melhor orientar o controle judicial, 189 realizado a partir de um juízo de ponderação, após a análise da adequação e necessidades das medidas adotadas pelos poderes competentes. 190

#### 6.4 O controle judicial na hipótese de omissão de política pública

Outra questão que merece destaque é a diferença existente entre o controle judicial de políticas públicas que se desenvolve no caso de omissão do Poder Público, quando não há qualquer política estabelecida, e no caso de já haver uma política pública destinada à concretização do direito.

A atuação do Poder Judiciário, que tem como fim sanar omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, não parece trazer maior dificuldade, se considerarmos que basta a verificação da omissão para legitimar a atuação jurisdicional para que seja sanada a omissão inconstitucional que viola o direito, constitucionalmente assegurado.

Ainda que à primeira vista pareça mais simples a hipótese de correção da omissão

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo... Op. cit., p. 13.

<sup>189 &</sup>quot;Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais — que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) —, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Op. cit. Decisão do Ministro Celso de Melo).

<sup>&</sup>quot;[...] As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas, portanto, recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais." (BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo... Op. cit., p. 11).

estatal, ou seja, diante da ausência de uma determinada política pública, bastaria conceder o direito reclamado judicialmente, na prática, a solução judicial que socorre apenas àquele que recorreu à prestação jurisdicional para obter a satisfação do direito social não resolve a ausência de política pública para a implementação de um direito que deve ser assegurado à coletividade.

O desafio que se estabelece nestes casos decorre justamente do fato de que devem ser esses direitos implementados para todos de forma igualitária, a concessão do direito apenas para o autor da demanda, seja individual ou coletiva, mas que não venha a estabelecer uma política pública, resulta na subversão da própria finalidade dos direitos sociais e na violação ao princípio da isonomia.

Um caso que pode ser mencionado, para exemplificar os limites enfrentados pelo Poder Judiciário na implementação de uma política pública inexistente, é o caso da ação civil pública promovida contra o Estado de São Paulo com o fim de que o ente público estadual, ante a inexistência de assistência médica e educacional especializada para o autista na rede pública, passasse a arcar com as despesas de tratamento e assistência à saúde, em regime de internação integral ou não, e de educação especializada para os autistas residentes no Estado de São Paulo, até que a Administração Estadual providencie unidades especializadas próprias e gratuitas para o devido atendimento.

A ação foi julgada procedente para determinar que as despesas de tratamento com a saúde e educação dos autistas em estabelecimentos privados, escolhidos pelos responsáveis, fossem custeadas pelo ente público. Define a sentença judicial, em detalhes, como deveria ser cumprida a obrigação:

I - Arcar com os custos integrais do tratamento (internação especializada em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo; II- Por requerimento dos representantes legais ou responsáveis, acompanhado de atestado médico que comprove a situação de autista, endereçado ao Exmo. Secretário de Estado da Saúde e protocolado na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou encaminhado por carta com aviso de recebimento, terá o Estado o prazo de trinta (30) dias, a partir da data do protocolo ou do recebimento da carta registrada, conforme o caso, para providenciar, às suas expensas, instituição adequada para o tratamento do autista requerente. III - A instituição indicada ao autista solicitante pelo Estado deverá ser a mais próxima possível de sua residência e de seus familiares, sendo que, porém, no corpo do requerimento poderá constar a instituição de preferência dos responsáveis ou representantes dos autistas, cabendo ao Estado fundamentar inviabilidade da indicação, se for o caso, e eleger outra entidade adequada. IV - O regime de tratamento e atenção em período integral ou parcial, sempre especializado, deverá ser especificado por prescrição médica no próprio atestado médico antes mencionado, devendo o Estado providenciar entidade com tais características. V -Após o Estado providenciar a indicação da instituição deverá notificar o responsável pelo autista, fornecendo os dados necessários para o início do tratamento. Para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer dos itens I a V, fixo a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), destinada ao Fundo Estadual de Interesses Metaindividuais Lesados (artigo 13 da Lei Federal 7347/85), tendo a ré o prazo máximo de 30(trinta dias), a contar da intimação da presente decisão, para disponibilizar, de forma permanente, tal atendimento aos portadores de autismo. 191

A ação foi proposta com o fundamento de que o Estado se omitiu na prestação de assistência à saúde e à educação do autista. A decisão judicial, ao reconhecer a inexistência de política pública para o atendimento desta população, ao invés de determinar a formulação de uma política pelo ente público, condenou-o a suportar as despesas do tratamento em estabelecimentos privados, inclusive com a possibilidade de escolha pelos responsáveis pelo autista.

O cumprimento da sentença trouxe as mais variadas questões para serem solucionadas pela Administração e pelo Judiciário, pois cada autista apresenta uma necessidade singular; o grau de comprometimento, tanto do ponto de vista da saúde como educacional, diferem muito de pessoa para pessoa. A Administração Pública procurou se organizar e se aparelhar para dar o atendimento direto às famílias e, no ano de 2002, incluiu procedimentos médicos voltados ao tratamento de autistas no Sistema de Informações Ambulatoriais do Sistema Único de Saúde – SIA-SUS. 192

Esse caso é relevante porque revela as dificuldades que podem advir de uma decisão judicial que impõe ao Estado, a obrigação de dar efetivação a um direito social de forma coletiva, sem que tenha sido instituída uma política pública para este fim.

Pesquisa realizada pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas mostra a dificuldade de se judicializar determinados conflitos. Analisado o caso dos autistas, aponta o estudo que a decisão não beneficia a todos de forma isonômica, pois atende apenas os que se habilitam na ação civil pública; também apontou a falta de estrutura do Judiciário para lidar com o número de pessoas e de advogados que diariamente se dirigem à serventia

192 BRASIL. Ministério da Justiça. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflito de interesse público. Série "Pensando o Direito" n. 38, 2011, p. 14.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> SÃO PAULO (Estado). Fazenda Pública do Estado de São Paulo. 6. Vara. *Processo n. 0027139-*65.2000.8.26.0053. Execução, j. 28 dez. 2001.

judicial para promover a distribuição de novas habilitações e para obter informações sobre a obtenção do direito assegurado e a falta de qualificação técnica do magistrado para avaliar aspectos médicos e educacionais que surgem nos pedidos de habilitação, posto que as necessidades em razão da enfermidade variam muito de indivíduo para indivíduo. 193

Os pontos levantados, pelo estudo mencionado, demonstram que os elementos práticos e técnicos que envolvem a atuação da Administração Pública na implementação de uma política pública são limitadores do alcance da atuação do Poder Judiciário na solução de conflitos coletivos de direitos sociais que demandam a ação prestacional do Estado.

#### 6.5 O controle judicial que recai sobre política pública existente

Diversa é a hipótese em que o controle judicial recai sobre uma política já existente. Nesse caso, o Judiciário, quando provocado, poderá examinar a escolha feita pelo Legislativo e Executivo, podendo aferir se a ação estatal prevista na política pública está em conformidade com a Constituição e com os princípios que regem o agir da administração, como o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e eficiência, previstos no artigo 37 da Carta Constitucional.

Cite-se, como exemplo, o caso da política pública de moradia, Minha Casa Minha Vida. Poderia, em tese, ser objeto de exame pelo Judiciário a adequação constitucional para a limitação de renda familiar de até 10 salários mínimos para os beneficiários do programa.

A razão da escolha da parcela da população compreendida entre as famílias com renda até 10 salários mínimos, que serão beneficiadas pela ação prestacional do Estado, pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, para aferir, por exemplo, se a escolha da população beneficiada estaria em conformidade com o disposto no artigo 3º da Constituição brasileira, que fixa como um dos objetivos do Estado a erradicação da pobreza, a marginalização e a diminuição das desigualdades sociais. 194

<sup>193</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. O desenho de sistemas... Op. cit., p. 30-31.

Observe-se que a seleção dos beneficiários do Programa, além da renda máxima, prevê outros critérios de priorização para a seleção de candidatos, como famílias residentes em locais de risco ou insalubres ou que tenham sido desabrigadas, famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar e famílias de que façam parte pessoas deficientes.

O programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei 11.977/09, foi e vem sendo regulamentado por atos dos Poder Executivo com o fim de dar execução à lei e concretizar o direito à moradia. 195

O controle judicial sobre essa política pública pode recair sobre os atos do Poder Executivo, o qual deve observar o parâmetro legal que institui a política de implementação do direito à moradia, mas que se desenvolve através da atuação da Administração, com a liberdade própria do poder discricionário que lhe é assegurado.

A liberdade de atuação da Administração na implementação e execução de uma política pública também está subordinada à lei que a define e, como anota Odete Medauar, aos "princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem o seu uso abusivo". 196

Gustavo Binenbojm destaca que a controlabilidade do ato administrativo não mais se resolve na divisão binária do ato vinculado e ato discricionário, a intensidade do controle judicial se definirá pela natureza do ato examinado, quanto maior a complexidade técnica da ação administrativa menor a possibilidade de interferência do controle jurisdicional, como afirma o autor:

> Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> Portaria 610/11: Dispõe sobre os parâmetros de priorização e o processo de seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV. Portaria Interministerial n. 326/09 e 395/11: Dispõem sobre o Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR, integrante do Programa Minha Casa, Minha Vida -PMCMV. Decreto n. 7.499/11: Regulamenta dispositivos da Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Lei 12.424/11: Altera a Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009. Lei n. 10.931/04: Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias. Portaria n. 140/10: Dispõe sobre os critérios de elegibilidade e seleção dos beneficiários do Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV. Resolução CONAMA n. 412/09: Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de novos empreendimentos destinados à construção de habitações de Interesse Social. Instrução Normativa n. 934/09: Dispõe sobre o regime especial de tributação aplicável às incorporações imobiliárias e sobre o pagamento unificado de tributos aplicável às construções de unidades habitacionais contratadas no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida. (BRASIL. Ministério das Cidades. Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV. Disponível em: <a href="mailto:</a>/www.cidades.gov.br/index.php?option=com\_content&view=article&id=859:legislacao-geralpmcmv&catid=94&Itemid=126>. Acesso em: 28 maio 2012). MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 110.

à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. 197

A liberdade de ação da Administração é necessária para conformar o objetivo da lei que institui a política pública à realidade dinâmica da sociedade, uma margem de maleabilidade é imprescindível para a adaptação das ações estatais às situações que surgem na implementação da política, o que não seria possível se tudo fosse predeterminado de forma absoluta por lei ou decisão judicial. <sup>198</sup>

O controle judicial nestes casos deve confrontar a pretensão do autor com a política existente, respeitando o campo de deliberação dos poderes Executivo e Legislativo e o espaço de conformação da Administração, para, após juízo de ponderação, decidir pela eventual interferência na política pública existente.

### 6.6 Ações individuais que têm como objeto direito social que deve ser prestado coletivamente por meio de políticas públicas

Também merece ser analisada a judicialização dos direitos sociais por meio de ações individuais, pois, embora as decisões proferidas nestas demandas não resultem na determinação de realização ou modificação de uma política pública, o número elevado de decisões no mesmo sentido pode resultar em elemento de pressão sobre a ação do Poder Público na concretização desses direitos.

A concessão do direito social ao autor individual, que não esteja inserido no mínimo existencial, ou seja, no núcleo mínimo desses direitos, como se apontou anteriormente, pode resultar em flagrante afronta ao princípio da isonomia. Obrigar o Estado, que deve promover a prestação dos direitos sociais de forma coletiva, priorizando o atendimento dos grupos mais vulneráveis, fazê-lo apenas para os que recorrem ao Judiciário, parece constituir hipótese de privilégio para os que obtêm a prestação jurisdicional em detrimento dos demais que não recorreram ao Judiciário, ou, se recorreram, tiveram o pedido julgado improcedente.

.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 40.

Uma das explicações centra-se no seguinte: "O Poder Executivo tem a função de direção política e administrativa, ai incluído o poder regulamentar; tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade; torna-se fundamental deixar margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças; grandes metrópoles, convivência de massa, problemas sociais, grandes tragédias exigem, por vezes, rapidez de atuação e certa margem de escolha; a discricionariedade atende, portanto, a necessidade institucional." (MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 111).

José Reinaldo de Lima Lopes destaca o caráter coletivo desses direitos e a dificuldade que se enfrenta em sua judicialização, quando concedidos ao autor individual:

Ainda mais, temos visto algumas tentativas de responsabilização do Estado por omissão de serviços essenciais. E, no entanto, tal responsabilização é bastante complexa e difícil, visto que a maioria dos serviços omitidos são *uti singuli*, não remunerados diretamente pelos usuários, mas mantidos por meio de impostos gerais, etc. Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social. 199

As ações individuais acabam exercendo influência na concretização dos direitos sociais de forma negativa e positiva. Negativa porque a concessão do direito, que deve ser assegurado a todos de forma universal e igualitária, beneficia apenas aqueles que obtêm êxito ao recorrer ao judiciário. Além de estabelecer hipótese de afronta ao princípio da isonomia, o cumprimento das decisões judiciais exige grande aporte de recursos que deixam de ser empregados nas políticas existentes.

Por outro lado, podem resultar em influência positiva para a realização de direitos sociais, na medida em que um número elevado de repetidas ações individuais podem exercer pressão política sobre o ente público, levando à formulação de uma nova política ou mesmo na modificação de uma já existente. Exemplo paradigmático foram as milhares de ações promovidas contra o Poder Público para o fornecimento do coquetel antiviral contra a AIDS, <sup>200</sup> que acabou por ser incorporado pelo SUS em protocolo clínico específico.

Embora não se possa considerar que o Poder Judiciário, ao conceder direitos sociais por meio de ações individuais, esteja exercendo controle jurisdicional sobre políticas

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. In FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 131.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> "O caso da AIDS foi pioneiro na obtenção de sentenças favoráveis à concessão de medicamento. Devido à pressão de entidades não governamentais no Executivo e Legislativo, a doença ganhou visibilidade e foi promulgada a Lei 9.313/96." (FERREIRA, Camila Duran. *O Judiciário e políticas públicas de saúde no Brasil*: o caso AIDS. Brasília: IPEA, 2005. Disponível em: <a href="http://getinternet.ipea.gov.br">http://getinternet.ipea.gov.br</a>. Acesso em: 10 ago. 2012, p. 15).

públicas, inegavelmente, esta atuação acaba por influenciar o desenvolvimento dessas políticas e, por conseguinte, a alocação de recursos.

Para que a atuação do Judiciário, nas ações individuais, possa contribuir para a realização dos direitos sociais deve, ao conceder o direito social reclamado pelo autor individual, ter também como fundamento na apreciação do pedido a política pública existente e explicitar as razões pelas quais, no caso concreto, acolhe a pretensão do autor em inobservância à ação prestacional do Estado que visa à realização do direito de forma coletiva e isonômica.

### 6.7 O Controle jurisdicional de políticas públicas e os limites próprios do processo judicial

O meio processual utilizado para a discussão de uma política pública também pode ser mencionado como limite para o desenvolvimento da atuação do Judiciário.

Kazuo Watanabe entende que a proteção dos direitos sociais, por meio do controle jurisdicional de políticas públicas, pode se dar por meio de todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, como disposto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor,<sup>201</sup> em relação aos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Segundo esse posicionamento, toda e qualquer ação, coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individuais estariam aptas à utilização para o controle judicial das políticas públicas pelo Poder Judiciário, não importaria a espécie de demanda, isto é, pode ser meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*.<sup>202</sup>

<sup>202</sup> "Ao comentar o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor o processualista afirma que "Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio chiovendiano, segundo o qual 'o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir'. A segunda, que é consectária de qualquer tipo de ação – coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual - pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle das políticas públicas. E não importa a espécie de demanda: meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, mandamental ou executiva lato sensu." (WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 854-855).

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> "Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela." (BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18078.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18078.htm</a>. Acesso em 22 maio 2011).

Ada Pellegrini Grinover, de igual modo, entende que o mesmo princípio previsto no Código de Defesa do Consumidor se aplica a todos os direitos e interesses violados ou ameaçados, mesmo que não se enquadrem em relações de consumo. Destaca, ainda, que embora gozem os direitos coletivos de instrumentos próprios de proteção, como a Ação Civil Pública, pode-se obter a tutela de interesses e direitos coletivos por meio de uma ação individual.<sup>203</sup>

Um exemplo de tutela individual que resultaria na proteção de interesses coletivos é, por exemplo, uma ação proposta por um indivíduo contra a atuação de uma indústria que esteja causando poluição ao meio ambiente, que o estaria afetando diretamente. Acolhido o pedido de que cesse a ação poluidora, a tutela jurisdicional resultará em beneficio para a coletividade e não só para o autor da ação.

Seriam ações individuais com efeitos coletivos, que segundo a processualista servem à tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos, conceituados no artigo 81, I e II do Código de Defesa do Consumidor, que também poderiam resultar em controle judicial efetivo sobre as políticas públicas, porque o provimento jurisdicional advindo da discussão acerca da realização do direito social poderia resultar em alteração de uma política já estabelecida, alcançando a sentença os efeitos universalizantes.

Seguindo este entendimento, considera Grinover que "mesmo uma ação individual pode servir para a implementação ou a correção de uma política pública." <sup>204</sup>

Ainda que se considere que qualquer ação judicial seja adequada para se obter o controle e correção de uma lesão a direito advinda da omissão, da ineficiência ou mesmo de eventual ilegalidade decorrente de uma política pública, não pode a prestação jurisdicional, que irá solucionar a lesão ou ameaça de lesão ao direito invocado, deixar de considerar que o controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais envolve direitos implementados de forma coletiva.

Considere-se a hipótese em que o Poder Público estabeleça convênios com entidades privadas para a prestação de serviço de ensino profissionalizante, buscando desta forma atender a demanda existente em uma dada região, em que não há disponibilidade de

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> "[...] é certo que os direitos coletivos (*lato sensu*) gozam de instrumentos processuais específicos de proteção: Lei de Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular, Ação de Improbidade Administrativa. Mas é certo também que, *por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos lato sensu.*" (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle... Op. cit., p. 145).

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> "Disso tudo surge uma inarredável conclusão: qualquer tipo de ação, na jurisdição constitucional e na ordinária, pode ser utilizada para provocar o Poder Judiciário a exercer o controle e a possível intervenção em políticas públicas." (Ibidem, p. 148).

vagas no estabelecimento público de ensino e nem demanda suficiente que justifique a abertura de uma nova escola pública. Determinado aluno, que poderia se beneficiar da política pública instituída, por razões particulares e possivelmente justificáveis do ponto de vista individual, deixa de utilizar o serviço disponibilizado pelo Poder Público, seja através da instituição de ensino público, seja através da entidade conveniada, e recorre ao Judiciário para postular o custeio das mensalidades escolares em estabelecimento de ensino de sua livre escolha.

Existindo a política pública que estabelece como se dará a prestação de serviço de ensino profissionalizante para uma dada população; escolhido o meio, - por exemplo, através de convênios firmados entre o poder público e entidades privadas –, o acolhimento do pedido do autor, que não se enquadra no mínimo existencial, não autorizaria a concessão do tratamento diferenciado postulado, sem que haja a demonstração de que teria havido omissão ou não atendimento ao direito social reclamado.

O acolhimento do pedido do autor resultaria em tratamento diferenciado, deixando ao arbítrio do magistrado a avaliação da política pública, mas não com o propósito de adequá-la a todos os usuários, mas tão somente àquele autor individual.

Os instrumentos processuais disponíveis, na forma em que é concebida a dinâmica da atuação judicial, em que o Judiciário está limitado à lide apresentada, isto é, está restrito ao alcance do pedido formulado na petição inicial e às partes envolvidas na demanda, também pode ser apontado como um limite para a atuação do Poder Judiciário nas causas que envolvem a concretização de direitos sociais.

Virgílio Afonso da Silva afirma que a atuação do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas deve buscar a composição e efetivação dos direitos sociais e não pode tratar da questão da mesma forma como são tratadas relações processuais bilaterais, entre credor e devedor.

Mas, nesse caso, qual poderia ser o papel dos Juízes no processo de realização dos direitos sociais? Embora haja diversas respostas possíveis a essa pergunta, eu sustento que todas elas devem partir do pressuposto de que esses direitos não podem ser tratados, exceto em casos excepcionais, como se seguissem o mesmo padrão individualista em que se baseiam relações entre um credor e um devedor.<sup>205</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> SILVA, Virgilio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.) *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2008, p. 597.

As ações coletivas acabam por minimizar o limite imposto pelas ações individuais e se, de um lado, prestigiam o tratamento igualitário que deve ser conferido aos direitos sociais, por outro lado, acarretam maior impacto para a Administração, pois o resultado de uma ação civil pública, que pode obrigar a implementação ou modificação de uma política pública existente, requer uma movimentação maior da Administração, seja na alocação de recursos, seja no planejamento e execução das ações administrativas necessárias para dar efetividade ao direito concedido, isto é, pode de fato contribuir para a criação ou modificação de uma política pública.

Poderá, ainda, o Poder Público demonstrar que a política pública já existe e expor as razões que determinaram sua criação, quem são seus beneficiários e de que forma não teria havido a omissão alegada — mas sempre a partir de uma dialética própria do direito social, que envolve direitos que devem ser implementados de forma coletiva e progressiva.

Outra hipótese a ser analisada é a do controle jurisdicional da eficiência da política pública existente, isto é, da atuação positiva do Estado.

Utilizando-se a mesma hipótese do ensino profissionalizante, se a pretensão fosse deduzida por meio de ação civil pública, em que o autor questionasse a qualidade e adequação do serviço disponibilizado, para que seja este melhorado e atenda aos fins para o qual foi instituída a política pública, aí sim estaríamos diante de controle jurisdicional de política pública, adequado às particularidades dos direitos sociais, pois a tutela judicial concedida provocaria efeitos coletivos e resultaria na modificação da situação de todos os usuários do serviço público questionado.

Por outro lado, em que pese não se considerar adequadas as ações individuais para o controle jurisdicional de políticas públicas, essas demandas, como já se apontou anteriormente, também trouxeram sua contribuição para a concretização dos direitos sociais.

As ações de pedido de medicamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, por exemplo, acabaram por provocar importantes questionamentos na sociedade civil, inclusive acerca da definição do que seria o direito à saúde assegurado na Constituição, como ele deve ser implementado, pois, apesar de ser um direito de todos e dever do Estado, é pautado pela liberdade que possui cada indivíduo de buscar o tratamento que entender melhor, de outro, pela obrigação do Estado de promover políticas para a promoção, proteção e recuperação da saúde de forma universal e igualitária.

Embora o posicionamento majoritário dos Tribunais seja no sentido de conceder medicamentos e tratamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde àqueles

que recorrem ao Judiciário, tendo como fundamento a dignidade humana, mínimo existencial e direito à vida, é inevitável o questionamento acerca da limitação da obrigação estatal, do fortalecimento e aprimoramento das políticas públicas e a realização da justiça distributiva frente ao atendimento ao pedido do autor de forma privilegiada em relação à coletividade, especialmente se considerarmos o aspecto democrático que envolve a construção do direito à saúde, que se dá com a participação da sociedade e de sua comunidade científica na formulação dos protocolos clínicos e das políticas sanitárias.

Sueli Gandolfi Dallari ao tratar do direito à saúde e de sua efetivação, destaca a plasticidade das políticas públicas, que não se definem unicamente a partir de textos normativos, mas também pela participação e controle popular:

A realização do direito à saúde — ao mesmo tempo um direito individual, coletivo e difuso — na sociedade complexa do início do século XXI sempre exigirá, portanto, a apreciação de situações fáticas. Além disso, a saúde, como qualquer outro direito nas sociedades democráticas, é progressivamente mais exigida, pois — como afirmou Norberto Bobbio — vivemos a "era dos direitos" (BOBBIO, 1992). Impõe-se a judicialização da saúde e seu corolário, a compreensão, em cada caso, do alcance e dos limites do direito à saúde. É preciso, então, que os juízes e demais profissionais do campo jurídico conheçam bem o direito do século XXI, que não se contenta com a simples existência de textos legais regulando a matéria, mas exige a verificação do efetivo controle popular na implementação da política pública. É preciso, também, que os profissionais da área da saúde conheçam muito bem sua especialidade, tendo clareza de que ela serve à garantia de um direito. 206

Essa discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal, que reuniu a sociedade civil para discutir o direito à saúde, em especial o direito ao fornecimento de medicamento. Dessa audiência participaram representantes da Administração Pública Federal, Estadual, Defensores Públicos, Gestores da União e dos Estados, Professores, Especialistas, representantes de organizações não-governamentais e representante do Ministério Público, os quais tiveram a oportunidade de expor seus pontos de vista e dar ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade do conhecimento amplo da questão a decidir.<sup>207</sup> O resultado foi a

<sup>207</sup> "A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis*: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <a href="http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312010000100005&lng=en&nrm=iso">http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312010000100005&lng=en&nrm=iso</a>. Acesso em 04 maio 2012.

fixação de parâmetros para a obrigação de concessão de medicamentos e tratamento médico pelo Poder Público, assim como, a edição de Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, n. 31, que teve como objetivo orientar os magistrados no trato das ações de saúde que tenham como objeto a concessão de medicamentos.

Entre as recomendações, destaca-se a de que os tribunais celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio de médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes; evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; que sejam ouvidos os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

No entanto, mesmo com esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal e das recomendações do Conselho Nacional de Justiça, novas demandas envolvendo o direito à saúde e o limite da obrigação do Estado surgem, diariamente, como ilustra o julgado, já mencionado, que negou provimento a recurso da União e determinou o custeio das despesas de tratamento ocular em Cuba, para um grupo reduzido de pessoas, o que demonstra a não disposição do Poder Judiciário de tratar a questão como efetivo controle jurisdicional de políticas públicas, mas sim como satisfação de um direito público subjetivo, e não como um direito coletivo.

Ainda que alguns doutrinadores sustentem que os direitos sociais contemplem um direito público subjetivo, plenamente acionável, o fato é que, muitas vezes, a realização de um direito social, como se viu anteriormente, só pode ser concretizada, através da adoção de uma política publica, o que deveria limitar a atuação do Poder Judiciário, pois tendo efetivamente atuado o poder competente, no sentido de dar concretude ao direito social constitucionalmente assegurado, deveria a decisão judicial se pautar pela política pública estabelecida, para verificar se é esta adequada ou suficiente, e se não for adequada, deve devolver ao poder competente, se necessário, a correção de eventual insuficiência ou inadequação, para que a alteração da política pública se opere de forma coletiva.

Audiência Pública serão de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência que versam sobre o direito à saúde. Hoje, tramitam no Tribunal os Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n°s 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n°s 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n°s 2361, 2944, 3345 e 3355, processos de relatoria da Presidência." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública*: Saúde. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude</a>>. Acesso em: 03 maio 2012).

## 7 AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS

Demonstrou-se, no capítulo anterior, os limites que devem ser enfrentados para que o controle judicial de políticas públicas não resulte em usurpação de função dos demais poderes, na violação do princípio democrático e especialmente para que não resulte em afronta ao princípio da isonomia e da justiça distributiva.

Traçados os limites para o exercício do controle jurisdicional, passa-se a analisar as possibilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro que melhor se coadunam com o controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, de forma que não sejam afrontados os limites apontados no capítulo anterior, e que este controle possa contribuir para a efetiva concretização dos direitos sociais.

O inciso XXXV, do artigo 5° da Constituição Federal, assegura a possibilidade de ser levada à apreciação do Poder Judiciário toda e qualquer ameaça ou lesão a direito, <sup>208</sup> assim, todos podem recorrer ao Judiciário para deduzir sua pretensão, inclusive, as que envolvem direitos sociais e políticas públicas.

As ações individuais, embora não deixem de fazer parte da trajetória da participação judicial na efetivação dos direitos sociais, não são identificadas neste estudo como meios adequados para o desenvolvimento do controle jurisdicional, pois não resultam diretamente na análise da política existente e a decisão judicial, nesses casos, não vai além dos limites da lide, salvo nas demandas em que o provimento jurisdicional reclamado seja a própria modificação da política pública, nesse caso, embora seja uma ação individual terá o efeito de uma ação coletiva.

As possibilidades a serem examinadas propõem que o controle jurisdicional enfrente não somente a pretensão do autor que reclama por direitos sociais, mas também eventual omissão legislativa que impossibilita a fruição deste direito, as oposições orçamentárias e, quando existente a política pública, a legitimidade e a legalidade da escolha política feita.

Como já destacado neste estudo, a judicialização das políticas públicas de direitos sociais deve enfrentar com clareza e transparência o limite imposto pelas restrições

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> "[...] *é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)*. Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo". (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 265).

orçamentárias e políticas. É necessário que as decisões judiciais levem em consideração os limites materiais, pois, nas pequenas e mais pobres unidades da federação, a escassez de recurso é extremamente relevante e verdadeiro impeditivo para a maior efetivação dos direitos sociais.

Também não se pode deixar de considerar, na aferição da capacidade econômica para a efetivação de um direito social, o impacto que a macroeconomia<sup>209</sup> exerce sobre a expansão ou diminuição dos investimentos públicos, o que ocorre em períodos de crise econômica em que há a retração da economia e diminuição da arrecadação, por conseguinte, dos recursos orçamentários.

A retração na economia pode acarretar a redução do investimento público e eventualmente resultar na diminuição da implementação de direitos, como se tem verificado na atualidade em países da União Europeia, que após a crise do sistema financeiro de 2008, nações com grande tradição na concretização de direitos sociais, como Itália e Espanha, têm cortado benefícios pela impossibilidade financeira de suportar esses encargos.

Embora os aspectos políticos e econômicos, que levaram à recente adoção de medidas restritivas aos direitos sociais em vários países da União Europeia, refujam ao âmbito restrito deste trabalho, a crise vivenciada na Europa lança claras luzes sobre a direta relação de dependência entre a capacidade macroeconômica de um país e a efetivação ou até mesmo manutenção dos direitos sociais.

Para o desenvolvimento deste estudo é de especial relevância a conceituação do que seria o retrocesso em termos de direitos sociais, pois a aferição da legalidade na diminuição de investimento na implementação e manutenção de direitos sociais pode e deve ser objeto do controle jurisdicional, ante a imposição de que esses direitos devem ser implementados de forma progressiva, constituindo, para parte da doutrina, como um princípio constitucional implícito que veda o retrocesso.

Ingo Sarlet ao tratar do tema da proibição de retrocesso em relação aos direitos sociais afirma:

[...] se o manejo constitucionalmente adequado e responsável do princípio da proibição de retrocesso (que definitivamente não se presta a blindar privilégios injustificáveis, pelo simples fato de terem sido, em

<sup>&</sup>lt;sup>209</sup> "Ramo da ciência econômica que estuda os aspectos globais de uma economia, especialmente o seu nível geral de produção e renda, e as inter-relações entre os seus diferentes setores. [...]" (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 1.061).

determinado contexto, assegurados a certo grupo de pessoas) não constitui certamente a única via para proteger os direitos fundamentais sociais, também não restam dúvidas de que se trata de uma importante conquista da dogmática jurídico constitucional (notadamente mediante o labor da doutrina e crescente incidência na esfera jurisprudencial) para assegurar, especialmente no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos, ainda mais num ambiente marcado por acentuada instabilidade social e econômica, como é o caso — também — do espaço latino americano.<sup>210</sup>

O que se pode problematizar é o quanto poderia ser considerado retrocesso frente às restrições econômicas efetivamente existentes, isto é, diante da escassez severa e comprovada, em que condições e em que limites poderia haver a retração de direitos sociais; nessas hipóteses o controle jurisdicional, além de inafastável, seria recomendável, em especial, por meio de ações judiciais que busquem a tutela coletiva.

A busca de alternativas de instrumentos jurídicos que possam, no controle jurisdicional de políticas públicas, afastar o resultado anti-isonômico das ações individuais, é o que inspira a análise das possibilidades existentes no ordenamento para o desenvolvimento desse controle, para que sejam os direitos sociais efetivamente tratados dentro da perspectiva maior em que estão inseridos e na relevância que possuem para o desenvolvimento do país e para a concretização do Estado Social Democrático de Direito.

#### 7.1 Possibilidade de controle judicial na hipótese de omissão inconstitucional

O legislador constituinte, procurando evitar a inefetividade das Constituições precedentes quanto aos direitos nela declarados, — em que as normas constitucionais resultavam em meras exortações, sem força vinculativa —, introduziu na Constituição Federal de 1988 instrumentos capazes de coibir a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em dar concretude a esses direitos.

Previu a Constituição de 1988 dois instrumentos para enfrentar a omissão inconstitucional, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

O mandado de injunção será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*. Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009, p. 116-149.

prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; está previsto no artigo 5°, inciso LXXI, no título dos direitos e garantias fundamentais, enquanto a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão é disciplinada pelo parágrafo 2° do artigo 103, da Constituição Federal.<sup>211</sup>

Nem toda inércia do legislativo constitui omissão inconstitucional, — não é o simples 'não fazer', mas sim o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue o Estado positivamente, criando uma norma legal que permita a fruição do direito constitucionalmente assegurado por norma de eficácia limitada.<sup>212</sup>

Nas hipóteses em que a Constituição impõe ao órgão legislativo o dever de editar norma regulamentadora de determinado direito, sua abstenção é ilegítima e configurará inconstitucionalidade por omissão.

A omissão pode ser total, quando não há qualquer norma que venha a possibilitar a fruição de um direito, seria a hipótese do vazio normativo. A omissão pode ser parcial, propriamente dita, quando a lei existente é insuficiente para dar concretude à norma constitucional, isto é, regula de forma insuficiente o texto constitucional — exemplo típico — Lei do Salário Mínimo, quando o valor é manifestamente insuficiente para atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família.<sup>213</sup>

\_\_\_

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. Art. 5° "[...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." Art. 103. "Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VII - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1° - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2° - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. [...]."

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> "[...] a norma deve conter um direito subjetivo, que somente não é imediatamente fruível em virtude da ausência de regulamentação dos parâmetros necessários a seu exercício. A regulamentação em questão não cria o direito, mas explica o *modus operandi* de seu exercício, o que pode ser realizado, quando necessário e supletivamente, pelo Judiciário." (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 73).

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> "Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade – Ausência de legitimidade ativa de central sindical (CUT) – Impugnação a medida provisória que fixa o novo valor do salário mínimo – Alegação de inconstitucionalidade em face da insuficiência desse valor salarial – Realização incompleta da determinação constante do art. 7°, IV, da Constituição da República – Hipótese de inconstitucionalidade por omissão parcial – Impossibilidade de conversão da ADIN em ação direta de inconstitucionalidade por omissão – Ação direta de que não se conhece, no ponto – Medida provisória que se converteu em lei – Lei de conversão posteriormente revogada por outro diploma legislativo – prejudicialidade da ação direta. Falta de legitimidade das centrais sindicais para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.442/DF*. Relator Ministro Celso de

Pode, ainda, a omissão parcial ser relativa, — a lei existe —, mas estabelece hipótese de discriminação inconstitucional, por exemplo, a norma legal é omissa com relação a uma categoria de pessoas, que deveriam ter sido também contempladas na norma regulamentadora, hipótese que fere o princípio da isonomia.<sup>214</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, parágrafo § 2°. da Constituição Federal, tem como fim declarar a mora do legislador ou do órgão da administração. Também é ação objetiva de controle abstrato da omissão inconstitucional; tem como finalidade a defesa da ordem constitucional e a efetividade da Constituição, ainda que possa reflexamente resultar também na defesa de um interesse individual. A omissão pode recair sobre ato tanto do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário, em lei complementar, lei ordinária, resolução, instrução normativa ou qualquer outro ato administrativo que tenha que ser editado para que se confira plena eficácia à norma constitucional.<sup>215</sup>

Até pouco tempo a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não contava com grande efetividade na correção da omissão, pois o julgado apenas a declarava, constituindo em mora o Poder competente, mas não estabelecia prazo para que fosse suprida, ou seja, para que fosse editado o ato normativo, com exceção do órgão administrativo, para o qual já há a previsão constitucional de que deve adotar as medidas necessárias para sanar a omissão inconstitucional em até 30 dias.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, modificou seu entendimento, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 3682, 216 julgada em 9 de maio de 2007, que

Mello, j. 3 nov. 2004, p. 29 abr. 2005). <sup>214</sup> "A questão torna a se colocar nas hipóteses de omissão relativa, que é aquela em que a lei exclui no seu âmbito de incidência determinada categoria, privando-a de um benefício, em violação ao princípio da isonomia. O tema já foi debatido mais de uma vez perante o Supremo tribunal Federal, em questão envolvendo o reajuste na remuneração de servidores públicos, quando se alegaram discriminações arbitrárias entre categorias de servidores ou diferenciação, à época vedada, entre civis e militares." (BARROSO, Luis Roberto. O controle... Op. cit., p. 267).

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Inatividade do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 40 do art. 18 da Constituição Federal, na redação dada pela emenda constitucional n. 15/1996. Ação julgada procedente." Trecho da decisão: "Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI n. 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.682/MT. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 9

teve como relator o Ministro Gilmar Mendes. Na referida ação de inconstitucionalidade foi apreciada a omissão inconstitucional, decorrente da ausência de lei complementar que dispusesse sobre a criação, incorporação, fusão e o desmembramento de Municípios, conforme previsto no artigo 18, parágrafo 4º. da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional n. 15/96.<sup>217</sup> Considerou o Supremo Tribunal Federal que o Congresso Nacional foi contumaz em sua inércia na não apreciação de projetos de lei em tramitação no Parlamento; declarou configurada conduta manifestamente negligente ou desidiosa do legislativo, que colocaria em risco a própria ordem constitucional, razão pela qual fixou o prazo de 18 meses para que fosse editada a referida lei.

A decisão provocou reações negativas na comunidade política, porque teria desrespeitado o princípio da separação dos poderes.

Em que pesem manifestações contrárias, a decisão, ao fixar prazo para a atuação do legislador positivo, sob pena de que os municípios criados em desconformidade com a regra constitucional vigente tivessem declarada a nulidade de seus atos de criação, não interferiu na competência do Poder Legislativo, apenas constatou a omissão e determinou o suprimento da lacuna pelo Poder competente. 218

A modificação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, quanto à fixação de prazo para o Poder Legislativo legislar, certamente confere maior efetividade à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e, respeitada as competências dos demais poderes, pode resultar em instrumento capaz de coibir a omissão inconstitucional, inclusive em relação à implementação dos direitos sociais, como ocorreu na ADI 1698 que tratou da erradicação do analfabetismo. A ação foi julgada improcedente porque não considerou o Supremo Tribunal Federal caracterizada omissão inconstitucional por parte do Poder Executivo em relação à adoção de políticas públicas para o cumprimento do comando constitucional.<sup>219</sup>

maio 2007, p. 6 set. 2007).

<sup>&</sup>lt;sup>217</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. cit. "Artigo 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] § 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei."

Para dar atendimento à determinação contida na ADI n. 3682/MT, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 57/08 que deu nova redação ao artigo 96 dos atos das disposições constitucionais transitórias. "Art. 96: Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação."

219 "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6°; 23, V; 208, I; e

No mesmo trilhar, pode-se imaginar ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão contra a inércia do legislador em editar norma que regulamente a fruição de um direito social; por exemplo, a hipótese de uma minoria que não tenha sido contemplada na disputa democrática da eleição de prioridades dos investimentos públicos, e, em decorrência desta omissão tenha sofrido violação de direito fundamental.

Também em matéria de direitos sociais, nos moldes da decisão mencionada, a omissão inconstitucional pode vir a ser suprida sem que o Judiciário extrapole de sua competência, pois declarada a omissão e determinada sua correção pelo Poder competente, este deverá legislar ou executar o ato administrativo, dentro das possibilidades políticas e democráticas presentes para a elaboração de lei e política pública necessária para a realização do direito, sem que o Judiciário extrapole de sua função jurisdicional.

O mandado de injunção, por sua vez, é um instrumento de controle concreto da inconstitucionalidade por omissão, é uma garantia constitucional, que tem o objetivo de tutelar direitos subjetivos. Qualquer pessoa que esteja sendo impedida de fruir direito constitucional em razão de omissão inconstitucional está legitimada ao mandado de injunção, que pode ser impetrado de forma individual ou coletiva.

Até recentemente prevalecia no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o mandado de injunção apenas declarava a mora do legislador, como na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, no mandado de injunção de n. 721, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal modificou sua orientação. 220 No caso em

<sup>214,</sup> I, da Constituição da República. Alegada inércia atribuída ao presidente da República para erradicar o analfabetismo no País e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.698*. Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 25 fev. 2010, Plenário, DJE 16 abr. 2010).

O Tribunal julgou parcialmente procedente pedido formulado em mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, em decorrência de atividade em trabalho insalubre prevista no § 4º do art. 40 da CF, adotando como parâmetro o sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/1991, art. 57), que dispõe sobre a aposentadoria especial na iniciativa privada. Na espécie, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, haja vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. Salientando o caráter mandamental e não simplesmente declaratório do mandado de injunção, asseverou-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de

questão foi julgada a ausência de regulamentação do artigo 40, § 4º, 221 da Constituição Federal, que prevê a hipótese de aposentadoria especial para o servidor público, a ser regulada por lei complementar, portanto norma de direito social de eficácia limitada.

Passados quase vinte anos da promulgação da Constituição, não havia sido editada a lei que permitisse o gozo do direito pelo servidor público. Ao analisar o caso concreto, o Supremo Tribunal Federal supriu a lacuna e possibilitou a fruição do direito assegurado na Constituição, garantindo à autora, servidora pública, o direito à aposentadoria especial, com a adoção, na ausência de lei específica para os servidores, da norma legal que prevê os benefícios para os trabalhadores da iniciativa privada.

Considerou o Supremo, ante a inércia do legislador, que deveria ser concedida à impetrante a aposentadoria especial nos moldes da Lei de Previdência Social. A decisão produziu efeitos apenas inter partes, mas, por uma questão de isonomia, o mesmo entendimento vem sendo adotado pelos Tribunais Estaduais, ampliando o alcance da decisão proferida no referido mandado de injunção a todos os demais servidores que se encontram na mesma situação, até que sobrevenha lei complementar que venha a dispor sobre a matéria.<sup>222</sup>

regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito, afastando as consequências da inércia do legislador. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 721/DF. Relator Ministro Marco Aurélio, j. 30 ago. 2007, p. 30 nov. 2007).

<sup>221</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. "Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I portadores de deficiência; II que exerçam atividades de risco; III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física."

<sup>2</sup> "Ementa: Mandado de Injunção – aposentadoria especial de servidor público, que trabalha em hospital de universidade estadual. Ausência de lei complementar nacional disciplinando os requisitos e critérios para sua concessão, conforme o reclamado pelo artigo 40, parágrafo 4º. da Constituição Federal. Lei complementar que encerra norma geral, a exemplo do que se passa com o código tributário nacional. Hipótese de competência concorrente, nos termos do artigo 24, XII da Lei maior, sendo ela conferida supletivamente aos Estados e ao Distrito Federal que, na falta de norma geral editada pelo Congresso Nacional, podem exercer competência plena para fixar normas gerais e, em seguida, normas específicas destinadas a atender suas peculiaridades. Competência da União, que e tema de direito previdenciário, somente exsurge privativa quando se tratar de regime geral de previdência social e previdência privada, mas não de previdência dos servidores. Interpretação que se extrai do cotejo das normas dos artigos 22, XIII e 24, XII da Constituição da República. Afastamento da ilegitimidade do governador do Estado para figurar no polo passivo da presente impetração. Mandado de injunção. Natureza jurídica de ação mandamental, e não de mera declaração de mora legislativa. Necessidade de se dar efetividade ao texto constitucional. Judiciário que, ao conceder a injunção, apenas remove o obstáculo decorrente da omissão, definindo a norma adequada ao caso concreto. Não se imiscuindo na tarefa do legislador. Existência de um poder-dever do judiciário de formular, em caráter supletivo, a norma faltante. Aplicação, por analogia, para o fim de contagem de tempo para

Após o julgamento do mandado de injunção n. 721, foram julgados os mandados de injunção 670, 708 e 712, que tiveram como objeto a discussão sobre a ausência de regulamentação do direito de greve do servidor público. 223 Ações promovidas por sindicatos de servidores públicos buscaram assegurar o direito de greve, posto que ainda não regulamentado o direito previsto no artigo 37, VII, 224 que é uma norma de direito social de eficácia limitada.

Em decisão inovadora, o Supremo Tribunal Federal declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação da lei de greve do setor privado, no que fosse compatível com a especialidade do serviço público, estendendo os efeitos da decisão para todo o funcionalismo, decisão que vigorará, com efeito erga omnes, até que seja editada a respectiva lei regulamentadora.<sup>225</sup>

Nos dois julgamentos de mandado de injunção ora mencionados, adotou o Supremo Tribunal Federal um posicionamento ativista, deixando a função de legislador negativo para atuar como legislador positivo.

A inércia do legislador e a violação de direito assegurado na Constituição

aposentadoria especial, do quanto previsto no artigo 57 da lei 8213/91, que dispõe sobre os benefícios do regime geral de previdência social. Precedente, em caso análogo, do Colendo Supremo Tribunal Federal. (MI 721 /DF) que modificou, sobremaneira, o modo de o Excelso Pretório enxergar o alcance do mandado de injunção, superando a timidez inicial, como referido pelo próprio Relator, eminente Ministro Marco Aurélio. Possibilidade de concessão de efeitos erga omnes, consoante o decidido pelo Supremo Tribunal Federal no MI 708/DF, até porque a decisão proferida em sede de mandado de injunção, não se difere daquela prolatada no exercício do controle abstrato de omissões legislativas. Necessidade de superação do postulado Kelseniano segundo o qual as Cortes Constitucionais devem atuar como legislador negativo. Ativismo judicial que se justifica, no caso - injunção concedida." (SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Processo n. 9053453-73.2008.8.26.0000. Relator Desembargador Matrias Coltro, j. 1 abr. 2009, p. 11 ago.

<sup>223</sup> O Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37. ... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670/ES. Relator original Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007, p. 31 out. 2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 708/DF. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007, p. 31 out. 2008. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 712/PA. Relator Ministro Eros Grau, j. 25 out. 2007, p. 23 nov. 2007).

<sup>224</sup> BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Op. cit. "Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: inciso -VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica."

<sup>225</sup> "O STF, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, Lei 7783/89. A aplicação da lei não se restringiu aos impetrantes, mas a todo o funcionalismo público." (LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 820).

legitimam a atuação do Supremo Tribunal Federal e, em que pese a clara interferência na competência do Poder Legislativo, a solução adotada, com efeito, *erga omnes*, não subverte a lógica dos direitos sociais de que devem ser implementadas de forma isonômica e universal.

Ainda que se adote um posicionamento contrário ao ativismo judicial, nas duas hipóteses analisadas — na fixação de prazo para que seja suprida a omissão inconstitucional e nos julgamentos dos mandados de injunção que asseguraram à servidora pública a aposentadoria especial e o direito de greve dos servidores públicos -, as decisões proferidas acabaram por prestigiar o princípio da isonomia e, especialmente, não subtraíram do Poder Legislativo a prerrogativa de legislar sobre a matéria decidida judicialmente, modificando-a, conforme os interesses predominantes na sociedade e levados à deliberação pela Casa legislativa.

Por outro lado, as hipóteses da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, como se viu, estão previstas na Constituição e têm a finalidade de suprir a omissão inconstitucional dos demais Poderes, portanto, nesses casos, está autorizado o Judiciário a atuar de forma a suprir temporariamente a lacuna da omissão inconstitucional, de forma a assegurar o exercício do direito previsto na norma de eficácia limitada, até que efetivamente seja editada a respectiva lei pelo Poder Legislativo ou ato do Poder Executivo.

O Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento do caso Hartz IV, que trata sobre direito social, já mencionado neste trabalho, traz hipótese semelhante à solução adotada no caso da inconstitucionalidade por omissão dos legisladores na criação dos municípios, porque também a Corte Alemã, declarando sua incompetência para definir o valor adequado para o beneficio previsto na Lei Hartz IV que possa fazer frente às necessidades relativas ao mínimo existencial, devolve a questão ao legislador para que este, em prazo determinado pela decisão judicial, aponte, com transparência, os critérios utilizados para a fixação do valor e o estabeleça de forma a atender as necessidades básicas da existência digna. <sup>226</sup>

\_

<sup>226 &</sup>quot;O Tribunal apontou que o legislador está autorizado a criar benefícios genéricos, que sejam destinados a uma parcela da população, e isso vale também para benefícios que visem à manutenção do mínimo existencial, desde que esses tenham sido criados de uma forma constitucionalmente aceitável. Ainda, que deve haver certa abertura a necessidades individuais, que só podem ser consideradas na hipótese do benefício realmente não ser suficiente para manter as condições de um mínimo existencial digno, o que apenas ocorrerá em raros casos. Com esses argumentos, o Tribunal Constitucional Federal alemão declarou que os artigos contestados da Lei do Hartz IV seriam incompatíveis com a Lei Fundamental, logo, inconstitucionais. Entretanto, uma declaração de nulidade desses dispositivos poderia implicar em uma situação pior da já

Diferentemente da ação declaratória de omissão inconstitucional, que se refere ao controle abstrato da constitucionalidade, o mandado de injunção, mesmo no exercício do controle difuso da constitucionalidade, na atual conformação, é um instrumento que permite ao Judiciário, atuar como legislador positivo, para suprir a omissão do Poder Legislativo ou Executivo e dar efetividade a direitos sociais de eficácia limitada, proferindo decisão com efeito que transcende os limites da lide. Nesse sentido, é o entendimento adotado expressamente no caso do direito de greve do servidor público, resultando, em última instância, em interferência do Judiciário na competência dos demais poderes, em hipótese autorizada pela Carta Constitucional, atuando positivamente na concretização do direito social, sem afrontar o principio da isonomia.

Nessas decisões, seus efeitos, como se apontou anteriormente, extrapolaram os limites da lide, mesmo quando não declarado expressamente, como no direito de greve do servidor público cujos efeitos, pela própria natureza do provimento jurisdicional concedido, têm se estendido a situações análogas, assim como o direito à aposentadoria especial que vem sendo concedido nos moldes da decisão proferida no mandado de injunção n. 721/DF. 227

existente, e o legislador possui, sem dúvidas, muitas alternativas para fazer com que tais previsões não sejam incompatíveis com o art. 1, I, GG c/c art. 20, I, GG. Ainda, como não se pode dizer que o valor do benefício-

incompatíveis com o art. 1, I, GG c/c art. 20, I, GG. Ainda, como não se pode dizer que o valor do benefício-padrão é totalmente inadequado, o legislador também não é constitucionalmente obrigado a estabelecer um valor superior ao já existente. O que deve ser feito é a identificação de um método real, transparente e compatível com as necessidades para a manutenção do mínimo existencial. O Tribunal Constitucional Federal não tem poderes para, de acordo com suas próprias avaliações e estimativas, estabelecer ele mesmo um benefício específico. Isso é atribuição do legislador, de modo que o Tribunal declarou que as disposições inconstitucionais deverão permanecer aplicáveis, até que uma nova regulamentação seja criada. Foi fixado o limite de 31 de dezembro de 2010 para que o legislador aprove um benefício-padrão compatível com a Lei Fundamental. O prazo foi considerado suficiente para a introdução de um novo processo para aferição da realidade de fixação, de modo que o benefício possa garantir, consequentemente, um mínimo existencial

válido de uma grande parcela da população." (HORBACH, Beatriz Bastide. Op. cit.).

"Em sessão plenária do dia 15.04.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem nos MI 788/DF, MI 795/DF, MI 796/DF, MI 797/DF, MI 808/DF, MI 809/DF, MI 815/DF, MI 825/DF, MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF, MI 998/DF, para comunicar a mora legislativa à autoridade coatora competente e determinar a aplicação, no que couber, do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Dessa forma, reafirmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que, ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição de lei complementar reclamada pela parte final do § 4º do artigo 40 da Constituição Federal, impõe-se a aplicação das normas correlatas previstas no artigo 57 da Lei nº 8.213/91, em sede de processo administrativo. Na mesma ocasião, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Joaquim Barbosa para autorizar que os Ministros decidam monocraticamente e definitivamente os casos idênticos. Na mesma linha de entendimento, em sessão plenária do dia 02.08.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do relator Min. Marco Aurélio, nos MI 835/DF, MI 885/DF, MI 923/DF, MI 957/DF, MI 975/DF, MI 991/DF, MI 1.083/DF, MI 1.128/DF, MI 1.152/DF; MI 1.182/DF; MI 1.270/DF; MI 1.440/DF; MI 1.660/DF; MI 1.681/DF; MI 1.682/DF; MI 1.700/DF; MI 1.747/DF; MI 1.797/DF; MI 1.800/DF; MI 1.835/DF." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inconstitucional. Disponível em <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp."http: jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 18 set. 2012)

Questão controvertida na doutrina e jurisprudência é a aplicação e o alcance da ação de descumprimento de preceito fundamental. Mesmo o conceito de preceito fundamental divide a doutrina, que segue no caminho de abarcar em sua definição tanto regras, como princípios, desde que sejam de relevância para o sistema constitucional.<sup>228</sup>

A ação de descumprimento de preceito federal tem levado à discussão no Supremo Tribunal Federal questões de grande importância para a sociedade como a que foi debatida na ADPF n. 54, que impugna a ilegalidade da interrupção da gravidez do feto anencéfalo. A ação foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde e teve como fundamento a dignidade humana, direito à saúde, liberdade e legalidade. A ação foi julgada procedente, tendo o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, atuado como legislador positivo, ao estabelecer hipótese não prevista em lei para a autorização da interrupção da gestação. 229

A ação de descumprimento de preceito fundamental está prevista no artigo 102, parágrafo 1°. da Constituição Federal e foi regulamentada na Lei 9.882/99. Possui aplicação subsidiária, de acordo com o disposto em seu artigo 4°, parágrafo 1°.<sup>230</sup>

\_

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> Trecho do voto prolatado pelo Ministro Relator Néri da Silveira, no julgamento da ADPF n. 1, julgada em 3 de fevereiro de 2000, procura definir o que seria o preceito fundamental tratado no artigo 102 da Constituição Federal: "Guarda da Constituição e seu intérprete último, ao Supremo Tribunal Federal compete o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental, cujo descumprimento pode ensejar a arguição regulada pela Lei 9882/99. Nesse sentido, anota o Ministro Oscar Dias Corrêa, in "A Constituição de 1988, contribuição crítica", 1ª ed., Forense Universitária, 1991, p. 57: 'Cabe exclusivamente e soberanamente ao STF., conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental [...] desde logo, podem ser indicados porque pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado; o voto direito, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceito fundamental. Além disso, admita-se os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores socais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização políticoadministrativa." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 1. Relator Ministro Néri da Silveira, j. 3 fev. 2000, p. 7 nov. 2003).

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> "Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez. Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada na Corte pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?</a> idConteudo=204878>. Acesso em 16 de setembro de 2012).

<sup>230</sup> BRASIL. *Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/">http://www.planalto.gov.br/</a>

<sup>&</sup>lt;sup>230</sup> BRASIL. *Lei n. 9.882*, *de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/19882.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/19882.htm</a>. Acesso em 22 maio 2011. "Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. \$\frac{1}{2}\$ Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."

Luiz Roberto Barroso,<sup>231</sup> ao analisar a Lei 9882/99, entende que o parágrafo 1°, do artigo 4° autoriza o uso da ação de descumprimento fundamental também para a correção da omissão inconstitucional.

Nesse mesmo sentido, a ADPF n. 4, <sup>232</sup> que teve como objeto a Medida Provisória n. 2019/2000 que dispunha sobre o valor do salário mínimo, o qual, segundo o autor da demanda, violava o preceito fundamental contido no artigo 7°, inciso IV da Constituição Federal, foi admitida para sanar hipótese de omissão inconstitucional.

No caso da ADPF n. 4, a arguição foi conhecida com o entendimento de que a medida que poderia ser utilizada para sanar a omissão (omissão parcial) — ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão —, não seria capaz de sanar a lesividade, a ação foi julgada prejudicada, ante a edição de leis posteriores que alteraram o valor do salário mínimo.

A questão a investigar é o alcance que dará a jurisprudência às decisões proferidas nas ações de descumprimento fundamental, considerando-se o disposto no artigo 10° da Lei 9882/99,<sup>233</sup> que determina que julgada a ação, serão fixadas as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, decisão que terá eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ainda admitindo-se que a ação de descumprimento de preceito fundamental possa ser utilizada nos casos de omissão inconstitucional, defende Luís Roberto Barroso, que a Lei 9822/99, ao prever a fixação de condições e o modo de aplicação do preceito fundamental, autoriza o Judiciário a estabelecer prazo para o legislador sanar a omissão e venha a adotar medida concreta ou norma geral que prevaleceria até a atuação do órgão competente.<sup>234</sup>

<sup>232</sup> Ementa: Arguição de descumprimento fundamental. Medida provisória n. 2.019-1 que "dispõe sobre o salário mínimo a vigorar a partir de 3 de abril de 2000". Com a edição de normas posteriores alterando o valor do salário mínimo, julga-se prejudicada a arguição ante a perda de seu objeto. Ministra Relatora Ellen Gracie, julgado em 2 de agosto de 2006. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 4/DF*. Medida provisória n. 2.019-1. Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 2 ago. 2006, p. 22 set. 2006).

-

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> BARROSO, Luis Roberto. O controle... Op. cit., 2009, p. 305.

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> BRASIL. *Lei n. 9.882*. Op. cit. "Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente. § 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público."

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> "É bem de ver que a Lei 9822/99 prevê, expressamente, a fixação de condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. Se admitir essa previsão como um diferencial em relação aos outros mecanismos de tutela da omissão, pode-se imaginar a possibilidade do apelo ao legislador, com a fixação de

Destaca-se, neste ponto, que a decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45, analisada neste estudo, 235 foi proferida em uma ação de descumprimento de preceito fundamental que envolvia o direito à saúde, tendo sido declarado, em que pese inexistir decisão de mérito na referida demanda, que a arguição prevista no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal, também seria meio hábil para o desenvolvimento do controle jurisdicional sobre políticas públicas.

Guardadas as especificidades de cada uma das ações constitucionais, o que se vem delineando, com o posicionamento ativista do Supremo Tribunal Federal, é que esses instrumentos podem ser utilizados no controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, com o impacto positivo já mencionado de que, dado o alcance dessas decisões, que extrapolam, em seus efeitos e repercussão, as fronteiras da lide, confere a questão o tratamento adequado aos direitos sociais, que devem ser realizados de forma coletiva e isonômica.

## 7.2 Possibilidade do controle judicial de políticas públicas por meio de ações coletivas

As possibilidades examinadas no item anterior buscam sanar a omissão inconstitucional que impede o exercício do direito social assegurado na Constituição. Nessas hipóteses, o Judiciário não substitui os demais poderes na elaboração de uma política pública, em que pese o fato de que, ao suprir a omissão inconstitucional com efeito coletivo, acaba por contribuir para efetivação desse direito.

De fato, mesmo que não sejam ações judiciais que visem, especificamente, ao exame de política pública já existente, ao suprir a omissão inconstitucional e estabelecer regra para fruição do direito social perseguido, não só para o autor individual, mas para toda a coletividade que se encontrar na mesma situação fática, concretiza o Poder Judiciário o direito social.

Diversa, no entanto, é a hipótese em que não basta suprir a omissão do Poder competente, quando é necessário, para a concretização e gozo do direito social de forma coletiva, a elaboração de uma política pública. Quais são as possibilidades existentes no ordenamento jurídico para o controle jurisdicional, quando é necessária a formulação ou

prazo, seguido da aplicação concreta de determinada medida estabelecida pela Corte ou até mesmo a edição de norma geral, que prevaleceria até a efetiva atuação do órgão competente." (BARROSO, Luís Roberto. O controle... Op. cit., p. 306).

<sup>&</sup>lt;sup>235</sup> Cf. Capítulo 5.

alteração de uma política pública?

As ações civis públicas e outras ações coletivas ajuizadas com o propósito de implementação de direitos coletivos melhor se coadunam à lógica dos direitos sociais, pois, como já exposto anteriormente, causam um impacto maior sobre a Administração, não só do ponto de vista econômico (recursos disponíveis), mas também do encaminhamento técnico da questão, além de serem mais eficazes para a concretização dos direitos sociais, pois, das decisões delas decorrentes, podem se beneficiar todos aqueles que se encontram na mesma situação, especialmente quando desta resulta a elaboração de uma política pública ou alteração de uma já existente.

As ações coletivas, ainda com mais força que as ações individuais repetitivas, constituem elemento de pressão sobre o administrador público, tanto do ponto de vista econômico, como do ponto de vista político e, por essa razão, podem dar causa a uma política pública de grande alcance, capaz de dar concretude ao direito social envolvido.

No entanto, a criação de políticas públicas, como consequência de demandas judiciais, não faz com que o Poder Judiciário possa substituir a atuação da Administração. O Judiciário, quando provocado em ações coletivas que venham a questionar a legitimidade, ou mesmo o alcance de uma dada política pública, não poderá, na prestação jurisdicional, substituir a Administração, primeiro, porque não possuem os juízes competência técnica para tanto, segundo, porque, como já visto anteriormente, estas resultam de atos complexos que envolvem diversos atores, áreas do conhecimento humano e planejamento orçamentário. <sup>236</sup>

Com efeito, em que pese o conhecimento técnico-jurídico de que dispõem os integrantes do Poder Judiciário, a formulação de uma política pública refoge à expertise dos magistrados, pois, as escolhas políticas em hipóteses de educação, saúde, segurança, moradia, lazer levam em consideração avaliações técnicas próprias a cada um desses direitos e não parece que o Judiciário possa deixar de levar em conta essas avaliações para adotar outra que lhe pareça mais adequada, deve observar todos os elementos que envolvem a escolha feita pelo Poder competente, como elementos de gestão dos recursos

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (Org.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 73-74).

\_

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> "Quando se confunde o campo jurídico com o campo político, a consequência é fatal: o julgador acaba fazendo uma má política, por meio jurídicos. Os exemplos, em nossos tribunais, apresentam-se aos borbotões. Talvez o mais maléfico deles seja as liminares que concedem internações em hospitais que não possuem vagas. O juiz decide "juridicamente" um problema de política pública; leitos escassos para pacientes em demasia." (REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*:

financeiros, técnicos e organizacionais disponíveis.

Daniel Sarmento pontua com clareza a limitação do processo judicial no que se refere às políticas públicas, destacando-se aqui o seguinte trecho:

Em matéria de controle judicial de política públicas, além da dificuldade decorrente da falta de *expertise* dos juízes, há também o problema que resulta da própria dinâmica dos processos judiciais. O processo judicial foi pensado com o foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve, sobretudo, questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial.<sup>237</sup>

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva ressalta que os juízes têm dificuldade para solucionar as demandas que envolvem direitos como saúde, educação, segurança, moradia, que devem ser implementados por políticas públicas, pois tendem a tratar dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros.

Além da falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para a análise específica das políticas públicas de direitos sociais, porque envolvem elementos complexos, não só do ponto de vista orçamentário, mas também administrativo, próprio do desenvolvimento e execução da política, mesmo que venham a ser tratadas por meio de ações coletivas com o alcance necessário para a implementação de direitos coletivos, continuarão a existir as demandas individuais, portanto, seria necessário que o Poder Judiciário revisse a forma como vem sendo tratada a questão, para que o processo judicial seja conduzido de forma a assegurar um diálogo mais amplo e democrático e não no padrão individualista do processo bilateral, em que se estabelecem as relações entre credor

-

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> "Sem embargo, o exercício deste controle não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem o opera. Por isto, não me parecem adequadas, neste ou em qualquer outro campo, as teorias que idealizam a figura do juiz – como o famoso juiz "Hércules", de Ronald Dworkin, depositando no Poder Judiciário expectativas que ele não tem como atender. É até compreensível que teorias desse tipo acabem vicejando no Brasil, pelo desencanto geral diante dos poderes políticos, atolados em sucessivos escândalos, e pela persistência das mazelas que afligem a nossa população. Contudo, infelizmente, não me parece que elas possam entregar aquilo que prometem: a redenção de todos os males pela via judicial." (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 581-582).

e devedor, vencedor e vencido.

As ações que envolvem políticas públicas devem provocar uma discussão processual mais abrangente que transcenda a figura dos litigantes, ou, nas palavras de Virgilio Afonso as Silva, possa estabelecer um "diálogo constitucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais", possibilitando uma apreciação real das escolhas políticas e orçamentárias efetivadas na alocação dos recursos pelo Poder Judiciário.<sup>238</sup>

Tomem-se como exemplo duas diferentes ações civis públicas, ajuizadas pelo Ministério Público, que se referem ao direito à educação.

A primeira foi ajuizada com o propósito de compelir o Município de Santo André a disponibilizar vagas em creches.<sup>239</sup> A decisão judicial condenou o município paulista a

"Ainda mais importante seria o papel do Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, como controlador das políticas públicas já existentes. Boa parte dos problemas de efetividade do direito à saúde (e também de outros direitos sociais) decorre muito mais de desvios na execução de políticas públicas do que de falhas na elaboração dessas mesmas políticas. Nesses termos — ou seja, como controlador da execução de políticas já existentes —, o Judiciário conseguirá, ao mesmo tempo, pensar os direitos sociais de forma global, respeitar as políticas públicas planejadas pelos poderes políticos, não fazer realocação irracional de recursos escassos e, sobretudo, realizar com maior eficiência os direitos sociais. Contudo, é óbvio que, para isso ocorra, o papel do Judiciário e o da ação do Ministério Público têm que ser repensados. Ainda mais: em um país no qual a separação dos poderes é interpretada como sinônimo de não-diálogo entre os poderes, como muito as vezes ocorre no Brasil, é uma tarefa dificil de ser realizada." (SILVA, Virgilio Afonso da. O Judiciário... Op. cit., p. 598).

<sup>239</sup> "Ementa: Recurso Extraordinário – criança de até seis anos de idade – atendimento em creche e em préescola - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV) compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2°.) – Recurso Improvido. A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se 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. - 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. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.- 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 estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível".

atender crianças de até 6 anos de idade, em creche e em pré-escola. Entendeu o julgado que o direito reclamado está assegurado na Constituição Federal, no artigo 208, IV, e que configura comando constitucional para o Poder Público — no caso, para o ente público municipal.

A decisão judicial considerou que a inércia governamental não pode comprometer a efetivação desses direitos. Embora a formulação e a implementação das políticas públicas sejam de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, na inércia destes, seja por omissão (inconstitucional), seja no descumprimento do encargo político-jurídico de dar concretude à lei, compete ao Poder Judiciário atuar de modo a dar eficácia ao direito.

O julgado ressalta, no entanto, que deve ser ponderada a reserva do possível, quando efetivamente demonstrada a inexistência de recursos necessários à implementação do direito fundamental, de tal modo que não se mostra lícito ao Poder Público "criar obstáculo artificial" de natureza financeira ou política-administrativa com o intuito de frustrar a efetivação do direito social.<sup>240</sup>

A decisão judicial que exerceu o controle jurisdicional sobre a política pública de educação desenvolvida pelo Município de Santo André, considerou não demonstrada a impossibilidade orçamentária para a realização do direito social reclamado, bem como considerou insuficiente as medidas adotadas pelo ente público municipal para o atendimento da educação infantil, determinando que fossem disponibilizadas vagas para o atendimento em creche e pré-escola para as crianças até seis anos de idade.

Nesse caso, o controle jurisdicional determinou a correção da política pública, reservando ao ente público municipal a deliberação quanto à alocação de recursos e a forma como daria cumprimento à determinação judicial.

A outra ação civil pública foi ajuizada com o objetivo de que fossem realizadas reformas em estabelecimento público de ensino, a fim de garantir a acessibilidade a

Doutrina." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 410.715/SP*. Relator Ministro Celso de Mello, j. 27 out. 2005, p. 8 nov. 2005).

<sup>&</sup>lt;sup>240</sup> "[...] Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais — além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização — depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprova, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira de pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícita, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial, que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/oi político-administrativo — o legítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, informativo STF n. 345/2004)" Trecho da decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 410.715/SP.

portadores de necessidades especiais.<sup>241</sup>

em: 22 maio 2011).

A ação foi julgada procedente, tendo sido condenado o Estado a proceder às reformas necessárias para garantir a acessibilidade aos portadores de necessidades especiais, que deveriam ser concluídas no período de dois anos, prazo considerado razoável, considerando-se as adaptações orçamentárias necessárias.

O acolhimento do pedido do Ministério Público se deu com fundamento na Constituição Federal e nas leis que asseguram aos portadores de necessidades especiais o pleno exercício de seus direitos básicos, entre estes o direitos à educação.<sup>242</sup> A Administração foi condenada a proceder às obras necessárias a garantir a acessibilidade, dentro do prazo de dois anos, considerado pelo Poder Judiciário lapso temporal razoável

<sup>241</sup> "Ação Civil pública. Deficiente físico. Acesso às salas de aula em escola pública dificultado por escadas. Obrigação de fazer consistente na realização de obras para as devidas adaptações do prédio. Admissibilidade. Direito de livre circulação em imóvel de uso comum assegurado na Constituição Federal de 1988, sobretudo a escola pública, que deve facilitar o quanto se pode o acesso ao ensino. Norma cuja aplicabilidade não pode ser condicionada à edição de lei estadual, que, passados dezesseis anos da Constituição Federal, não foi providenciada, constituindo reprovável conduta que fere princípios éticos e ostenta flagrante inconstitucionalidade por omissão. Ação procedente. Recursos improvidos." (SÃO PAULO (Estado).

Tribunal de Justiça. *Apelação n. 275.964-5/9-00*. Relator Milton Gordo, j. 14 mar. 2005, p. 12 abr. 2005). <sup>242</sup> A Lei n. 7.853/89 dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências: "Art. 2°. Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico. Parágrafo único. Para o fim estabelecido no caput deste artigo, os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar, no âmbito de sua competência e finalidade, aos assuntos objetos esta Lei, tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem prejuízo de outras, as seguintes medidas: I - na área da educação: a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios; b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas; c) a oferta, obrigatória e gratuita, da Educação Especial em estabelecimento público de ensino; d) o oferecimento obrigatório de programas de Educação Especial a nível pré-escolar, em unidades hospitalares e congêneres nas quais estejam internados, por prazo igual ou superior a 1 (um) ano, educandos portadores de deficiência; e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo; f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino". (BRASIL. Lei n. 7.853, de 24 de outubro 1989. Disponível em: <a href="mailto:cov.br/ccivil\_03/Leis/L7853.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L7853.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011). O Decreto n. 3.298/99, em seu art. 7º, dispõe que: "São objetivos da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência: I - o acesso, o ingresso e a permanência da pessoa portadora de deficiência em todos os serviços oferecidos à comunidade; II - integração das ações dos órgãos e das entidades públicos e privados nas áreas de saúde, educação, trabalho, transporte, assistência social, edificação

pública, previdência social, habitação, cultura, desporto e lazer, visando à prevenção das deficiências, à eliminação de suas múltiplas causas e à inclusão social; III - desenvolvimento de programas setoriais destinados ao atendimento das necessidades especiais da pessoa portadora de deficiência; IV - formação de recursos humanos para atendimento da pessoa portadora de deficiência; e V - garantia da efetividade dos programas de prevenção, de atendimento especializado e de inclusão social." (BRASIL. *Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/d3298.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/d3298.htm</a>. Acesso

para as necessárias adaptações orçamentárias.

Nos dois exemplos mencionados, os Poderes Executivos, estadual e municipal, invocam, em suas razões de defesa, além das limitações orçamentárias frente a outras prioridades, o poder discricionário de que goza a Administração Pública para definir como deverão ser adotadas as medidas necessárias para a efetivação do direito social, pois, tanto para a disponibilização das vagas em creches, como para a realização das reformas necessárias, não há recusa na concretização do direito, mas a justificativa de que serão assegurados progressivamente e que a inobservância do poder discricionário da Administração, em alocar os recursos existentes de forma a atender as demandas tidas como prioritárias, também resultaria em afronta ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal.

Entretanto, é de se destacar que, nos dois casos analisados, o direito social requerido está bem delineado na Constituição e nas Leis que o regulam, como no caso específico da acessibilidade, de tal modo que, contando com suficiente densidade normativa, o controle judicial exercido sobre a política pública existente, vem, na verdade, promover sua adequação de forma que ela não resulte em violação ao direito à educação, constitucionalmente assegurado.

Em hipóteses em que o direito social possui eficiente densidade normativa, que permita a verificação da obrigação do Poder Público e sua eventual omissão, o controle jurisdicional fica reduzido à verificação da adequação da política pública instituída, respeitado o poder discricionário da Administração em definir, dentro dos parâmetros legais e constitucionais estabelecidos, como será prestado o direito social.

Através das ações coletivas, tem o Judiciário maior possibilidade de contribuir para a concretização dos direitos sociais, sem que sejam ultrapassados os limites propostos neste estudo, isto é, desde que utilizada a regra de ponderação, enfrentada a questão da limitação orçamentária, da legitimidade e da legalidade das escolhas políticas efetuadas no exercício democrático, possui condições o Poder Judiciário de exercer o controle jurisdicional sobre políticas públicas, respeitando não só o princípio democrático da separação dos poderes, mas, especialmente princípio da isonomia que deve nortear a implementação dos direitos sociais.

Embora se considere que as ações de natureza coletiva sejam o meio mais adequado para o controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais, há que se enfrentar a limitação da própria estrutura do processo judicial, que é concebido a partir de uma visão privatista da disputa entre credor e devedor, inadequada para a discussão mais ampla que

deve ser travada nessa matéria.

Destaca Virgilio Afonso da Silva que a análise de políticas públicas pelo Poder Judiciário requer uma discussão ampliada, mais "um diálogo democrático", do que atos judiciais concessivos de direitos, como se vê diariamente em nossos tribunais, em especial, nas ações que versam sobre entrega de medicamentos.

Nesse "diálogo democrático" pode haver o aumento dos participantes da lide, como a figura do *amicus curiae* ou a realização de audiências públicas que tenham como propósito trazer a participação da sociedade civil organizada, possibilitando deste modo, a ampliação do conhecimento do Poder Judiciário acerca da política pública ou mesmo das discussões políticas subjacentes que levaram a adoção de uma determinada escolha política.<sup>243</sup>

No caminho do diálogo democrático, o Poder Judiciário deve adotar a posição de "moderador", deixando de atuar como substituto da vontade das partes, para desempenhar o papel de facilitador nesse diálogo, de modo a buscar a aproximação dos litigantes e leválos à composição e à construção da solução judicial, sem subtrair do administrador público a criação, planejamento e implementação da política pública.

Exemplo que pode ser mencionado para demonstrar a hipótese em que o Poder Judiciário atuou como um facilitador é a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra o Estado de São Paulo, que teve como desfecho acordo celebrado entre as partes e a criação de uma nova política pública.

A ação judicial foi promovida com objetivo de que o Estado de São Paulo fosse obrigado a instituir política pública para o transporte especial para estudantes, portadores de necessidades especiais, da rede pública e escolas conveniadas com o poder público.<sup>244</sup> Antes mesmo de ser apreciado o pedido de liminar, o Juízo da Vara da Infância e da Juventude convocou as partes para uma audiência de tentativa de conciliação, sem que tivesse se iniciado o prazo para apresentação de defesa.

Realizada a audiência, da qual participou não só o representante judicial da Administração, mas também integrantes da Secretaria da Educação e da Empresa

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> "Como exemplo dessa abertura do procedimento, vislumbra-se plenamente compatível com as ações coletivas a introdução de figuras como o *amicus curiae* e a realização pelo Judiciário de audiências públicas. Isto é importante a fim de viabilizar que o juiz, ao analisar a questão coletiva, não seja seduzido por parte da realidade transportada aos autos, mas possa sopesar as questões postas, ouvindo um maior número de opiniões das pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo." (FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 105).

<sup>244</sup> SÃO PAULO (Estado) Vara da Infância e da Juventude do Foro Central da Comarca de São Paulo. *Ação Civil Pública n. 324.583.00.2009.122559-6*. Juiz Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho.

Metropolitana de Transportes Urbanos, chegou-se a um parâmetro de negociação para a implementação progressiva do transporte escolar para alunos portadores de necessidades especiais.

Chegaram as partes ao acordo judicial após mais de um ano da propositura da ação, tendo sido realizados nesse período, além de reuniões entre o Ministério Público e a Secretaria de Educação, levantamentos técnicos, que englobavam desde a verificação do alcance da demanda, isto é, quantos seriam os beneficiários do serviço de transporte, qual seria o tipo de transporte necessário, até o exame das possibilidades técnicas para efetuar a adaptação nos veículos existentes e a disponibilidade orçamentária para fazer frente aos investimentos necessários.

Parte do pedido do Ministério Público foi prontamente atendido, mesmo sem a formalização do acordo, e incorporado às atribuições da Secretaria de Educação, que estabeleceu uma política pública de transporte escolar para crianças com necessidades especiais. Com a formalização do acordo, estabeleceu-se um cronograma para o atendimento progressivo da demanda existente e estabeleceu-se as condições que deveriam ser atendidas pelos interessados para que pudessem utilizar o transporte especial.<sup>245</sup>

Como no exemplo mencionado, acredita-se que o Poder Judiciário possa conduzir essas demandas como um mediador, que busca, no diálogo mais amplo, obter as informações necessárias ao alcance da solução da controvérsia, de modo que seja esta construída entre as partes, evitando-se, desta forma, que venha, por decisão judicial, determinar a realização de uma política pública ou alterá-la substituindo a ação do Poder Executivo e Legislativo.

Desse modo, ao se pensar em possibilidades para o controle judicial de políticas públicas de direitos sociais, que devem ser implementados de forma coletiva e igualitária, defende-se a ação coordenada dos Poderes para o mesmo fim, qual seja, promover a

lenoticia.php?id=202750#1>. Acesso em: 12 ago. 2012).

\_

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> "A política pública instituída foi denominada "Ligado". "Os alunos com necessidades especiais das escolas da rede pública estadual e instituições parceiras do governo contam a partir de agosto com transporte escolar gratuito e adaptado. O Serviço de Transporte Conveniado – "Ligado", assinado pela Secretaria da Educação e pela a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos (EMTU), oferecerá 52 veículos para o percurso entre a casa e a escola e vice-versa. Serão beneficiados alunos da Capital e Grande São Paulo. Pelo convênio de R\$ 12 milhões, fica definido que o recurso será repassado pela Secretaria para que a EMTU assegure o atendimento de transporte escolar aos alunos com necessidades especiais e tome as providências necessárias para a adequação e manutenção dos veículos. Nos casos em que o aluno necessitar ser transportado com acompanhante, será necessária indicação médica." (SÃO PAULO (Estado). *Alunos com necessidades especiais terão transporte escolar*. Disponível em: <www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/

efetivação dos direitos sociais e, em última análise, dar cumprimento à Constituição Federal.

Nesse caminho, deve-se buscar, nas manifestações das três esferas de poder, uma ação conjunta, de modo que seja respeitado o exercício da democracia, observadas as escolhas políticas efetuadas através da atuação de seus representantes eleitos, com a possibilidade de exame do cumprimento da lei e dos fins da Constituição, pelo Poder Judiciário.

Nessa análise não se ignora a tensão existente entre os Poderes, especialmente quando se trata de ingerência de um sobre outro. Entretanto, quando se está a analisar uma questão de política pública de direitos sociais, em que o direito discutido deve ser implementado de forma coletiva e igualitária, é possível no processo judicial se reviver a disputa política presente na sociedade, no exercício democrático, através da ampliação das partes que participam dessas ações judiciais, trazendo para a lide não só o autor da ação judicial e o representante legal dos entes públicos incumbidos de dar efetivação ao direito social reclamado, mas também, representantes da sociedade civil que podem ingressar como *amicus curiae*, assim como o gestor público que pode, dentro da perspectiva da demanda judicial, eventualmente alterar escolhas políticas anteriormente adotadas.

Partindo-se da premissa de que o controle jurisdicional de políticas públicas é inevitável, quanto mais ampla for a discussão, mesmo que ocorra no campo jurídico-processual, dominado pelo processo, se dela participarem com transparência os atores competentes para a concretização dos direitos sociais, com seus argumentos políticos, jurídicos e fundamentos fáticos, poder-se-á chegar a um exercício coordenado e eficaz na construção de uma solução judicial que melhor atenda aos interesses de toda a sociedade, evitando-se decisões que ferem o princípio da isonomia ou estejam dissociadas do compromisso de atender ao comando constitucional de erradicar a pobreza e promover a diminuição das desigualdades sociais.

## 8 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 6°, rol de direitos sociais que devem ser implementados pelo Poder Público; atribuiu a esses direitos a força normativa dos direitos fundamentais, numa clara demonstração de que o legislador constituinte optou por declarar na Constituição a obrigação do Estado de implementá-los.

Determina, ainda, a Constituição Federal que esses direitos têm, assim como os demais direitos fundamentais, aplicabilidade imediata, o que tem representado um grande desafio para o Estado, por todos os aspectos que envolvem essa concretização, como escolhas políticas que devem ser feitas, restrições orçamentárias e a própria organização da máquina burocrática do Estado.

Embora tenham aplicabilidade imediata, não possuem todos os direitos contemplados no artigo 6º a imediata efetividade, pois requerem para a sua concretização a ação prestacional do Estado, que deve implementá-los de forma coletiva e isonômica, atendendo prioritariamente os grupos sociais mais vulneráveis.

Conclui-se, neste estudo, que a aplicabilidade imediata declarada na norma constitucional implica o direito público subjetivo de que seja reclamada do Estado a adoção de políticas públicas que venham a dar concretude ao direito social assegurado pela Constituição, mas não confere a todos o direito subjetivo de exigir a própria prestação positiva em caráter individual, sob pena de restar caracterizada afronta ao princípio da isonomia.

Desse modo, a atuação do Poder Judiciário que concede o direito a um autor individual ou a um grupo reduzido de pessoas que recorreram ao Judiciário, sem a preocupação de que o mesmo objeto possa ser estendido a todas as pessoas nas mesmas condições, não realiza o controle jurisdicional de política pública de direitos sociais, mas tão somente atende ao direito de ação assegurado constitucionalmente.

Os direitos sociais previstos no artigo 6°, embora semelhantes no que tange à forma coletiva e isonômica que devem ser implementados pelo Estado, diferem estruturalmente no modo como devem ser concretizados e como são fruídos pelos indivíduos, isto é, o direito à segurança não comporta uma fruição individual e particularizada, diferentemente do direito à saúde ou do direito à moradia, em que o direito social concretizado pelo Estado, como a casa própria ou atendimento médico é fruído individualmente pelo beneficiário da política pública.

A norma constitucional, em regra, também não define como devem ser esses direitos concretizados pelo Estado, ou qual seria a obrigação de cada um dos entes públicos, é uma norma aberta e a implementação do direito irá se definir a partir da ação do legislador infraconstitucional e do Executivo na adoção de políticas públicas.

A maior ou menor margem de apreciação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas de direitos sociais está diretamente relacionada à densidade ou completude da norma, quanto mais definida a obrigação do Poder Público em relação à efetivação de determinado direito, seja no texto constitucional, seja em lei ordinária, menor a margem de apreciação no controle judicial.

Quanto menor a definição da norma acerca da obrigação do Estado em relação à concretização de determinado direito social, maior a margem de apreciação do Poder Judiciário, pois na omissão de lei ordinária que regulamente o direito social ou política pública que estabeleça como deve ser concretizado, terá o Poder Judiciário maior possibilidade de deliberação acerca da forma como deve ser o direito concretizado pelo Poder Público.

O exercício do controle judicial de políticas públicas deve levar em conta além de suas características determinantes, como direitos de implementação coletiva e isonômica, o fator político que envolve a formulação e execução de uma política pública, que são atos típicos dos Poderes Legislativo e Executivo, que contam com extrema complexidade tanto do ponto de vista econômico, como também de organização e gerenciamento da máquina administrativa para fazer frente à concretização desses direitos.

Além da complexidade econômica e de planejamento, a elaboração e a execução de uma política pública de direitos sociais envolvem discussões próprias do debate democrático, que revelam o pluralismo cultural da sociedade.

É bem verdade que, na disputa democrática, muitos grupos sociais não contam com representação política qualificada, o que pode resultar na não realização de um direito social de um determinado grupo vulnerável e na imposição da vontade de uma maioria em detrimento de uma minoria que igualmente deveria ser contemplada pela ação prestacional do Estado, hipótese esta que também deve ser objeto de aferição, quando provocado o Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas.

Além das disputas sociais por alcance de posições prioritárias em relação à ação prestacional do Estado, as políticas públicas são diretamente condicionadas à existência de recursos econômicos capazes de fazer frente aos investimentos necessários à concretização desses direitos.

Essa complexidade própria da escolha de uma determinada política pública pode resultar no questionamento acerca de sua legitimidade e eficiência, o qual deveria se realizar em seus campos próprios de formulação e execução, isto é, através do embate democrático junto aos Poderes Legislativo e Executivo.

Esse debate, no entanto, tem cada vez mais se deslocado para o Poder Judiciário, que não tem deixado de se pronunciar sobre questões políticas e econômicas, interferindo em posições orçamentárias e administrativas, antes tratadas com exclusividades pelos Poderes Executivo e Legislativo, flexibilizando a própria noção do princípio da separação dos poderes, que no cenário atual assume uma concepção mais aberta, em que se busca a atuação harmônica entre os poderes, com a finalidade de alcançar os objetivos previstos na Constituição.

Esse processo de transformação de posição do Poder Judiciário no cenário político não tem se desenvolvido sem resistência dos demais Poderes, que veem, na atuação ativista do Poder Judiciário, uma interferência indevida do poder jurisdicional que compromete a própria democracia.

Ainda que existam vozes resistentes em relação a essa nova posição do Poder Judiciário, o controle jurisdicional sobre políticas públicas é uma realidade.

Partindo dessa realidade e na busca de elementos que pudessem sistematizar esse controle, analisou-se julgado do Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 45) que aponta, como limites para a atuação do Poder Judiciário, o mínimo existencial e a razoabilidade da pretensão frente à existência de recursos econômicos e conclui-se que as condições mencionadas na decisão não são suficientes para estabelecer limites claros para o controle judicial, em razão da própria natureza dos direitos envolvidos.

Conclui-se, nesta análise, que o controle realizado pelo Poder Judiciário, que pode resultar na alteração ou correção de uma política pública existente, deve levar em consideração a perspectiva do todo e não só do universo restrito levado pelo autor da demanda judicial, pois, qualquer que seja o pronunciamento judicial, deve ter em conta todos os aspectos que envolvem a concretização do direito social, isto é, a disputa política que levou a adoção de determinada ação prestacional do Estado, a escolha dos beneficiários e a disponibilidade de recursos.

É necessário que esse controle se desenvolva a partir de juízo de ponderação, em que seja aferida a utilidade da medida judicial pretendida, sua necessidade e razoabilidade, levando-se em consideração a política estabelecida e seus objetivos.

O controle jurisdicional sobre políticas púbicas representa um desafio para o próprio Poder Judiciário que não dispõe de habilidade institucional para fazer frente a essas demandas, seja por sua complexidade técnica e por sua característica multidisciplinar, seja porque envolve posições políticas e de ordem macroeconômica, que acabam por limitar a atuação jurisdicional.

A busca por um caminho que possa melhor orientar os intérpretes e aplicadores do direito leva à conclusão de que o processo judicial deve ser repensado para dar respostas a essas demandas, tão importantes e caras para o desenvolvimento social do País.

Discussões no meio acadêmico têm sido promovidas com o fim de pensar em soluções para os impasses trazidos pelas limitações próprias do processo judicial para o trato do controle jurisdicional de política públicas de direitos sociais, até mesmo com a possibilidade de criação legislativa que institua um procedimento próprio para o tratamento judicial das demandas de políticas públicas, como é o anteprojeto de Lei apresentado à comunidade acadêmica pelo Centro Brasileiro de Pesquisa e Estudos Judiciais, presidido por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

É preciso que as ações judiciais que impliquem controle jurisdicional de políticas públicas de direitos sociais não sejam vistas na dinâmica do tudo ou nada, pois seu resultado deve trazer proveito para toda a sociedade, e não vitória ou derrota para um dos litigantes.

Para que isso ocorra, mais do que tudo, é preciso que se modifique a dinâmica do litígio judicial, ampliando seus participantes, seja por meio da aceitação de *amicus curiae*, seja através da realização de audiências públicas, de forma que possa o Poder Judiciário ampliar o seu conhecimento sobre a questão, munindo-se de informações necessárias a permitir sua atuação como um facilitador na busca de uma solução construída entre as partes e não como um substituto de suas vontades.

# REFERÊNCIAS

#### **Doutrina**

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

ANUÁRIO DA JUSTIÇA. O poder da última palavra. Brasília: ConJur; FAAP, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 ago. 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre um conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais*: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. O desenho de sistemas de resolução alternativa de disputas para conflito de interesse público. Série "Pensando o Direito" n. 38, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública*: Saúde. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude</a>>. Acesso em: 03 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Gestantes de anencéfalos têm direito de interromper gravidez*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878</a>>. Acesso em 16 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional</a>. Acesso em: 18 set. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF confirma validade de sistema de cotas em universidade pública*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia</a> Detalhe.asp?idConteudo=207003&caixaBusca=N>. Acesso em 20 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF julga constitucional política de cotas na UnB*. Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N">http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206042&caixaBusca=N</a>. Acesso em 20 maio 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 13, 1996.

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

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros. 2005. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: um novo modelo de jurisdição. 2009. 151 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CASSEB, Paulo Adib. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). *As sentenças intermédias da Justiça Constitucional*. Lisboa: AAFDL, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Luciana Gross *et al. Relatório ICJ Brasil*. 1° trimestre 2012. Disponível em: <a href="http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9799">http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9799</a>>. Acesso em: 4 out. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1985.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Independência da magistratura e direitos humanos*. Disponível em: <a href="http://www.dhnet.org.br">http://www.dhnet.org.br</a>>. Acesso em 10 jul. 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis*: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010. Disponível em: <a href="http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312010000100005&lng=en&nrm=iso">http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=S0103-73312010000100005&lng=en&nrm=iso</a>. Acesso em 04 maio 2012.

DERANI, Cristiane. Política e a norma política. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo. Malheiros, 2009, v. 1.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, p. 113-118, 2004. Disponível em: <a href="http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf">http://www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf</a>>. Acesso em: 7 ago. 2012.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Os princípios gerais do direito e os standards jurídicos no Código Civil. 2008. 317 f. Tese (Doutorado) — Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; LOVIZIO, Martha Cecília. Constituição e Memória Histórica. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 67/68, p. 131-162, jan./dez. 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Camila Duran. *O Judiciário e políticas públicas de saúde no Brasil*: o caso AIDS. Brasília: IPEA, 2005. Disponível em: <a href="http://getinternet.ipea.gov.br">http://getinternet.ipea.gov.br</a>. Acesso em: 10 ago. 2012.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Publico, n. 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <a href="http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf">http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf</a>>. Acesso em: 4 out. 2012.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em: <a href="http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm">http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm</a>. Acesso em: 7 ago. 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). Seminário e debate sobre o Anteprojeto de lei "Controle Jurisdicional de Políticas Públicas". São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, 19 jun. 2012.

HORBACH, Beatriz Bastide. Benefícios sociais e garantia do mínimo existencial: o caso Hartz IV. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário. *In*: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. *In*: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto: Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*. São Paulo, n.57, 2002. Disponível em <www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 29 maio 2012.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASTRODI, Josué. Direitos sociais fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, ano 1, v. 1, n. 5, ago. 2011. Disponível em: <a href="http://www.direitopublico.com.br/pdf\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf">http://www.direitopublico.com.br/pdf\_5/dialogo-juridico-05-agosto-2001-gilmar-mendes.pdf</a>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2003, t. 2.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro*: casos concretos: as sentenças intermédias da justiça constitucional. Lisboa: AAFDL, 2009.

MORAND, Charles-Albert. Le Droit neo-moderne des politiques publiques. Paris: LGDJ, 1999

NALINI, José Renato. A rebelião da toga. Campinas: Millennium, 2008.

NASSAR, Paulo André Silva. *Judicialização do direito à moradia e transformação social*: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra. 2010.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *A decisão exemplar do STF*. 7 maio 2011. Disponível em: <a href="http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-decisao-exemplar-do-stf">http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,a-decisao-exemplar-do-stf</a>,715979,0. htm>. Acesso em: 7 maio 2011.

OS CONSTITUCIONALISTAS. *Conversas acadêmicas*: Gilmar Mendes e a Jurisdição Constitucional. Disponível em <a href="http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii">http://www.osconstitucionalistas.com.br/conversas-academicas-gilmar-mendes-e-a-jurisdicao-constitucional-ii</a>. Acesso em: 22 maio 2012.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Mandado de Injunção. São Paulo: Atlas, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. A cidadania das classes populares, seus instrumentos de defesa e o processo constituinte, *In*: SADER, Emir (Org.). *Constituinte e democracia no Brasil hoje*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

PIOVESAN, Flávia. *Democracia, direitos humanos e globalização*. Disponível em: <a href="http://conselhodedireitoshumanos.blogspot.com.br/2008/11/democracia-direitoshumanos-e.html">http://conselhodedireitoshumanos.blogspot.com.br/2008/11/democracia-direitoshumanos-e.html</a>>. Acesso em: 8 ago. 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. Eficácia de normas constitucionais, implementação de direitos fundamentais e ativismo judiciário. 2010. Artigo disponibilizado no curso de pósgraduação da Universidade de São Paulo, na disciplina Jurisdição Constitucional e Ativismo Judicial.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Estado de Direito e Ativismo Judicial. *In*: AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do (Org.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Flávia da Cruz. *Procurando o lazer na Constituinte*: sua inclusão como direito social na Constituição de 1988. 2011. 178 f. Dissertação (Mestrado) — Universidade de Campinas, Campinas, 2011.

SÃO PAULO (Estado). Governo do Estado. *Alunos com necessidades especiais terão transporte escolar*. Disponível em: <www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php? id=202750#1>. Acesso em: 12 ago. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*. Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica – CAJ, ano 1, v. 1, abr. 2001. Disponível em: <a href="http://www.direitopublico.com.br/pdf\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf">http://www.direitopublico.com.br/pdf\_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf</a>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticojurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang.; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais*: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (Coords). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SCHWARTSMAN, Hélio. Guerra de Poderes. São Paulo: *Folha de São Paulo*. 4 maio 2012. Disponível em: <a href="http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/1085286-guerra-de-poderes.shtml">http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartsman/1085286-guerra-de-poderes.shtml</a> > Acesso em: 4 maio 2012.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais*: contribuição para uma teoria geral. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Virgilio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgilio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2008.

SILVA, Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50, 2002.

SILVA, Virgilio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 197-227, 2009. Disponível em <a href="http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\_e\_deliberação.pdf">http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF\_e\_deliberação.pdf</a>>. Acesso em: 4 out. 2012.

SILVEIRA, Paulo Fernando. A modernidade do Judiciário como forma de garantia da democracia. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, v. 9, n. 2, abr./jun. 1997. Disponível em: <a href="http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21673/modernidade\_judiciario\_forma\_garantia.pdf?sequence=1">http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21673/modernidade\_judiciario\_forma\_garantia.pdf?sequence=1</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos humanos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

#### Legislação:

ALEMANHA. *Constituição da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <a href="http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\_Willkommen/Constituicao\_Hino\_Bandeira/Constituicao\_Seite.html">http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01\_Willkommen/Constituicao\_Hino\_Bandeira/Constituicao\_Seite.html</a>. Acesso em: 26 abr. 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda Constitucional n. 3/2011*. Parecer do Relator Deputado Nelson Marchesan Junior, aprovado em 25 abr. 2012, para apreciação pela Comissão Especial. Disponível em: <a href="http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790&ord=1">http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790&ord=1</a>. Acesso em: 3 maio 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Proposta de projeto de lei complementar n.* 264/2007. Disponível em: <a href="http://www2.camara.gov.br/">http://www2.camara.gov.br/</a>; <a href="http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/109934.html">www2.camara.gov.br/agencia/noticias/109934.html</a>). Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <a href="mailto:clip.constituicao/constitu

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <a href="mailto:clivil\_03/constituicao/constitui%C3%">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constitui%C3%</a> A7ao46.htm>. Acesso em: 22 maio 2011.

BRASIL. *Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/d3298.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/d3298.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011.

BRASIL. *Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/lcp/lcp101.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/lcp/lcp101.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. *Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/LCP/Lcp141.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/LCP/Lcp141.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/110406.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/2002/110406.htm</a>. Acesso em 22 maio 2011.

BRASIL. *Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/\_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. *Lei n.* 7.853, *de* 24 *de outubro* 1989. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L7853.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L7853.htm</a>. Acesso em: 22 maio 2011.

BRASIL. *Lei n.* 8.078, *de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18078.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18078.htm</a>. Acesso em 22 maio 2011.

BRASIL. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.* Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18080.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/18080.htm</a>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. *Lei n.* 9.882, *de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em: <a href="http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/19882.htm">http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/leis/19882.htm</a>. Acesso em 22 maio 2011.

BRASIL. Ministério das Cidades. *Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV*. Disponível em: <a href="http://www.cidades.gov.br/index.php?option=com\_content&view=article&id=859:legislacao-geral-pmcmv&catid=94&Itemid=126">http://www.cidades.gov.br/index.php?option=com\_content&view=article&id=859:legislacao-geral-pmcmv&catid=94&Itemid=126</a>. Acesso em: 28 maio 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <a href="http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3">http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3</a> micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 4 out. 2012

### Jurisprudência:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial n.* 1.136.549. Relator Ministro Humberto Martins, j. 8 jun. 2010, p. 12 abr. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 771.537*. Relatora Ministra Eliana Calmon, j. 15 set. 2005, p. 3 out. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.682/MT*. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 9 maio 2007, p. 6 set. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.698*. Relatora Ministra Cármen Lúcia, j. 25 fev. 2010, Plenário, DJE 16 abr. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.442/DF*. Relator Ministro Celso de Mello, j. 3 nov. 2004, p. 29 abr. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277*. Relator Ministro Relator Ayres Brito, j. 5 maio 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo no Recurso Extraordinário n. 603.575*. Relator Ministro Eros Grau, j. 3 nov. 2009, p. 26 nov. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.* 635.679. Relator Ministro Dias Tóffoli, j. 6 dez. 2011, p. 6 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.* 639.337. Relator Ministro Celso de Mello, j. 23 ago. 2011, p. 15 set. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.* 607.381. Relator Ministro Eros Grau, j. 31 maio 2011, p. 17 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.* 594.018. Relator Ministro Eros grau, j. 23 jun. 2009, p. 7 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental n. 1.* Relator Ministro Néri da Silveira, j. 3 fev. 2000, p. 7 nov. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 4/DF*. Medida provisória n. 2.019-1. Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 2 ago. 2006, p. 22 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45*. Relator Ministro Celso de Mello, j. 29 abr. 2004, p. 4 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência: pesquisa: jurisprudência relevante: políticas públicas.* Disponível em: <a href="http://www.stf.jus.br/portal/acordao">http://www.stf.jus.br/portal/acordao</a> decisaoRelevante/listarJurisprudenciaRelevante.asp>. Acesso em: 4 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 670/ES*. Relator original Ministro Maurício Corrêa, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007, p. 31 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 708/DF*. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007, p. 31 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 712/PA*. Relator Ministro Eros Grau, j. 25 out. 2007, p. 23 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 721/DF*. Relator Ministro Marco Aurélio, j. 30 ago. 2007, p. 30 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603-1/DF*. Relator Ministro Celso de Mello, j. 4 out. 2007, p. 19 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 368.564*. Relator Ministro Menezes Direito, j. 13 abr. 2011, p. 10 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 410.715/SP*. Relator Ministro Celso de Mello, j. 27 out. 2005, p. 8 nov. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada no Agravo Regimental n. 175/CE*. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 17 mar. 2010, p. 30 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação em Mandado de Segurança n.* 199801000250270. Relator Desembargador Federal Aloisio Palmeira Lima, j. 9 out. 2001, p. 19 nov. 2001.

SÃO PAULO (Estado) Vara da Infância e da Juventude do Foro Central da Comarca de São Paulo. *Ação Civil Pública n. 324.583.00.2009.122559-6.* Juiz Adalberto José Queiroz Telles de Camargo Aranha Filho.

SÃO PAULO (Estado). Fazenda Pública do Estado de São Paulo. 6. Vara. *Processo n.* 0027139-65.2000.8.26.0053. Execução, j. 28 dez. 2001.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 726.939.5/7-00*. Relator Desembargador Rebouças de Carvalho, j. 17. dez. 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação n. 275.964-5/9-00*. Relator Milton Gordo, j. 14 mar. 2005, p. 12 abr. 2005.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Apelação n. 278.801-5/8-00*. Relator Desembargador Magalhães Coelho, j. 26 abr. 2005, p. 3 jun. 2005.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. *Processo n. 9053453-73.2008.8.26.0000*. Relator Desembargador Matrias Coltro, j. 1 abr. 2009, p. 11 ago. 2009.

# **ANEXOS**

### Anexo 1 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45

ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 29/04/2004

Publicação DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191

### **Partes**

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO ARGDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ARGTE.(S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB

ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO

Decisão

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS. DA **INTEGRIDADE** Ε **INTANGIBILIDADE** DO NÚCLEO DA "MÍNIMO EXISTENCIAL". CONSUBSTANCIADOR DO **VIABILIDADE** INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO **DAS** LIBERDADES **POSITIVAS** (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei,

que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os servicos da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas – e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO **MODALIDADES** DE **COMPORTAMENTOS** INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado

deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converterse em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial 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. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em ausente qualquer desses elementos, de cumulativa ocorrência, pois, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. 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 do Estado 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 irredutível 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. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a

outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente argüição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO -ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE

MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator

### Legislação

LEG-FED CF ANO-1988
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
LEG-FED EMC-000029 ANO-2000
EMENDA CONSTITUCIONAL
LEG-FED LEI-010707 ANO-2003
ART-00055 PAR-00002 ART-00059 "CAPUT"
INC-00002 PAR-00002 PAR-00003 PAR-00004
REDAÇÃO DADA PELA LEI-10777/2003
LEI ORDINÁRIA
LEG-FED LEI-010777 ANO-2003
ART-00001
LEI ORDINÁRIA
LEG-FED RGI ANO-1980
ART-00021 INC-00001
RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### Anexo 2 - Recurso Extraordinário n. 410.715/SP

RE 410715 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 22/11/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300

RMP n. 32, 2009, p. 279-290

Parte(s)

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

ADV.(A/S): JOÃO GUILHERME SOUSA DE ASSIS

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANCA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2°) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se 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. - 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. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2°) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - 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 estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.

### Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 22.11.2005.

### Indexação

- VIDE EMENTA.

### Legislação

LEG-FED CF ANO-1988 ART-00205 ART-00208 INC-00004 ART-00211 PAR-00002 ART-00227 "CAPUT" CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

### Observação

- Acórdãos citados: RE 436996 AgR; RTJ 164/158, RTJ 175/1212, RTJ 185/794.
- Decisões monocráticas citadas: ADPF 45, RE 401673, RE 402024, RE 411518, RE 431773, AI 455802, AI 475571.

Número de páginas: 22. Análise: (LMC). Revisão: ().

Inclusão: 20/02/06, (LMC).

#### Doutrina

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987. p. 207, item 5.

APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Juruá, 2005. p. 233-237.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. Renovar, 2002. p.245-246.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. Saraiva, 2002.

FERREIRA, Pinto. Educação e Constituinte. Revista de Informação Legislativa. v. 92, p. 171-173.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público. Max Limonad, 2000. p. 59, 95, 97.

GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Lumen Júris, 2005. p. 190-198, itens 9.5, 9.6, p. 345-347, item 15.3.

GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e sua Perspectivas de Efetividade. In: A Efetividade dos Direitos Sociais. Lumen Júris, 2004. p. 149-194, 198.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The Cost of Rights. Nova York: Norton, 1999.

LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Companhia de Letras, 1988. p. 127-131.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo Material do Direito à Educação Escolar. Direito à Educação: Uma Questão de Justiça. Malheiros, 2004. p. 236-238, item 3.5.

LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Lumen Júris, 2003.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O Princípio da Prioridade Absoluta aos Direitos da Criança e do Adolescente e a Discricionariedade Administrativa. 749. ed. RT. p. 82-103.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O Direito à Educação. Renovar, 2002. p. 92, item 3.

PORT, Otávio Henrique Martins. Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública. RCS Editora Ltda, 2005. p. 105-110, item 6, p. 209-211, itens 17, 21.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: Interesse Público. 2005. p. 32, 213-226.

Acórdãos no mesmo sentido

RE 436996 AgR JULG-22-11-2005 UF-SP TURMA-02 MIN-CELSO DE MELLO N.PÁG-022 DJ 03-02-2006 PP-00077 EMENT VOL-02219-09 PP-01716

### Anexo 3 - Apelação n. 275.964-5/9-00

### PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**ACÓRDÃO** 

TRIBUNAL DE JUSTICA DE SÃO PAULO ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA REGISTRADO(A) SOB Nº

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 275.964-5/9-00, da Comarca de RIBEIRÃO PRETO, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelante FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO:

ACORDAM, em Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justica do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "negaram provimento aos recursos, v. u.", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WALTER SWENSSON (Presidente, sem voto), BARRETO FONSECA e GUERRIERI REZENDE.

São Paulo, 14 de março de 2005.

MILTON CORDO







### PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO APELAÇÃO COM REVISÃO N° 275,964-5/9

Comarca: RIBEIRÃO PRETO

Apelante : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelado : MINISTÉRIO PÚBLICO Recorrente : JUÍZO "EX OFFICIO"

### **VOTO N° 13.865**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — Deficiente físico — Acesso às salas de aula em escola pública dificultado por escadas — Obrigação de fazer consistente na realização de obras para as devidas adaptações do prédio — Admissibilidade — Direito de livre circulação em imóvel de uso comum assegurado na Constituição Federal de 1988, sobretudo a escola pública, que deve facilitar o quanto se pode o acesso ao ensino — Norma cuja aplicabilidade não pode ser condicionada à edição de lei estadual, que, passados dezesseis anos da Constituição Federal, não foi providenciada, constituindo reprovável conduta que fere princípios éticos e ostenta flagrante inconstitucionalidade por omissão — Ação procedente — Recursos improvidos.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face da FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, objetivando a condenação da ré na obrigação de fazer consistente em proceder às devidas reformas e adaptações necessárias no prédio da Escola Estadual Dom Alberto José Gonçalves, localizado na cidade de Ribeirão Preto, com a construção de rampas de acesso a todos



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 275.964-5/9

os compartimentos do prédio, bem como a colocação de corrimões em todas as escadas, visando garantir o pleno acesso de pessoas portadoras de deficiência física, nos termos da legislação vigente e seguindo as normas da NBR 9.050/94, sob pena de multa no valor de meio salário mínimo por dia de atraso na realização da obra.

A r. sentença de fls. 164/169 julgou procedente o pedido, determinando ainda que "a obra deverá ser realizada até o término do segundo ano após o trânsito em julgado desta sentença, o que possibilitará a adaptação das respectivas despesas no orçamento".

Os autos vieram a este egrégio Tribunal em razão da remessa necessária e do recurso apresentado pela ré.

Voltou a apelante a sustentar que a Lei Federal nº 7.853, de 24/10/1989, que estabelece normas gerais acerca da proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência física, é inaplicável ao Estado de São Paulo, uma vez que depende de regulamentação para tornar-se exigivel, e que tal matéria, ainda que relevante do ponto de vista social, deverá conformar-se aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Alegou que o Decreto nº 10.878/74, invocado na inicial, tem aplicação somente à cidade de São Paulo, e que o Decreto Estadual nº 20.811/83 cuida de proteção contra incêndios. Aduziu que a fixação da multa diária, no valor de meio salário mínimo, além de não resolver a questão, agrava a situação do erário paulista. Acrescentou que há naquela cidade vários outros estabelecimentos de ensino que atendem à necessidade dos deficientes físicos, sendo incabível exigir-se da Administração Pública a adoção, de pronto, de reformas profundas e estruturais na escola apontada nos autos (fis. 172/176).



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 275.964-5/9

Contra-razões a fís. 178/185.

A d. Procuradoria Geral de Justiça opinou a fis. 190/197 pelo improvimento dos recursos oficial e voluntário.

### É o relatório.

Confirma-se a sentença que bem situou a questão e deu exemplar solução à controvérsia.

É indisputável o direito do deficiente físico assegurado na Constituição Federal de 1988, garantindo-lhe a livre circulação em imóvel de uso comum, como o que dos autos se cuida, sobressaindo desse, ademais, a condição de escola pública, que deve, acima de tudo, facilitar o quanto se pode o acesso ao ensino, que nela se desenvolve, sem discriminação. Recolhe ao Estado os tributos em igualdade de condições e da mesma forma deve ser atendido. Não é razoável que se estabeleça obstáculo ao deficiente físico, impedindo-o de freqüentar escola pública, que se destina a todos os cidadãos.

As normas constitucionais, focalizadas no pedido, não deixam dúvida sobre o direito à adaptação do prédio, com a utilização de rampas de acesso, e a regulamentação nelas prevista encontra a sua disciplina na Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, que deu os contornos necessários à sua execução. Condicionar a sua aplicabilidade à edição de lei estadual, que, passados dezesseis anos da Constituição Federal, não foi providenciada, constitui, sem dúvida, reprovável conduta, que fere, inclusive, princípios éticos, e ostenta flagrante inconstitucionalidade por omissão.



# PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 275,964-5/9

A jurisprudência colacionada apóia o pedido, e a doutrina de José Afonso da Silva, examinando o tema das normas programáticas em face do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, assevera que "o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nela garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes" ("Aplicabilidade das Normas Constitucionais", Malheiros Editores, 6º edição, pág. 165).

A obra é de pequena monta, a sua repercussão financeira é minima, enquanto que o direito humano protegido é imensurável.

lsto posto, nega-se provimento ao recurso, confirmando-se pelos seus fundamentos, a r. sentença recorrida.

MILTON GORDO Relator

# Anexo 4 - Anteprojeto de lei que propõe a instituição de um processo especial para o controle e intervenção em políticas pelo Poder Judiciário e dá outras providências

### **JUSTIFICATIVA**

O controle jurisdicional de políticas pública é uma realidade presente no dia a dia dos tribunais brasileiros. Mas, embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda permanecem dúvidas e frequentemente o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes. Dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas. É preciso fixar parâmetros seguros para o juiz e para as partes e é preciso, principalmente, criar um novo processo, de cognição e contraditório ampliados, para que a intervenção judicial em políticas públicas não crie problemas insolúveis para a administração e para a população e para que o juiz possa decidir com equilíbrio e justiça, após conhecer todos os dados da questão que está em jogo.

É a isto que se propõe o presente anteprojeto de lei, que é resultado de trabalho coletivo empreendido inicialmente pelo CEBEPEJ-Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, ora presidido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, que sucedeu a seu criador, Professor Kazuo Watanabe. Pesquisadores do Cebepej analisaram, em todos os seus aspectos, a problemática do controle jurisdicional de políticas públicas, apresentando seus trabalhos em seminário aberto ao público, realizado pelo Cebepej e pelo Departamento de Direito Procesual da Faculdade de Direito da USP, em 14 e 15 de abril de 2010. O Seminário apresentou conclusões, traçando as linhas gerais de um projeto de lei sobre controle jurisdicional de políticas públicas. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe encarregaram-se da primeira versão do Anteprojeto, que foi depois aperfeiçoado pelos pesquisadores do Cebepej e pelos alunos e professores do mestrado da FDV-Faculdade de Direito de Vitória, na disciplina "Controle Jurisdicional de Políticas Públicas". Finalmente, a versão final do anteprojeto foi debatida por grupos de trabalho durante o II Seminário sobre controle jurisdicional de políticas públicas, realizado pelo Cebepej-Ibea-RJ-Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, aos 03 de outubro de 2011. As propostas de modificação foram incorporadas ao Anteprojeto, cuja versão final é agora apresentada a debate público, com a participação de magistrados, membros do Ministério Público, Advogados públicos e privados. Desse esforço conjunto espera-se o resultado final, a ser oportunamente encaminhado ao Congresso Nacional.

São Paulo, janeiro de 2012

Ada Pellegrini Grinover Kazuo Watanabe

### Versão final – fevereiro de 2012

### PROJETO DE LEI N.

Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

# PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Art. 1° - O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:

I – proporcionalidade;

II – razoabilidade:

III – garantia do mínimo existencial;

IV – justiça social;

V – atendimento ao bem comum;

VI – universalidade das políticas públicas;

VII – equilíbrio orçamentário;

### DA COMPETÊNCIA E DA PETIÇÃO INICIAL

Art. 2°. Ressalvadas as hipóteses de cabimento de ações constitucionais, é competente para o controle judicial de políticas públicas a justiça ordinária, estadual ou federal, por intermédio de ações coletivas ajuizadas pelos legitimados indicados pela legislação pertinente.

Parágrafo único – Para a implementação ou correção de políticas públicas são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos.

Art. 3°. A petição inicial, que obedecerá aos requisitos previstos no Código de Processo Civil, deverá indicar com precisão a medida requerida para o a implementação ou correção da política pública, bem como a autoridade responsável por sua efetivação, que será notificada, para os fins da fase preliminar.

Parágrafo único – A petição inicial também indicará a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade responsável pela efetivação da política pública, pela qual se determinará a competência.

Art. 4°. Se a autoridade se der por incompetente, deverá declinar a que entender competente, que será igualmente notificada para a fase preliminar, de acordo com o disposto no art. 5°.

### DA FASE PRELIMINAR

Art. 5°. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá, notificando o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de 60 dias, prorrogável por igual período, informações

detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados, que constarão do mandado:

- I o planejamento e a execução existentes para a política pública a que se refere o pedido;
- II os recursos financeiros previstos no orçamento para a implementação da política pública a que se refere o pedido;
- III a previsão de recursos necessários à implementação ou correção da política pública a que se refere o pedido;
- IV- em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;
- IV o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido.
- Art. 6°. Se o pedido envolver o mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, o juiz poderá antecipar a tutela, nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, ficando nesses casos dispensadas as informações a respeito dos incisos II, III e IV do artigo 5°.

Parágrafo único. Considera-se mínimo existencial, para efeito desta lei, o núcleo duro, essencial, dos direitos fundamentais sociais garantidos pela Constituição, em relação ao específico direito fundamental invocado, destinado a assegurar a dignidade humana,

- Art. 7° Não prestadas as informações indicadas no *caput*, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no art. 14 do Código de Processo Civil, podendo convocála pessoalmente para comparecer a juízo.
- Par. 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.
- Par. 2º O juiz poderá nomear técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consultas a órgãos e instituições do ramo.
- Art. 8° Considerando insuficientes as informações, o juiz, de ofício ou a requerimento do autor ou do Ministério Público, quando este não for autor, poderá solicitar esclarecimentos e informações suplementares, a serem prestadas em prazo razoável, fixado pelo juiz, bem como designar audiências, em contraditório pleno, inclusive com a presença dos técnicos envolvidos, para os mesmos fins.
- Art. 9° Tendo por esclarecidas as questões suscitadas na fase preliminar, o juiz poderá designar audiências públicas, convocando representantes da sociedade civil e de instituições e órgãos especializados.

Parágrafo único. Admite-se, tanto na fase preliminar como no processo judicial, a intervenção do "amicus curiae", pessoa física ou jurídica, que poderá manifestar-se por escrito ou oralmente.

### DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

- Art. 10 As partes poderão, de comum acordo, submeter o conflito ao juízo arbitral, observado o disposto na Lei n. 1307 de 1996 e o prescrito no art. 12, ou à mediação ou conciliação judiciais ou extrajudiciais.
- Art. 11 A qualquer momento, poderão as partes transigir sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, ouvido o Ministério Público.

Parágrafo único – A transação, homologada pelo juiz, terá efeito de título executivo judicial e, assinada pelos transatores e pelo Ministério Público, de título executivo extrajudicial.

Art. 12 - O Ministério Público e outros órgãos públicos legitimados às ações coletivas poderão colher da Administração ou do ente privado Termo de Ajustamento de Conduta sobre o cumprimento da obrigação, sua modalidade e seus prazos, que, em caso de existência de processo, só terá eficácia com a manifestação do Autor.

Parágrafo único – O Termo de Ajustamento de Conduta terá natureza jurídica de transação, submetendo-se à regra do parágrafo único do art. 11.

### DO PROCESSO JUDICIAL

Art. 13 - Não havendo acordo, o juiz examinará, no juízo de admissibilidade, a razoabilidade do pedido e a irrazoabilidade da atuação da Administração, podendo extinguir o processo, com resolução do mérito, ou determinar a citação do representante judicial da autoridade competente, para responder.

Parágrafo único – Extinto o processo, serão intimados da sentença o autor, a autoridade responsável e a pessoa jurídica de direito público a que esta pertence.

- Art. 14 Determinada a citação, a autoridade responsável pela política pública continuará vinculada ao processo, inclusive para os fins do disposto no artigo 18.
- Art. 15 Todos os elementos probatórios colhidos na fase preliminar, em contraditório, serão aproveitados no processo judicial, devendo o juiz privilegiar o julgamento antecipado da lide, sempre que possível.
- Art. 16 O prazo para contestar será de 30 (trinta) dias, sem outros benefícios de prazo para a Fazenda Pública. seguindo o processo o rito ordinário previsto no Código de Processo Civil.

Parágrafo único – O juiz usará de rigor para indeferir as provas irrelevantes e impertinentes.

Art. 17 – Na decisão, se for o caso, o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, consistentes, quando o entender necessário, na de incluir créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou de determinada verba no orçamento futuro e de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.

Parágrafo único – O juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, caso o ente público promova políticas públicas que se mostrem mais adequadas do que as determinadas na decisão ou caso a decisão se revele inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente.

Art. 18 – Se a autoridade responsável não cumprir as obrigações determinadas na sentença

ou na decisão antecipatória, incorrerá pessoalmente nas multas diárias previstas no Código de Processo Civil, devidas a partir da intimação pessoal para o cumprimento da decisão, sem prejuízo da responsabilização por ato de improbidade administrativa ou das sanções cominadas ao crime de responsabilidade ou de desobediência, bem como da intervenção da União no Estado ou do Estado no Município.

Art. 19 — Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória, o juiz, independentemente das medidas previstas no art. 17, poderá nomear comissário, pertencente ou não à Administração, que também poderá ser pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

Parágrafo 1º - Os honorários do comissário serão fixados pelo juiz e custeados pelo ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória.

Parágrafo 2° - O ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória deverá, se for o caso, apresentar projeto de execução da política pública, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e o comissário e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

Parágrafo  $3^{\circ}$  – O juiz definirá, de acordo com a complexidade do caso, prazo para apresentação do projeto .

Parágrafo 4° - A execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação do comissário, e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2°.

Art. 20 – Quando o controle da política pública não for objeto específico da demanda, mas questão que surgir no processo, individual ou coletivo, o juiz, de ofício ou a pedido das partes, poderá instaurar incidente que obedecerá ao disposto nos artigos 25 e 26 desta lei.

### DA REUNIÃO DOS PROCESSOS EM PRIMEIRO GRAU

Art. 21 — Quando vários processos versando sobre pedidos, diretos ou indiretos, de, implementação ou correção de políticas públicas relativas ao mesmo ente político correrem em diversos juízos, as causas serão reunidas, independentemente de conexão, para julgamento conjunto, a fim de o juiz dispor de todos os elementos necessários para uma decisão equitativa e exequível.

Parágrafo único – Aplica-se à reunião de processos a regra de prevenção do Código de Processo Civil.

### DAS RELAÇÕES ENTRE MAGISTRADOS

Art. 22 — Os tribunais promoverão encontros periódicos, presenciais ou por videoconferência, com os juízes competentes para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas, destinados ao conhecimento e possível harmonização de entendimentos sobre a matéria.

Parágrafo único – Sem prejuízo da providência mencionada no caput, os tribunais fomenterão reuniões regionais, com periodicidade adequada, com o mesmo objetivo.

### DA REUNIÃO DE PROCESSOS EM GRAU DE RECURSO

Art. 23 – Quando o Tribunal receber diversos recursos em processos que objetivem o controle judicial de políticas públicas, relativamente ao mesmo ente político, e que poderão comprometer o mesmo orçamento, os processos serão reunidos para julgamento conjunto, de competência do órgão especial, com vistas a uma decisão equânime e exequível.

### DOS CADASTROS NACIONAIS

- Art. 24 O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos sobre Políticas Públicas, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a sua existência e estado.
- § 1°. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos envolvendo o controle de políticas públicas remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional do Conselho Nacional de Justiça.
- § 2º. No prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores. O regulamento disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos objetivando o controle de políticas públicas e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.
- Art. 25. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.
- § 1º. Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.
- § 2º. O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação da presente lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

### DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Art. 26 – Na hipótese de demandas para a tutela de dIreitos subjetivos individuais, que

possam interferir nas políticas públicas de determinado setor, o juiz só poderá conceder a tutela se se tratar do mínimo existencial ou bem da vida assegurado em norma constitucional de maneira completa e acabada, nos termos do disposto no parágrafo 1° do art. 5° e se houver razoabilidade do pedido e irrazoabilidade da conduta da Administração.

Parágrafo único – Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão.

- Art. 27 Na hipótese prevista no artigo 26, o juiz notificará o Ministério Público e outros legitimados às demandas coletivas para, querendo, ajuizar o processo coletivo versando sobre a implementação ou correção da política pública, o qual seguirá o disposto nesta lei.
- Art. 28 Atendido o requisito da relevância social e ouvido o Ministério Público, o juiz poderá converter em coletiva a ação individual que :
- I tenha efeitos coletivos, em razão da tutela de bem jurídico coletivo e indivisível, cuja ofensa afete a um tempo as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;
- II tenha por escopo a solução de conflitos de interesses relativos a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo e padrão de conduta consistente e unitária para a parte contrária.
- § 1º Determinada a conversão, o autor manterá a condição de legitimado para a ação, mas em litisconsórcio necessário com o Ministério Público ou outro co-legitimado para a ação coletiva.
- § 2º O Ministério Público ou outro legitimado, no prazo a ser fixado pelo juiz, poderão aditar ou emendar a petição inicial para adequá-la à tutela coletiva.
- § 3º Se nenhum dos colegitimados aditar oi emendar a petição inicial, o juiz encaminhará os autos ao Conselho Superior do Ministério Público para que indique um membro da instituição para fazê-lo.
- § 4° A coisa julgada atuará *erga omnes*, nos termos do disposto nos arts. 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).
- § 5° Não intervindo como parte, o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica.

### DISPOSIÇÕES FINAIS

- Art. 29 Os tribunais federais criarão, e os estaduais poderão criar, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da vigência desta lei, varas especializadas para o processamento e julgamento de ações que visem, direta ou indiretamente, ao controle jurisdicional de políticas públicas.
- Art. 30 As disposições desta lei aplcam-se às fases e atos ainda não concluídos dos processos em curso.
- Art. 31 Esta lei entrará em vigor no prazo de 60 dias contados de sua publicação.