



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTONIO CARLOS - UNIPAC**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ESTEFÂNIA DE OLIVEIRA GONÇALVES**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

**JUIZ DE FORA**

**2016**

**ESTEFÂNIA DE OLIVEIRA GONÇALVES**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos Fundamentais” da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Hermenêutica e Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Dr. Cleyson de Moraes Mello.

**JUIZ DE FORA**

**2016**

G635j

Gonçalves, Estefânia de Oliveira

A judicialização da política na concretização dos direitos fundamentais sociais. – Juiz de Fora, 2015.  
137f.

Orientador: Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2016.

1. Direitos sociais fundamentais 2. Controle judicial – Políticas públicas 3. Legitimidade constitucional I. Título II. Universidade Presidente Antônio Carlos.

CDD - 341.27

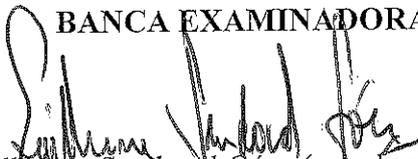
**Estefânia de Oliveira Gonçalves**

**“A Judicialização da política na concretização dos direitos fundamentais sociais”**

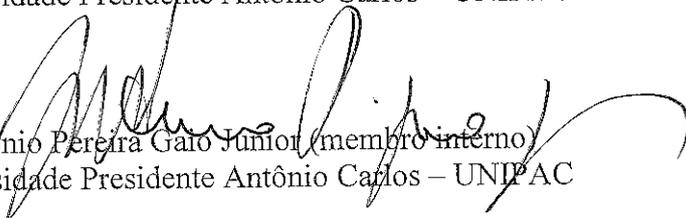
Dissertação apresentada à Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 04/11/2016

**BANCA EXAMINADORA**

  
Guilherme Sandoval Góes (membro externo)  
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

  
Cleyson de Moraes Mello (orientador)  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

  
Antônio Pereira Galo Júnior (membro interno)  
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho à Maria Amélia, minha mãe, alicerce do meu ser, que sempre me incentivou a estudar.

Ao meu esposo Rodrigo por ser um grande amigo e companheiro de todas as horas.

Aos meus sobrinhos Giulia e Miguel, pelo símbolo da continuidade da família e objeto de um amor incondicional.

Agradeço primeiramente a Deus, Alfa e Ômega, grande arquiteto do Universo, sede de toda a sabedoria, por estar sempre presente em todos os momentos da minha vida.

À minha família, por me apoiar incondicionalmente.

A Universidade Estácio de Sá, berço do meu conhecimento, que me deu a base para que eu pudesse chegar até aqui.

Aos professores e colegas da Unipac, que hoje considero meus amigos, por toda ajuda e compreensão que me permitiram concluir este trabalho.

Ao meu Professor Orientador, Dr. Cleyson de Moraes Mello, por aceitar o desafio de me orientar, dividindo muito do seu conhecimento acadêmico, através de suas ricas colaborações.

Ao Professor Dr. Guilherme Sandoval Góes, por ter aceitado convite em participar da minha banca examinadora para obtenção do grau de Mestre.

E a todos os outros, que de alguma forma contribuíram para que esta dissertação fosse concluída.

Entrai pela porta estreita; porque larga é a porta, e espaçoso o caminho que conduz à perdição, e muitos são os que entram por ela; E porque estreita é a porta, e apertado o caminho que leva à vida, e poucos há que a encontrem. (BIBLIA, Mateus, 7:13-14).

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a Judicialização das Políticas Públicas, sobretudo na concessão de medicamentos no Brasil. Num primeiro momento será analisada a evolução dos modelos de Estado e o processo histórico de constitucionalização dos direitos sociais, abordando o Princípio da Separação dos Poderes, bem como a função da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito. A segunda parte da pesquisa é direcionada em estudar o modelo contemporâneo de interpretação constitucional, com abordagem sobre os métodos de interpretação, apresentando também as propostas de interpretação da constituição segundo Ronald Dworkin e Robert Alexy, finalizando com o método utilizado pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, o estudo aborda a reserva do possível e o processo de criação das políticas públicas pelo poder judiciário na área da saúde, apresentando os limites deste ativismo em face da vinculação do Estado às leis orçamentárias. A presente pesquisa tem a finalidade de examinar se a ausência da concretização dos direitos sociais previstos na Constituição da República por parte do Legislativo e do Executivo pode gerar direito subjetivo do indivíduo em pleitear os mesmos perante o poder judiciário, e se este teria legitimidade para garantir os direitos fundamentais, fazendo uso da interpretação da constituição. Em seu núcleo central, o trabalho questiona a legitimidade do poder judiciário em suas decisões a luz do princípio da separação dos poderes de Montesquieu, sobretudo em razão da invalidação de normas elaboradas pelos poderes Legislativo e Executivo, usurpando a competência constitucional de tais poderes.

**Palavras-chaves:** Direitos Sociais Fundamentais. Controle Judicial das Políticas Públicas. Legitimidade Constitucional.

## Abstract

This work has for objective to analyze the judicialization of public policies, especially in the provision of medicines in Brazil. At first will be considered the evolution of State models and the historical process of constitutionalisation of the social rights, focusing on the principle of separation of powers, as well as the function of the Constitutional Jurisdiction in the democratic State of law. The second part of the research is aimed at studying the contemporary model of constitutional interpretation, with approach on the methods of interpretation, showing also the proposals for interpretation of the Constitution according to Ronald Dworkin and Robert Alexy, ending with the method used by the Supreme Court. Finally, the study discusses the possible and the process of creation of public policies by the judiciary in the area of health, showing the limits of this activism in the face of State budget law binding. This research aims to examine whether the absence of realization of social rights provided for in the Constitution of the Republic on the part of the legislative and the Executive can generate entitlement of the individual to plead the same before the judiciary, and whether this would have legitimacy to guarantee fundamental rights, making use of the interpretation of the Constitution. At its core, the work questions the legitimacy of the judiciary in their decisions the light of the principle of separation of powers of Montesquieu, particularly due to the invalidation of standards set by the legislative and executive powers, usurping the constitutional competence of such powers.

**Keywords:** Fundamental Social Rights. Judicial Control of Public Policies. Constitutional Legitimacy.

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	09
CAPÍTULO 1 - A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....	12
1.1. O Estado Moderno .....	13
1.2. As Dimensões dos Direitos Fundamentais .....	16
1.3. Constituição e Democracia .....	26
1.4. A Separação dos Poderes .....	31
CAPÍTULO 2 - O MODELO CONTEMPORÂNEO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL .....	42
2.1. Métodos de interpretação .....	43
2.2. Teorias Procedimentalista e Substancialista .....	51
2.3. Jurisdição Constitucional .....	56
CAPÍTULO 3 - A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO POLÍTICO .....	66
3.1. Neoconstitucionalismo .....	72
3.2. O Déficit Democrático do Poder Judiciário .....	80
3.3. O Direito subjetivo do indivíduo e a Proposta de Alexy .....	87
CAPÍTULO 4 - A RESERVA DO POSSÍVEL E O PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS .....	96
4.1. Direitos fundamentais sociais e o Mínimo Existencial .....	96
4.2. A Mitigação da reserva do possível.....	98
4.3 Direitos Fundamentais sociais básicos, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial: uma ponderação de valores .....	102
4.4. A Contribuição do Poder Judiciário nas políticas públicas dos direitos fundamentais sociais à luz do Mínimo Existencial .....	105
4.4.1 A análise do RE 581.352/AM.....	106
4.4.2 A análise do ARE 745.745 AgR/MG.....	110
4.4.3 A análise do ARE 639.337 AgR/SP .....	116
4.5. O Juízo de ponderação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175-AgR/CE.....	119
5. CONCLUSÃO.....	133
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	137

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a empreender um estudo bibliográfico e jurisprudencial sobre a Judicialização da Política dos Direitos Sociais, sendo filiada a linha de pesquisa “Pessoa, Direito e Efetivação dos Direitos Humanos no contexto social e político contemporâneo”, do mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, na medida em que estuda a legitimidade da participação política do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em face da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

A abordagem da Judicialização das políticas públicas tornou-se cada vez mais recorrente nos debates jurídicos da atualidade, sobretudo em relação à concretização de prestações estatais necessárias a garantir aos indivíduos os direitos fundamentais. Isso porque a intervenção do Poder Judiciário na função típica dos outros Poderes é tida como afronta ao Princípio Constitucional da Separação de Poderes, uma vez que faltaria legitimidade ao Poder Judiciário para intervir diretamente na política.

A Carta Magna de 1988 tem um leque de direitos fundamentais, e tais direitos possuem caráter vinculativo, na medida em que devem ser resguardados à luz da força normativa dos princípios constitucionais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 tornou-se cada vez mais rotineira a interferência do Poder Judiciário em questões que, tipicamente, são da competência dos Poderes Executivo ou Legislativo. A este novo papel exercido pelo Poder Judiciário na garantia dos direitos individuais tem sido atribuído à nomenclatura de Judicialização da política.

Os Direitos Sociais são conquistas dos movimentos sociais ao longo dos séculos, e, atualmente, são reconhecidos no âmbito internacional em documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966,<sup>1</sup> bem como pela Constituição da República de 1988, que os consagrou como direitos fundamentais em seu artigo 6º.

No Estado Democrático de Direito, não só os Poderes Legislativo e Executivo possuem a responsabilidade em realizar políticas públicas. O Poder Judiciário assume um papel de destaque, como garantidor da concretização do texto constitucional, quando inertes

---

<sup>1</sup> Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em 11 jun. 2016; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>> . Acesso em 11 jun. 2016.

os demais Poderes Públicos. É neste contexto que a presente pesquisa está inserida, visando analisar o controle judicial das políticas públicas e os seus limites, à luz do sentido substancial de democracia.

A judicialização tem se traduzido como a garantia de acesso a bens e serviços por intermédio das ações judiciais. Com o aumento significativo das ações e a ausência de previsão orçamentária das despesas por elas geradas, os gestores do sistema de saúde, em âmbito Municipal, Estadual e Federal, tentam resolver de diversas maneiras os impasses criados, com o fornecimento de medicamentos essenciais à população.

O objetivo principal da presente dissertação é a construção de uma abordagem teórica e constitucionalmente adequada para a concretização responsável dos direitos sociais.

A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais está baseada na observação das opções democraticamente definidas para as políticas públicas constitucionalizadas, na mitigação da reserva do possível, bem como no esgotamento dos aspectos fáticos em ponderação social ou preventiva, sopesando-se previamente os bens e princípios jurídicos em jogo (os princípios da democracia, da separação de poderes, da reserva do possível, da dignidade social humana, do padrão mínimo social, da economicidade e da eficiência).

Em relação à corrente desfavorável à intervenção judicial, afirma-se que a atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas fere a Democracia, na medida em que os Poderes Legislativo e Executivo são eleitos pelo povo para criar e implementar as políticas públicas de acordo com a vontade das majorias, observando a isonomia, economicidade, eficiência e recursos disponíveis. Para essa corrente, a judicialização da política afrontaria não só o Princípio da Separação dos Poderes, dado que não seria função deste Poder administrar os recursos do Estado, bem como é traduzida em aplicação da desigualdade, haja vista que ao concretizar apenas os direitos do jurisdicionado no caso concreto, o Poder Judiciário estaria reduzindo os recursos do Estado para a coletividade.

Por outro lado, a corrente a favor do controle judicial das políticas públicas, argumenta que a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo em realizar uma prestação eficaz imposta na Carta Magna, gera direito subjetivo ao indivíduo em exigí-la judicialmente, não podendo o Poder Judiciário deixar de apreciar tal pleito, em decorrência do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/1988.

É bem verdade que se a judicialização da política, sobretudo do direito social à saúde, for realizada sem qualquer controle pode gerar um grande buraco no orçamento público, inviabilizando o funcionamento da máquina estatal e retirando a possibilidade de

outros indivíduos receberem o mesmo direito, restando claro a necessidade do estabelecimento de limites à intervenção do Judiciário, a fim de que sejam observados os princípios constitucionais que garantem a democracia.

O objetivo desta dissertação será demonstrar que a intervenção judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, se mostra necessária e adequada quando exercida nos limites constitucionais. Para tanto, o trabalho será focado na relação entre a judicialização de políticas públicas e as teorias de interpretação constitucional à luz dos conceitos de democracia.

Também será realizado um estudo sobre o conceito de hermenêutica, o processo histórico de constitucionalização dos direitos sociais, o déficit democrático da atuação do Poder Judiciário e a concretização dos direitos fundamentais segundo a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Para tanto, o estudo aborda a utilização da ponderação de valores no caso concreto, com a finalidade de examinar se a ausência da concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República por parte dos Poderes Legislativo e Executivo pode gerar direito subjetivo do indivíduo em pleitear os mesmos perante o Poder Judiciário, questionando ainda, a legitimidade democrática do julgador em realizar as políticas públicas.

Prosseguindo com a explanação será abordado o princípio da reserva do possível, visto que este integra o cenário do conflito travado entre a necessidade da efetividade dos direitos sociais dos indivíduos e as alegações do Estado quanto às suas finanças, para justificar a impossibilidade de atender as necessidades de todos os cidadãos.

A presente dissertação visa traçar os contornos básicos da interpretação conforme a constituição, indicando os posicionamentos que são atribuídos a essa figura pela doutrina e pela jurisprudência.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica com a coleta de dados através de livros, artigos, revistas e internet, utilizadas no atendimento dos objetivos deste trabalho, e o estudo da Jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal Federal.

## CAPÍTULO 1 - A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A contemporaneidade entre os direitos fundamentais e os modelos de Estado ao longo do processo histórico-constitucional, permite adentrar na evolução da sua finalidade social como destaque para a compreensão dos direitos sociais previstos no direito constitucional atual.

Em virtude da grande mudança de paradigma estatal perante os indivíduos e a sociedade houve um aperfeiçoamento contínuo da cidadania em decorrência das inúmeras exigências sociais e suas contingências.

Neste cenário é possível compreender melhor a concretização que deve ser dada aos direitos sociais elencados na constituição, por meio da ponderação de valores.

No Brasil, a maioria da população se coloca em posição de suspeita no tocante aos direitos fundamentais sociais, na medida em que eles seriam privilégios de certos grupos, uma vez que o processo de construção de um Estado Democrático ainda está em andamento, pois muitos Direitos Sociais carecem de efetivação junto aos mais necessitados.

Esta realidade, segundo os governantes, ocorre em decorrência problemas econômicos que impactam diretamente na concretização dos direitos da coletividade, por ausência de recursos disponíveis.

Importante aqui abordar conceitos importantes para a compreensão dos direitos sociais, haja vista que a doutrina os apresenta como direitos humanos e direitos fundamentais.

Segundo Cesarino Júnior a utilização da expressão "Direito Social" incidiria na arguição de que "todo o direito é naturalmente social, por isso que não pode haver direito senão em sociedade: *Ubi societas, ibi jus*" (CESARINO JÚNIOR, 1970, p. 8).

Apesar dos direitos sociais atender às necessidades individuais, eles possuem um caráter social, visto que se as necessidades de cada um não forem atendidas, os efeitos recairão sobre toda a sociedade.

Na Constituição da República de 1988, os Direitos em estudo estão previstos no Capítulo II, destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais. Sendo que tais direitos estão no Título II, destinado para os direitos sociais.

Outrossim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 elevaram os Direitos Sociais ao nível de Direitos Humanos, de vigência universal, independentemente de reconhecimento interno através das constituições, pois dizem respeito à dignidade da pessoa humana.

A respeito da existência de distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que a terminologia correta seria “direitos humanos fundamentais”, título inclusive de sua obra pioneira Direitos Humanos Fundamentais (FERREIRA FILHO, 2008, p. 14).

Porem, Ingo Sarlet, diferencia brilhantemente “direitos humanos” e “direitos fundamentais” esclarecendo que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo Estado na esfera do direito constitucional, já a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional” (SARLET, 2009, p.29).

Segundo Sarlet, o uso da expressão “direitos humanos fundamentais” visa demonstrar uma conexão íntima entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Na visão de Alexy, os direitos fundamentais seriam a codificação dos direitos do homem por uma Constituição (ALEXY, 2007, p. 49).

Ainda sobre a definição, Cleyson de Moraes Mello afirma que os direitos fundamentais “representam os direitos reconhecidos pelo ordenamento constitucional interno, ao passo que os direitos humanos são aqueles reconhecidos pelo Direito internacional com validade universal” (MELLO, 2013, p. 196).

Já na visão de Fábio Konder Comparato, os direitos fundamentais seriam aqueles que:

São os direitos que, consagrados na Constituição, representam as bases éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana (COMPARATO, 2003, p. 176).

No presente estudo será utilizada a expressão “direitos fundamentais” em virtude da pesquisa estar fundada na concretização dos direitos sociais reconhecidos pela Constituição da República de 1988, em especial a saúde.

De acordo com alguns doutrinadores, os direitos sociais fundamentais podem ser classificados em gerações/dimensões, levando em consideração a época em que foram reconhecidos.

### **1.1. O Estado Moderno**

As deficiências da organização da sociedade política medieval deram causa às características fundamentais do Estado Moderno. A aspiração à antiga unidade do Estado Romano, mas não como uma Cidade-Estado e sim como um verdadeiro Estado, fez com que

surgisse o modelo de Estado nacional, com um poder soberano, como temos hodiernamente, denominado Estado Moderno (DALLARI, 2013, p. 77).

O sistema feudal, que consistia numa estrutura econômica e social de pequenos produtores individuais, ampliou o número de proprietários, constituído de unidades familiares voltadas para a produção para sua subsistência, ampliou significativamente o número de proprietários, tanto dos latifundiários, quanto dos que adquiriram o domínio de áreas menores.

Em contrapartida, os senhores feudais já não toleravam as exigências impostas por monarcas aventureiros, bem como de circunstâncias que determinavam uma tributação injusta e desorganizada, mantendo a guerra constante no Estado, gerando por consequência grandes prejuízos à vida econômica e social regionalizada.

Em virtude de tal cenário, os indivíduos buscavam conscientemente a unidade do Estado, concretizando um poder soberano, no sentido de supremo, reconhecido como o mais alto de todos dentro de uma precisa delimitação territorial. Neste sentido, importante a lição de Dallari:

Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o Estado Moderno, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo e à medida que, claramente apontadas pelos teóricos, tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado (DALLARI, 2013, p. 78).

O Estado Moderno surge com o objetivo de instituir um poder soberano, tendo como fundamento a proteção dos nacionais.

Neste contexto, o Estado passa a ser visto como verdadeiro instrumento para solução dos conflitos sociais e do desenvolvimento de uma nação politicamente organizada, possibilitando a instituição de direitos, bem como da vida em sociedade.

O Estado Moderno nasceu absolutista e durante muito tempo todos os defeitos e virtudes do monarca eram confundidos com o próprio Estado. Por esta razão, no século XVIII o poder público era visto como um verdadeiro inimigo da liberdade individual, razão pela qual qualquer restrição ao indivíduo em favor da coletividade era tida como ilegítima (DALLARI, 2013, p. 271). Esta foi a raiz do Estado Liberal.

Com o Estado Moderno, a organização político-jurídica do Poder passou a ter um fundamento e um fim. Houve num primeiro momento a busca pela fixação dos direitos e das garantias fundamentais do indivíduo, e após, o Estado visou o amparo dos direitos coletivos e

sociais, mas sempre almejando uma ordem político-jurídica e um poder supremo, evidenciado na soberania.

Visando alcançar os seus fins e objetivos, o Estado Moderno adotou inúmeras posturas econômicas, legitimando e limitando a atividade econômica dos particulares. Desta forma, o Estado passou a intervir nas relações privadas, transformando a atividade econômica numa ordem jurídico-econômica constitucional, buscando a proteção dos interesses do indivíduo socialmente considerado.

Segundo Dallari, a proclamação de direitos e garantias individuais do cidadão foi a primeira medida do Estado Moderno, que visava declarar os direitos naturais do cidadão e protegê-los da força e da tirania dos detentores do poder:

Sob a influência do jusnaturalismo, outros direitos naturais foram sendo proclamados, sobretudo no âmbito econômico, como a propriedade, visando a impedir qualquer interferência do Estado no sentido de criar algum condicionamento à manutenção e ao uso dos bens, ou alguma restrição aos termos de qualquer contrato. Quanto às relações econômicas, a obra célebre de Adam Smith, "A Riqueza das Nações", publicada em 1776, correspondia perfeitamente aos desejos dos grandes proprietários e comerciantes, sustentando que cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade. Afirmando a existência de uma ordem natural, capaz de assegurar a harmonia espontânea de todos os interesses, Adam Smith condena qualquer intervenção do Estado (DALLARI, 2013, p. 271).

O Estado Moderno trouxe inúmeros benefícios à vida em sociedade, como a limitação do poder e a fixação dos objetivos e finalidades à organização político-jurídico-econômica.

A postura político-econômica do Estado Moderno foi alcançada pela ordem econômica constitucional, que previu expressamente a atividade econômica e seus limites, transformando-a em um instrumento à consecução dos fundamentos estatais. Os modelos de Estado Liberal, Social e do Bem-estar Social foram os que mais tiveram ênfase político-jurídico-econômica, especificamente à função social da empresa privada, já que no seu surgimento, o Estado Liberal teve como finalidade a proteção dos direitos individuais contra a tirania das classes detentoras do poder econômico, enquanto que o Estado Social buscou a proteção coletiva dos direitos individuais contra o absolutismo individualista pervertido, e o Estado do Bem-estar Social visou à liberdade e a proteção do homem, enquanto ser socialmente considerado.

## 1.2. As dimensões dos direitos fundamentais

O Estado Liberal estabelecido após a Revolução Francesa de 1789, no final do século XVIII tornou-se o primeiro regime jurídico-político da sociedade, consubstanciando as novas relações econômicas e sociais. De um lado existiam os capitalistas (burgueses em crescimento) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em declínio).

A centralização política e filosófica do homem, por meio do pensamento iluminista do século XVII fixou as bases racionais para o estabelecimento da liberdade individual perante o soberano, como primeiro passo do modelo de Estado liberal e a sua imprescindível limitação e separação de poderes.<sup>2</sup>

O objetivo era a imposição de limites ao poder absoluto e arbitrário do soberano, bem como a participação da sociedade civil, no caso a burguesia, nos assuntos estatais, mediante exigências de observância da lei, como expressão da vontade geral, divisão de poderes e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais.

O Estado Liberal possibilitou uma conquista incomensurável à época, estabelecendo como seu fundamento principal a liberdade individual do homem perante o poder constituído, que passou de súdito a cidadão. A burguesia enriquecida e detentora do poder econômico preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social.

Porém, os objetivos do Estado liberal, representava o ideal burguês, como se pode delinear da famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que, conforme observa Eric Hobsbawm (2007, p. 91), se trata de “um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária”.

O Estado Liberal foi marcado pela nítida separação entre o público e o privado ou pessoal, e a intervenção estatal era mínima, haja vista que o Poder Judiciário ficava adstrito à lei e não ocorria qualquer intervenção do Estado (Poder Executivo) no domínio econômico, havendo um destaque apenas para o Poder Legislativo.

---

<sup>2</sup> A separação de poderes inspirada no pensamento de Montesquieu, por meio de sua obra *Do Espírito das Leis* de 1748, como técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade perante o organismo estatal. Consiste numa teoria que visa o equilíbrio político, a liberdade e a propriedade individuais, contra ingerências estatais injustificáveis. A teoria de Montesquieu corresponde a uma distribuição do poder do Estado entre titulares que não se confundem, num estabelecimento rígido de competências, impossibilitando a concentração do poder nas mãos do soberano.

A liberdade contratual era considerada um direito natural dos indivíduos e sob a influência do jusnaturalismo<sup>3</sup>, outrôs direitos foram sendo conquistados, como o direito de propriedade que impedia a interferência do Estado na mesma, visando evitar a restrição do uso dos bens ou a termos de qualquer contrato.

Neste sentido, Adam Smith sustenta em sua obra "Riqueza das Nações", que cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade, afirmando ainda, a existência de uma ordem natural, capaz de assegurar a harmonia espontânea de todos os interesses (SMITH, 1956, p. 17).

O lema dos revolucionários era: "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", que traduzia as intenções da burguesia, quais sejam: a liberdade individual para o crescimento dos negócios e aumento dos lucros; igualdade jurídica com a aristocracia para o término das diferenças; e fraternidade dos camponeses e sans-cullotes<sup>4</sup> na intenção de que estes apoiassem a revolução francesa e lutassem com todas as forças por ela.

O Sistema feudal anterior ao Estado Liberal possuía uma estrutura de ordens que eram redigidas diferentemente para várias classes sociais. Cada Classe social tinha um ordenamento jurídico diferente, fazendo com que a realeza e a nobreza tivessem inúmeros privilégios, ao passo que a burguesia era discriminada.

Neste sentido, importante abordar um trecho da Carta de Reclamações do Terceiro Estado da Paróquia de Longey, citada em obra de Kátia M. de Queiroz Mattoso:

(...) Pedimos também que as talhas com as quais a nossa paróquia esta sobrecarregada sejam abolidas; que este imposto que nos oprime, e que só é pago pelos infelizes, seja convertido num só e único imposto ao qual devem ser submetidos todos os eclesiásticos e nobres sem distinção, e que o produto deste imposto seja levado diretamente ao Tesouro (MATTOSO, 1977, p.4-5).

O Estado Liberal criou os chamados "direitos de primeira geração", também denominados de direitos subjetivos materiais substantivos ou direitos de liberdade, decorrentes da própria condição de indivíduo, situando-se no plano do ser, de conteúdo civil e político, e exigem do Estado uma postura negativa em face dos indivíduos, estando ligados as liberdades clássicas como a liberdade, a propriedade, a vida e a segurança. Ou seja, havia

<sup>3</sup> O jusnaturalismo foi um movimento que se desenvolveu a partir do século XVI, com o objetivo de aproximar a lei da razão. Tal movimento buscava um Direito mais justo, e defendia que o direito é independente da do ser humano, afirmando a existência do direito antes mesmo do homem. O direito seria natural, imutável, inviolável e universal. No jusnaturalismo, uma lei para ser lei deve ser justa e a justiça estaria ligada diretamente ao bem comum.

<sup>4</sup> Sans-culottes (tradução: sem-calças): população pobre de Paris, formada pela massa de artesãos, aprendizes, lojistas, biscateiros e desempregados; teve importante participação nos acontecimentos revolucionários de 1789 a 1794.

uma omissão estatal em não invadir a esfera individual do nacional, que deixa de ser mero súdito e passa a ser detentor de direitos do próprio Estado.

Na visão de José de Albuquerque Rocha, o Estado Liberal é marcado fortemente pela não intervenção do Estado na economia, pela observância da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu e pela adoção do princípio da igualdade formal, onde se buscava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação (ROCHA, 1995, p. 126).

Ou seja, no Estado Liberal todas as classes eram tratadas igualmente haja vista que as leis teriam caráter geral e abstrato, não sendo permitido aplicá-las diferentemente em relação a alguns, pois as leis eram elaboradas para toda a coletividade igualmente.

Segundo bem observa Rocha em relação à Teoria da Separação dos Poderes, adotada no Estado Liberal, o principal objetivo de Montesquieu ao idealizar os três poderes do Estado, seria o de manter inalterados os privilégios da sua própria classe, a nobreza, que naquele momento eram ameaçados pela figura do rei que visava recuperar sua influência nacional, e pela burguesia que ao dominar o poder econômico, vislumbrava a possibilidade de participar do processo político (ROCHA, 1995, p. 128).

Diante da aplicação da igualdade formal no Estado Liberal houve um grande crescimento capitalista e um agravamento da condição desumana a que estava submetida a classe trabalhadora, que vivia em condições miseráveis.

No Estado Liberal a intervenção mínima ocasionou numa grande diferença entre as classes, na medida em que o Estado não prestava auxílio aos mais necessitados, retirando totalmente a dignidade de vida destes, ao passo que os mais privilegiados tinham cada vez mais condições de arcar com os custos de uma vida digna.

A falta de compromisso do Estado com a questão social foi agravada com a eclosão da Revolução Industrial, que submetia cada vez mais o trabalhador a condições desumanas e degradantes, o que culminou na Revolução Russa de 1917, que orientou os obreiros a se organizarem no sentido de resistir à exploração.

As grandes ondas revolucionárias no mundo ocidental, somado ao aumento da massa proletariada e da crescente reivindicação por melhores condições de trabalho, de vida e de participação econômica e social, ocasionou na superação do modelo estatal meramente individualista, fazendo nascer um modelo voltado aos direitos sociais, com intervencionismo estatal e atenção aos direitos fundamentais.

Visando evitar a ruptura violenta do Estado Liberal e a aplicação dos ideais da revolução russa, a burguesia criou mecanismos para que os trabalhadores se afastassem da revolução, fazendo surgir o Estado Social com promessas concretizadoras.

Segundo o professor Gaio Júnior, “à medida em que a sociedade evoluiu, situações de desigualdades foram se tornando cada vez mais constantes, sendo necessária a formação de uma associação capaz de contornar tais destemperos e com aptidão pra salvaguardar as liberdades individuais de cada indivíduo” (GAIO JÚNIOR, 2007).

Com o estabelecimento e a consolidação da liberdade formal, decorrente do Estado liberal, após os movimentos revolucionários iniciados no século XVIII, o aprimoramento dos direitos fundamentais passou a uma nova dimensão, a partir do final do século XIX, para uma igualdade na liberdade, onde o Estado passaria a garantir o bem-estar social, com a Constituição irradiando seus efeitos diretamente aos Poderes e à sociedade. Neste sentido, Norberto Bobbio afirma que o conteúdo do Artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, indica que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos (BOBBIO, 2004, p. 65).

No intuito de conter o avanço revolucionário, o Estado Social apresentou mudanças importantes de implementação de direitos para as classes sociais desfavorecidas, conferindo-lhes uma melhor qualidade de vida, como por exemplo, a intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social.

A aplicação de tal princípio alcançou o equilíbrio em relação às desigualdades do Estado Liberal haja vista que o Estado Social passou a realizar um tratamento desigual para as pessoas efetivamente desiguais, com a finalidade de que estas pudessem desenvolver as oportunidades asseguradas com o princípio da igualdade formal. Neste contexto, surgiu a necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade.

A despeito da evolução do Estado Liberal ao Estado Social, Paulo Bonavides faz associação à evolução da liberdade individual-liberal para a liberdade social ou liberdade na coletividade:

Essa liberdade, que o mundo clássico conheceu e praticou, interessa em nossos dias, fundamentalmente, aos necessitados do quarto estado, componentes da grande maioria, à massa anônima dos que não possuem, dos que se voltam messianicamente para um milagre de melhoria social e sentem que liberdade se identifica também com emancipação econômica, ou, se não for esta de imediato possível, com um ideal ao menos aproximado de certeza, paz e igualdade relativa no nível geral das condições materiais de existência (BONAVIDES, 2013, p. 188).

Esta significativa mudança de dimensão, que partiu do individual para o social, com uma efetiva participação estatal na solução de complexos problemas sociais e econômicos, gerou a necessidade de aperfeiçoamento do modelo estatal até então conhecido, para melhor conciliação duradoura e estável da sociedade com o Estado.

O Estado Social de Direito articula direitos, liberdades e garantias com direitos sociais; articula igualdade jurídica com igualdade social e segurança jurídica com segurança social; e implica na passagem do governo representativo clássico para o estabelecimento da democracia representativa (MIRANDA, 2003, p. 97).

No Brasil, os anos 70 e 80 foram marcados pela implantação de diversas políticas assistencialistas, o que levou a ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988, considerada por muitos como a Constituição Cidadã.

Assim, surgiram os "direitos de segunda geração", situados no plano do ser, com conteúdo econômico e social, com a finalidade de favorecer as condições de vida e trabalho dos indivíduos, demandando do Estado uma atuação positiva em prol das pessoas desfavorecidas, compreendendo, dentre outros, o direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, e o recém-chegado, direito social ao transporte.<sup>5</sup>

A Carta da República de 1988 estabelece um modelo de Estado social ao preocupar-se com os objetivos e finalidades sociais, direitos fundamentais e sua efetividade, ordem econômica e social, além dos valores e princípios que orientam o compromisso e a atividade dos Poderes e da sociedade pela realização da justiça social material.

Os direitos públicos subjetivos criados pelo Estado Liberal exigiam uma postura negativa do governo, ao passo que os direitos de segunda geração advindos do Estado Social reclamam uma postura positiva do Estado, com a implementação de políticas públicas que garantam o mínimo de bem-estar aos indivíduos.

No Estado Social há uma obrigação do Estado em cuidar de uma ordem social justa, sendo vinculante aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mediante a ampliação e refinamento das atividades estatais sociais.

Fazendo uma distinção entre os direitos de primeira e segunda geração, George Marmelstein afirma que:

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo

<sup>5</sup> O Congresso Nacional promulgou em 15/09/2015 a emenda à Constituição Federal de nº 90, que incluiu o direito ao transporte na lista dos direitos sociais do cidadão prevista no artigo 6º da CRFB/88. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2015.

nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (MARMELSTEIN, 2008. p. 50).

No Estado Social, o protagonismo é voltado totalmente ao Executivo que começa a intervir nas relações econômicas por meio das políticas públicas e políticas. Tal período é marcado pela proteção do trabalhador. O Estado passa a promover a proteção e defesa da economia, garantindo serviços públicos e proteção à população.

Com o término da Segunda Guerra Mundial e o advento do Estado Democrático de Direito, o Poder Executivo fica sobrecarregado em virtude de muitas demandas, não dando conta nas políticas públicas e passa a ser provocado pelo Poder Judiciário para resguardar os direitos da coletividade.

Na precisa lição de Carlos Ari Sunfeld, Estado Democrático de Direito pode ser definido como:

(...) O criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado (SUNFELD, 2006, p. 38-39).

Na visão de Ivo Dantas, o Estado Democrático de Direito une "duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam, a origem popular do poder e a prevalência da legalidade" (DANTAS, 1989, p. 27).

Esse novo modelo une a preocupação com a participação democrática de toda sociedade, como fundamento para uma ordem jurídica legítima.

A esta altura da história são fundidas as ideias do Estado Democrático com o Estado Liberal, coexistindo de forma harmônica o Princípio da Soberania Popular e o da Legalidade, herança do Estado Liberal. Sobre o tema, importante a visão de Bobbio:

Estado Liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da

democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais (BOBBIO, 1986, p. 20).

Firmado no pilar da Democracia e dos Direitos Fundamentais, o Estado Democrático de Direito, surgiu como forma de frear o avanço dos regimes totalitários existentes do Estado Liberal, que afrontavam veementemente as garantias individuais e impediam a participação do povo nas decisões políticas.

A união dos modelos de Estado de Direito e de Estado Democrático apontam a preocupação com a submissão dos Poderes Públicos e da sociedade à Constituição e às leis, com a distribuição das funções do Estado e com o enunciado de direitos e garantias fundamentais, bem como com a participação efetiva da sociedade na definição e formação da legítima vontade estatal.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário passou a exercer uma participação mais ativa a fim de concretizar os direitos fundamentais.

O Sistema de Freios e Contrapesos previsto na Constituição de 1988 tem valor importantíssimo na ordem democrática, uma vez que a mesma demonstra que a separação de poderes não é rígida, visto haver a possibilidade de interferência recíproca dos Poderes do Estado, ou seja, além de cada poder exercer suas competências (funções típicas), podem fiscalizar as competências dos outros (funções atípicas).

A partir desta ideia, o Poder Judiciário passou a assumir novos papéis, sendo um verdadeiro guardião da Constituição e concretizador dos direitos nela previstos, resguardando os direitos individuais contra os avanços do Estado.

Na ordem democrática, os direitos fundamentais apresentam-se com extremo grau de hierarquia constitucional pelo seu reconhecimento e institucionalização, com força de imposição extrema vinculativa aos três Poderes e à sociedade, sendo esta vinculação controlada judicialmente através de métodos de interpretação.

Segundo Canotilho, a concepção de Estado Constitucional Democrático confere legitimidade ao direito, aos direitos fundamentais, ao processo de legislação e ao exercício do poder político, assegurando e garantindo o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular (CANOTILHO, 2003, p. 100).

Demonstrando melhor sua visão acerca do Estado Democrático de Direito, Canotilho apresenta três dimensões formais e materiais, quais sejam: (i) A juridicidade como princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal, em que o direito que lhe informa, aponta para a ideia de justiça, pelo respeito da dignidade da pessoa humana,

proteção da liberdade e realização da igualdade; (ii) A constitucionalidade, pressupondo da existência de uma Constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa a todos os Poderes, a todos os atos públicos e à conformação legislativa; (iii) O sistema de direitos fundamentais, deduzindo-se o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e administrado, com cinco componentes determinando seu conteúdo: a individualidade, o livre desenvolvimento da personalidade, a libertação social, a autonomia individual e a igualdade-justiça dos cidadãos que se expressa na dignidade social e na igualdade de tratamento normativo perante a lei e através da lei (CANOTILHO, 2003, p. 243-249).

Essa junção entre o Estado e a sociedade implica na preocupação contínua com os direitos fundamentais sociais, tanto na sua realização democrática, quanto na sua concretização judicial, traduzidos em compromissos materiais permanentes na Constituição e na sua conformação diária, em respeito a todos os princípios estabelecidos.

No Estado Democrático de Direito, surgiram os chamados "direitos de terceira geração" consagrando os princípios da solidariedade ou fraternidade, direcionados a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, não sendo destinados à proteção dos interesses individuais, mas de toda a coletividade, mostrando uma grande preocupação com as gerações humanas, presentes e futuras. Tais direitos compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento ou progresso, o direito de comunicação e o de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

A respeito dos direitos de terceira geração, Paulo Bonavides cita a seguinte passagem:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta (BONAVIDES, 2006, p. 569).

Desta forma, os direitos de terceira geração possuem como sujeito ativo uma titularidade coletiva ou difusa, visto que não visualizam o indivíduo como um ser singular, mas toda a coletividade.

Importante destacar que atualmente há doutrinadores que afirmam a existência dos direitos de “quarta e quinta gerações”, os quais serão abordados sucintamente neste trabalho, por não ser objeto central da pesquisa.

Os direitos de quarta e quinta dimensão seriam aqueles que surgiram dentro da última década, devido ao grau avançado de desenvolvimento tecnológico da humanidade, sendo estes ainda apenas pretensões de direitos.

Os avanços tecnológicos e científicos colocaram os valores sociais e éticos das três gerações dos direitos fundamentais em declínio. Daí surge uma necessidade de proteger a manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, realizando uma maior reflexão ética sobre a vida e a morte.

Com esta geração de direitos são formados os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos, bem como os limites constitucionais acerca do exercício da tecnologia.

Sobre os direitos de quarta geração, importante é a opinião de Samuel Antonio Merbach de Oliveira:

A quarta geração dos direitos do homem se refere à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia, abordando reflexões acerca da vida e da morte, pressupondo sempre um debate ético prévio. Através dessa geração se determinam os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais (OLIVEIRA, p. 22).

Destaca-se que a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO (1999, p. 07), reconheceu que o genoma humano<sup>6</sup> é patrimônio da humanidade e que ninguém pode ser discriminado em virtude de suas características genéticas. Prevê ainda que o mesmo não poderá ser objeto de negociação financeira<sup>7</sup>, estabelecendo limites éticos em relação à intervenção do produto genético do indivíduo.

O professor Cleyson de Moraes Mello afirma que “os direitos fundamentais de quarta geração são os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e a bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, sobre cópias de seres humanos, e que requerem uma discussão ética prévia” (MELLO, 2013, p. 197).

Sobre a existência dos direitos de quinta geração, Paulo Bonavides afirma que há uma translação do direito a paz que não mais pertence à terceira geração, mas constitui na quinta geração dos direitos fundamentais. De acordo com o autor, o direito a paz caiu num

<sup>6</sup> Genoma é um código genético, que possui toda a informação hereditária de um ser, e é codificada no DNA.

<sup>7</sup> Sobre o tema: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>.

esquecimento profundo em virtude da menção superficial feita ao mesmo na terceira geração.<sup>8</sup>

Porém tal direito merece maior relevância, na medida em que é concebido ao pé da letra qual o direito inerente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas às nações. Portanto, o direito a paz está em patamar superior e merece encabeçar uma geração de direito fundamentais para ter uma visibilidade maior.

Não foi a toa que o constituinte de 1988 inseriu o direito a paz no artigo 4º, VI, como princípio constitucional, reconhecendo a sua imprescindibilidade para garantir a conservação do gênero humano sobre a face do planeta.

Conforme preleciona Cleyson de Moraes Mello (2013, p. 197), “os direitos fundamentais de quinta geração estão relacionados aos direitos da realidade virtual, que surgem do grande desenvolvimento da cibernética”.

Sobre as últimas dimensões dos direitos, aqui apontadas, afirma Ingo Wolfgang Sarlet, que a “classificação de quarta e quinta dimensão dos direitos fundamentais é desnecessária, porque a quarta trata sobre a bioética e, “bio” significa vida e entraria na primeira dimensão de direitos, enquanto a quinta trata a respeito da cibernética e informação, e entraria na terceira dimensão de direitos” (SARLET, 2002, p. 53).

Sobre o processo progressivo de afirmação e efetividade dos direitos sociais, é importante citar que ele possui ligação intrínseca com o modelo de Estado que uma determinada sociedade organizada adotou em um momento histórico, a exemplo do modelo estatal instituído pela Assembleia Nacional Constituinte, nos trabalhos que resultaram na promulgação da Constituição da República de 1988.

Trata-se de um processo contínuo de conquistas, em períodos liberal, social e democrático, iniciando-se com a Revolução Francesa e a instituição do Estado Liberal, depois com o pós-segunda guerra mundial, voltado à fase do Estado Social, encontrando seu auge com a densificação dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, característica do Estado Constitucional Democrático Contemporâneo.

---

<sup>8</sup> O posicionamento de Bonavides está disponível em: <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)>.

### 1.3. Constituição e Democracia

Ao longo da história a Democracia, desde as suas primeiras construções do *demos* e *kratos*<sup>9</sup> na antiguidade grega até as teorias atuais, assumiu diversas perspectivas provocando controvérsias tanto no campo teórico quanto na esfera política.

O termo Democracia representa um dos temas mais interessantes do pensamento político e ocupa hoje um lugar de relevo nos debates teóricos e políticos.

Os principais aspectos que caracterizam a Democracia são: a soberania deve estar nas mãos do povo, que é repassado para seus representantes; eleições periódicas; o voto secreto, direto e universal; e a divisão de poderes dentro do Estado.

Importante esclarecer a distinção realizada pela doutrina acerca do conceito formal e material de Democracia.

Na Democracia formal, a soberania popular, o pluralismo, a liberdade e o princípio de igualdade, são apenas teóricas, formais, sem concretização na prática, visto que na prática os representantes do povo não cumprem o princípio da igualdade e da justiça social, havendo o favorecimento de uma minoria de detentores do poder econômico. Assim, embora a Democracia seja exercida pelos eleitos pelo povo, não seria um Poder para o povo.

Por outro lado, a Democracia substancial visa à promoção do igualitarismo, com a redução das desigualdades, na medida em que seria direcionada prioritariamente aos menos favorecidos economicamente.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Independentemente dos desacordos possíveis em tomo do conceito de democracia, pode-se convir em que dita expressão reporta-se nuclearmente a um sistema político fundado em princípios afirmadores da liberdade e da igualdade de todos os homens, e armado ao propósito de garantir que a condução da vida social se realize na conformidade de decisões afinadas com tais valores, tomadas pelo conjunto de seus membros, diretamente ou através de representantes seus livremente eleitos pelos cidadãos, os quais são havidos como os titulares da soberania. Donde, resulta que Estado Democrático é aquele que se estrutura em instituições armadas de maneira a colimar tais resultados (MELLO, 1998).

O Constitucionalismo não nasceu democrático. Nascido na forma liberal, o constitucionalismo objetivava a construção de um espaço de segurança jurídica e de proteção da esfera de decisão individual. O Estado liberal burguês passou a ser legitimado pela

---

<sup>9</sup> A palavra democracia tem origem no grego *demokratia* que é composta por *demos* (que significa povo) e *kratos* (que significa poder). Neste sistema político, o poder é exercido pelo povo através do sufrágio universal (governo da maioria).

doutrina da origem da vontade popular e não mais pelo direito divino característico dos Estados absolutistas.

Segurança, propriedade, privada e privacidade são as palavras que identificam o constitucionalismo liberal. Este não nasceu democrático e os direitos fundamentais, nas suas constituições protegidos, não eram distribuídos a todos os indivíduos.

A união entre democracia e constituição ocorreu na segunda metade do século XIX, que em decorrência dos grandes movimentos operários, bem como dos partidos de esquerda, fora conquistado o voto masculino, para somente muito tempo após, de forma gradual, conquistar-se o voto igualitário e o fim da discriminação.

A junção entre democracia e constituição fez surgir à ideia de que, a vontade da maioria tem limites de decisão, estabelecida na obrigatoriedade de respeitar os direitos das minorias, bem como no cerne de qualquer constituição: os direitos fundamentais.

A democracia não equivale a uma mera prevalência da vontade das maiorias, mas corresponde a um ideal político mais complexo, que também envolve o respeito aos direitos fundamentais e a valores democráticos (DWORKIN, 1996, p. 33).

Ao longo do período de ditadura militar, o direito constitucional brasileiro oscilou entre dois extremos, quais sejam: de um lado o pensamento constitucional tradicional, capturado pela ditadura, acomodado a uma perspectiva historicista, incapaz de reagir ao autoritarismo, e do outro lado, a parte da doutrina crítica do direito, inspirada na ciência política e sociologismo jurídico.

O pensamento tradicional considerava o Estado como fonte central de todo o Direito e a lei como sua única expressão, formando um sistema fechado e formalmente coerente, cuja pretensão despreza todas as indagações de natureza social, política e econômica (FREITAS FILHO, 2003, p. 40-41).

Os positivistas restringiam o campo de abordagem do Direito, limitando-se à análise da letra da lei, afirmando que o direito era a lei crua, e seus destinatários e aplicadores deveriam exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida por todos por Constituição Cidadã, é considerada até hoje uma das mais avançadas e democráticas do mundo, no que diz respeito aos direitos e garantias individuais do cidadão, isto por ter traduzido uma espécie de novo pacto para a democracia brasileira em substituição a extensos períodos de instabilidade institucional, como as ditaduras militares. A Carta Magna não se limitou ao restabelecimento de eleições para as três esferas de governo, mas previu também, a

participação direta dos cidadãos nas decisões públicas. Ao lado da democracia representativa, aliava-se a democracia participativa.<sup>10</sup>

A Carta Magna foi além da promessa da democracia como regime de governo. Além da inserção do direito a participação política de todos os cidadãos em seu artigo 14 e às liberdades individuais, nossa Constituição prevê um extenso elenco de direitos econômicos e sociais. A democracia brasileira é marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado que tem objetivos declarados de transformação social, redução das desigualdades de renda e de oportunidades, bem como a eliminação das assimetrias regionais que ainda distanciam as unidades da federação.

Nesse sentido, além de documento jurídico, a Constituição de 1988 incorporou a promessa política da construção e manutenção de uma democracia sustentável após um período longo em que o Brasil foi marcado mais por governos de exceção que por regimes democráticos.

Após décadas de ação de regimes autoritários, a democracia passa a ser o tema central do debate político no Brasil, conferindo uma nova dinâmica à questão democrática, pois grande parte das análises até então existentes trabalhava com a hipótese de que o processo de democratização se restringia ao âmbito das instituições e ao sistema político. A luta pela construção de um projeto societário alternativo à dominação do Estado burocrático por elites conservadoras passa cada vez mais pelo campo da sociedade civil.

Segundo Paulo Mascarenhas, constituição analítica, ou dirigente é aquela que traça os objetivos a serem perseguidos pelo Estado, consagrando inúmeras normas programáticas, definindo fins e programa de ação futura (MASCARENHAS, p. 20).<sup>11</sup>

Houve a preocupação do constituinte de 1988 em constitucionalizar instrumentos estritamente processuais, como por exemplo, a ação civil pública e o mandado de injunção, para garantir o estabelecimento de um Estado social da efetividade.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Neste sentido, dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal de 1988: “todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Em relação aos Direitos políticos o artigo 14 prevê que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”.

<sup>11</sup> MASCARENHAS, Paulo. Manual de Direito Constitucional. Disponível em <<http://www.paulomascarenhas.com.br/livros.html>> Acesso em: 08 Dez. 2013. p. 20.

<sup>12</sup> Destaca-se o relevante papel concretizador dos mandados de injunção de nº 670-ES e nº 712-PA onde o Supremo Tribunal Federal conferiu aos mesmos solução normativa e concretizadora para a omissão verificada, envolvendo direito de greve dos servidores públicos, reconhecendo a mora do legislador e determinando a aplicação da legislação de greve do setor privado aos servidores públicos (no que for compatível), até que sobrevenha a norma integrativa de que trata o inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal.

Comentando o sistema constitucional brasileiro, Jorge Miranda registra que a Constituição de 1988, diversamente de todas as anteriores, ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias (MIRANDA, 2003, p. 235).

Na visão de José Afonso da Silva (2007, p. 122), a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em “superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.

Essa preocupação do constituinte em instaurar um Estado democrático visando assegurar o exercício dos direitos sociais, reflete-se no preâmbulo<sup>13</sup> da atual Constituição, em que se demonstra claramente a conjuntura política e social do momento que se institucionalizou o Estado brasileiro, destacando ainda o seu papel extrajurídico de legitimador da Constituição, antecipando o conteúdo da Carta Magna.<sup>14</sup>

Trata-se de texto constitucional em que o constituinte ao invés de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar os princípios a serem cumpridos futuramente pelos Poderes (Legislativo, Executivo, Judiciário), como programas das respectivas atividades, visando concretização das diretrizes programáticas e os princípios constitucionais.

A maior parte das democracias da atualidade institui cortes supremas para o fim de sanar as tensões existentes nos conflitos ocorridos quando os direitos fundamentais e a soberania popular entram em choque. Desta forma, uma democracia pressupõe uma constituição que garanta os direitos fundamentais, um regime democrático e um tribunal constitucional.

A democrática Constituição Federal de 1988 nasceu com a centralidade normativa suprema com a incorporação explícita de valores, princípios e opções políticas, como a dignidade humana, destacando-se a jurisdição constitucional nesse contexto normativo, com requisito de fundamentação de suas decisões e a inafastabilidade nos casos de lesão ou ameaça a direito.

<sup>13</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 set. 2015.

<sup>14</sup> Celso Ribeiro Bastos, citando de forma específica o preâmbulo da Constituição, afirma em sua obra que o preâmbulo serve como importante vetor para a atividade interpretativa, em especial o método histórico, integrando a parte material da Constituição, mas sem a mesma força normativa das normas constitucionais (BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 145- 149).

Em decorrência do novo papel do Poder Judiciário, surgiram alguns questionamentos acerca da legitimidade do mesmo quanto à efetivação de determinados direitos sociais constitucionais, quando em contrapartida tiver que interferir num ato de Governo. Isto porque os membros do Poder Judiciário não ingressam no serviço público mediante a escolha democrática, e por esta razão não teriam legitimidade para praticar atos típicos de governo, como por exemplo, realizar um gasto público na área da saúde para garantir o direito à vida de um indivíduo, que buscou a tutela jurisdicional do Estado.

Por outro lado, a ideia de Democracia no sentido de resguardar apenas a vontade e os direitos da maioria vem sendo suplantada ao longo do tempo, sobretudo em razão das características dos direitos fundamentais sociais.

Tais direitos são considerados inadiáveis e indisponíveis e, portanto, não seria legítimo sacrificá-los de qualquer modo, em face da omissão dos Poderes constituídos por meio do sufrágio universal, sob a alegação de que a Democracia é a forma de governo das maiorias.

Neste contexto, o Poder Judiciário que não tem qualquer compromisso com as maiorias, haja vista que os seus membros não dependem de voto para permanecerem nos cargos, estaria legitimado a resguardar que os direitos das minorias também fossem observados. Esta legitimidade deriva da própria Constituição da República que coloca o Supremo Tribunal Federal como um verdadeiro controlador dos demais Poderes, na medida em que ele realiza a fiscalização das ações e omissões estatais, sob o olhar constitucional.

Os primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 foram marcados pelo esforço da teoria constitucional para que o Poder Judiciário assumisse o seu papel e realizasse a concretização efetiva dos princípios, regras e direitos elencados na constituição. Entretanto, o próprio Poder Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal composto à época por ministros investidos no regime militar, empenhavam-se para dar uma interpretação retrospectiva a atual Carta Magna, com o intuito de fazê-la ficar parecida com a anterior.<sup>15</sup>

Foi apenas no início dos anos 2000 que tal interpretação equivocada foi sendo superada, e o STF se tornou verdadeiramente intérprete da Constituição Federal, superando o positivismo da norma e usando critérios gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

---

<sup>15</sup> Sobre o tema: v. a tese de doutorado apresentada à Universidade de Yale por Diego Werneck Arguelles, *Old courts, new beginnings: judicial continuity and constitutional transformation in Argentina and Brazil*, mimeografado, 2014, p.110-128.

O final do século XX foi cenário da superação de alguns pensamentos jurídicos clássicos consolidados no século XIX. Tais mudanças chegaram ao Brasil com a redemocratização e novos ventos passaram a soprar.

Em relação a tais transformações, importante ressaltar três delas que afetaram significativamente o mundo contemporâneo, quais sejam: a superação do formalismo jurídico no qual era fundado na ideia de que o juiz fazia a subsunção dos fatos à norma; o nascimento de uma cultura jurídica pós-positivista segundo a qual se a solução para os possíveis problemas jurídicos não estiver expresso na norma será preciso buscá-la em outro lugar, juntando o direito, a moral e a política, para o fim de se buscar a justiça e o bem comum; o crescimento do direito público e a ideia de que a constituição está no centro do ordenamento jurídico, superando protagonismo do direito privado do século XIX.

Durante toda a evolução histórica do constitucionalismo social republicano, a efetividade dos direitos fundamentais sociais constituiu-se ponto sensível e continuamente debatido no cotidiano político, bem como na teoria e prática jurisprudencial, visando alcançar meios cada vez mais eficazes de se concretizar os direitos sociais, não se contentando apenas com sua declaração e reconhecimento constitucional, mas sim com a sua realização democrática.

#### **1.4. A Separação dos Poderes**

Os três Poderes, independentes e harmônicos entre si, são categorias dos Poderes Políticos presentes na Democracia de um País. Desta forma, a estrutura e organização da Política de um Estado são realizadas através da divisão das funções administrativa, legislativa e judicante. Este é o Pilar da Democracia.

O Poder Executivo, como o próprio nome já pressupõe, é o Poder destinado a executar, fiscalizar e gerir as leis, através da administração do País. O Chefe deste Poder é eleito pelo povo.

Já o Poder Legislativo tem a competência constitucional para elaborar as leis de um País, além de fiscalizar o Poder Executivo. Os integrantes do Poder Legislativo também são eleitos pelo sufrágio universal.

Quanto ao Poder Judiciário, a Constituição lhe atribuiu à competência de garantir o cumprimento das leis, devendo julgar as ações judiciais conforme o texto constitucional. Os

membros desse Poder não são escolhidos pelo povo, mas ingressam no serviço público por meio de concurso público ou nomeação direta do chefe do Poder Executivo.<sup>16</sup>

Considerado como uma das mais importantes garantias da liberdade, o Princípio da Separação dos Poderes, apesar de ter sido desenvolvido e positivado através da revolução constitucionalista do final do século XVIII pelo filósofo, político e escritor francês Charles-Louis de Secondat (1689-1755), conhecido por Montesquieu, em sua obra "O Espírito das Leis", tem histórico muito mais profundo, haja vista que a preocupação em distribuir as funções do Estado para órgãos distintos é objeto de reflexão desde o início da organização estatal.

A doutrina da separação das funções do Estado é citada pela primeira vez por Locke, que ao analisar o Estado Inglês do séc. XVII identifica quatro funções e dois órgãos do poder: a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Porém, a função executiva exercida pelo rei acumulava a função federativa, pois este tratava das questões de segurança nacional, como guerra e paz, e de ligas e alianças. Locke também entendia que era função do rei fazer o bem público sem estar subordinado às regras, o que poderia levar a algumas condutas absolutistas.

Importante lembrar que muito antes de Montesquieu, Locke e outros grandes filósofos fazerem referência a grande relevância desse modelo de Estado, o filósofo grego Aristóteles (384 a.C.-322 a.C) em sua obra intitulada "Política" já citava a separação dos poderes como forma de descentralizar o poder e favorecer um Estado mais justo, democrático e igualitário para todos os cidadãos. Aristóteles não chegou a elaborar uma teoria a respeito da separação das funções do Estado, porém contribuiu bastante intelectualmente para a reflexão de outros filósofos da matéria relativa à Teoria do Estado.

A Doutrina da Separação dos Poderes é a teoria de Ciência Política criada por Montesquieu, no livro o espírito das leis, visando limitar o Poder do Estado, dividindo-o em funções, e dando competências a órgãos diferentes do Estado, evitando assim, a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado absoluto que precede as revoluções burguesas.

---

<sup>16</sup> O Quinto constitucional previsto no artigo 94 da CRFB/1988, é o mecanismo pelo qual são conferidos 20% dos assentos existentes nos tribunais aos advogados e promotores. Portanto, uma de cada cinco vagas nas Cortes de Justiça é reservada para profissionais que não se submetem a concurso público de provas e títulos; Em relação aos membros do Supremo Tribunal Federal a Constituição dispõe em seu artigo 101, que a sua forma de ingresso seria através de nomeação do Presidente da República, depois de sabatina do Senado Federal.

Tal doutrina foi concebida para assegurar a liberdade dos indivíduos, aumentar a eficiência da atividade pública e ao mesmo tempo, enfraquecer o tamanho do poder do Estado.

Para ser possível compreender a proposta de Montesquieu em relação à separação dos poderes, se faz necessário contextualizar o pensador para compreender suas motivações ao elaborar a obra “O Espírito das Leis”.

O pensador ao escrever no século XVIII olha para a grande questão política da época: o despotismo. Na visão do autor o despotismo era uma forma de governo onde o detentor do Poder o exercia sem qualquer limitação, sendo totalmente arbitrário, e ao invés de pensar na sociedade, satisfazia apenas os seus caprichos e não apenas o que a lei permitia. (BOBBIO, 1998, p. 340).

Montesquieu entende que a passagem da República para o Império ocorreu em decorrência da concentração de poderes (militar e econômico) nas mãos de poucos, bem como em virtude das fortunas corromperem os cidadãos na medida em que estes venderam sua liberdade pelo ócio e por divisões. Como exemplo, o autor cita que a queda de Roma ocorrera justamente por consequência da concentração de poderes “nos diferentes autores, só se ouve falar nas divisões que puseram Roma a perder” (MONTESQUIEU, 2002, p. 74). Mas não se percebe que essas divisões lhe eram necessárias, sempre o tinham sido e sempre o seriam. Sendo esta a razão pela qual teria feito com que Montesquieu pensasse na divisão de poderes entre as forças sociais que a compunham.

Após reconhecer a liberdade aos governos representativos, Montesquieu afirma que uma experiência eterna tende ao abuso de poder (MONTESQUIEU, 2002, p. 152). Para o autor francês, a liberdade não será possível se o Poder de julgar não for separado dos demais Poderes, e embora entenda necessário que o Poder de julgar seja concedido a um órgão destacado dos demais Poderes, cria uma solução para limitar o Poder do Judiciário, segundo a qual os juízes seriam apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força e nem o rigor”, de maneira mecânica, sem qualquer invasão na competência dos outros poderes (MONTESQUIEU, 2002, p. 133). Ou seja, o juiz seria um mero executor/ aplicador da lei ao caso concreto.

Visando evitar os efeitos do despotismo no convívio social, Montesquieu vislumbra a liberdade política na Constituição da Inglaterra, estudando a separação dos poderes e a representação através das instituições.

Locke pregava que para poder usufruir da propriedade em paz e segurança, o homem deve ter por objetivo participar da sociedade, e a lei seria o instrumento para efetivar a proteção deste bem, através do poder legislativo que representaria o povo.

Enquanto Locke preocupou-se em limitar o poder, Montesquieu atentou-se em trazer o equilíbrio do poder, requisito da liberdade política, que pode ser atacada pela arbitrariedade cometida quando um mesmo homem ou órgão exerce os poderes de elaborar as leis, executar as políticas públicas e julgar os conflitos e crimes.

A respeito da separação de poderes, Locke, filósofo inglês, e verdadeiro adversário do absolutismo, afirma a existência de dois poderes na sociedade civil, quais sejam: o Poder Legislativo de um lado e o Poder Executivo-Federativo do outro.

O Poder Federativo corresponde à capacidade de associação que o homem natural transfere para o corpo político sendo este capaz de traçar alianças com outros países, declarar guerra e celebrar a paz, que estaria intimamente ligado ao Executivo.

Segundo o pensador, o principal Poder é o Legislativo, que tem o papel de estabelecer leis fixas para que todos possam conhecê-las. Entretanto, tais leis não podem ser mais do que especificações da lei de natureza, uma vez que foi para seu melhor cumprimento que os homens decidiram, pelo pacto, unir-se em comunidade. Para tal, o Legislativo não deve aplicar e executar as leis, evitando que ele legisle sempre em causa própria.

Desta forma, no modelo de Locke (LOCKE, 1994, p. 170-172) os Poderes Legislativo e Executivo recebem a maior importância, ficando evidenciada a existência de dois momentos em relação à lei: o de sua criação (Legislativo) e o da sua aplicação (Executivo).

Locke afirmava a existência de uma hierarquia entre os Poderes, garantindo a supremacia do Legislativo, e a subordinação do Executivo, havendo um controle de baixo para cima como no sistema parlamentarista que viria no futuro, qual seja: o povo controla o parlamento que, por sua vez, controla o governo (MAUS, 2010, p. 29).

Assim, em Locke, a função legislativa era de competência do parlamento que representava o povo inglês, ao tempo em que a função executiva era delegada pelo Parlamento ao Monarca. Existindo o rei, a aristocracia e o povo. (BOBBIO, 1997, p. 115).

Ainda sobre o pensamento de Locke, é possível alcançar a ideia de que embora o governo recebesse alguns poderes, não os podia usar em seu próprio interesse, mas tão somente em benefício da coletividade (GOUGH, 1994, p. 31).

Ademais, o povo ainda teria a legitimidade em destituir o Poder Legislativo quando este não corresponder à sua confiança. Neste sentido:

(...) Só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerá-lo o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança (LOCKE, 1994, p. 173).

Realizando um paralelo entre Locke e Montesquieu, o professor Eros Grau (2005, p. 226) entende ser possível "(...) verificar que o primeiro propõe uma separação dual entre os três poderes — o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro — e o segundo sugere não a divisão ou separação, mas o equilíbrio entre três poderes distintos — o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

A ideia da concepção de separação de poderes tinha como objetivo acabar com absolutismo reacionário dos tribunais, dos reis e dos parlamentos, desempenhando papel importantíssimo contra os excessos cometidos.

O papel do Judiciário sempre foi muito reduzido para Montesquieu, sendo visto como uma vertente do próprio Executivo, ou seja, um Executivo relativo à aplicação do direito civil. Ainda quando elabora o sistema de freios e contrapesos (checks and balances), o Judiciário é visto como um poder nulo: "Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobraram dois; e, como precisa de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo formado pelos nobres é muito adequada para produzir este efeito" (MONTESQUIEU, 1993, p. 176).

Em outro momento, o pensador volta a afirmar a neutralidade do Judiciário: "Mas os juízes são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor" (MONTESQUIEU, 1993, p. 179).

Portanto, para o filósofo a separação dos poderes não significa que haja uma igualdade entre estes mesmos poderes.

Enquanto o Poder Judiciário cuida de julgar os casos concretos dos particulares os demais poderes cuidam da vontade geral da coletividade. Assim, afirma Montesquieu que "os dois outros poderes poderiam ser dados antes a magistrados ou a corpos permanentes, porque não são exercidos sobre nenhum particular; sendo um apenas a vontade geral do Estado, e o outro a execução desta vontade geral" (MONTESQUIEU, 1993, p. 174).

A teoria dos corpos intermediários seria uma das possíveis explicações para Montesquieu considerar que o Judiciário seria um poder nulo, uma vez que este não representaria nenhuma força social.

Segundo o pensador, a Aristocracia deveria ser fortalecida para evitar o despotismo do rei e isto deveria ser efetivado através da redução da competência do Judiciário. Desta forma, os três corpos sociais estariam divididos entre o Executivo (rei) e o Legislativo bicameral: aristocracia e o "povo". Com isto o Judiciário era nulo, e se um poder era nulo só restavam os outros dois.

Montesquieu afirma que o magistrado não pode manifestar vontade, a não ser aquela que já está enunciada na própria lei:

Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos (MONTESQUIEU, 1993, p. 174).

É notório que o pensador tinha uma posição negativa quanto à função jurisdicional ativista, e isso se devia certamente em decorrência de como o Judiciário atuava à época na França, no auge do Absolutismo. A função do juiz naquele tempo contemplava mais em uma propriedade do que uma função pública.

Ademais, o ofício de integrar o Judiciário poderia ser comprado, alugado, vendido e transmitido ainda por herança. Julgar era um ato bastante lucrativo, haja vista que a prestação da justiça era cobrada de forma bem abusiva.

Nesta época a magistratura era tida como um serviço público prestado pelo Estado, porém a atividade dos juizes era totalmente privada, visto que eram proprietários de um título e vendiam seus préstimos.

Por tais razões, as atividades do magistrado não geravam confiança nos particulares que temiam os interesses dos juizes e tinham receio de que os mesmos, ao julgarem, buscassem apenas seus próprios interesses.

Montesquieu inclusive recebera de herança de um tio um cargo para exercer a atividade de juiz no Parlement de Bordeaux e exerceu a função jurisdicional até 1726, quando em virtude de necessidade financeira vendeu o cargo para terceiro. (DALLARI, 2002, p. 14-15).

Em virtude do que foi abordado acima, compreende-se melhor a ideia de Montesquieu ao não considerar confiável um corpo permanente de magistrados para exercer a função jurisdicional:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer. Desta forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, como não está ligado a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não se têm continuamente juizes sob os olhos; e teme-se a magistratura, e não os magistrados (MONTESQUIEU, 1993, p. 173).

Ao que parece a legitimidade imparcial do Judiciário estaria ligada à ideia de Estado de Direito.

Para um melhor entendimento sobre o que seria Estado de Direito, importante lembrar que a expressão surgiu pela primeira vez, com Placidus, pseudônimo de Johann Wilhelm Petersen em sua obra "Litteratur der Staatslehre" de 1798, referindo-se a "Rechts-Staats-Lehrer" (teóricos do Estado de Direito) designando a Escola de Kant a respeito das críticas sobre o absolutismo (LUC HEUSCHLING, 2002, p. 36-37).

Sendo assim, apenas um Estado apoiado em Direitos poderia ser considerado um Estado, ou seja, Estado de Direito significaria um Estado baseado nos direitos dos homens.

Kant observando ao extremo a ideia de Rousseau em relação à separação de poderes utiliza uma lógica racional que o Estado de Direito deveria observar, qual seja: as três funções do Estado se equiparam as três operações da lógica num silogismo: O poder Legislativo representando a premissa maior, que significa a lei universal da vontade; o Poder Executivo representando a premissa menor, cuja atribuição seria executar o que é posto pela vontade; e o Poder Judiciário representando a conclusão, haja vista que teria o papel de aplicar a lei ao caso concreto sob análise.

Nesta ótica lógica e abstrata de Kant, os Poderes seriam separados na medida em que cada qual teria uma etapa de uma operação lógica, porém, ao mesmo tempo, manteriam unidade, haja vista que uma etapa estaria coordenada as outras. (VILE, 1967, p. 244-245).

A Constituição dos Estados Unidos foi a primeira a fazer clara distinção expressa entre a separação dos poderes, separando o Judiciário dos demais e prevendo o controle de constitucionalidade das leis. Porém os norte-americanos não efetivaram realmente a proposta de Montesquieu apresentada em "O Espírito das Leis". Isso porque Montesquieu elogiava o governo monárquico, e este estava fora de cogitação para os americanos.

Segundo a tradicional teoria da separação dos poderes a principal característica do Poder Judiciário seria a sua imparcialidade lastreada nas seguintes condições: o Judiciário estaria preso ao direito positivado pelo legislador; os magistrados devem pertencer a um

corpo de juizes não permanentes; a ausência de suspeição ou impedimento do juiz na causa, pois não pode ter nenhum benefício pessoal no exercício de seu ofício.

Em síntese, na visão de Montesquieu aplicação do Direito deveria ficar afastada do mundo político, ou seja, o Poder Judiciário deveria ser totalmente neutro em relação às questões políticas. (FERRAZ JUNIOR, 1994, p. 12-21).

O princípio da separação dos poderes está previsto no art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), e consiste em atribuir a cada uma das funções governamentais (legislar, administrar e julgar) a órgãos diferentes sendo eles: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Como concretização da Separação dos Poderes ou Teoria da Tripartição dos Poderes, a Carta Magna impõe que eles sejam independentes e harmônicos entre si, o que significa que, para a existência de uma verdadeira democracia, os órgãos estatais devem atuar de forma independente, sem conflitos ou subordinação, com a finalidade de assegurar o bem comum de todos. Porém, uns fiscalizando os outros, buscando a máxima efetividade do poder estatal.

A vontade do povo, expressa na Constituição, deve ser salvaguardada, seja pelos representantes do povo através do Poder Legislativo, ou ainda, quando tal poder se quedar inerte, pelo Poder Judiciário que detém a função de interpretar a norma e aplicar a verdadeira intenção do constituinte ao caso concreto.

A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a limitação especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo (HAMILTON, MADISON, JAY, 2003, p. 459).

Não se pode esquecer que cabe ao Estado à proteção de minorias estigmatizadas e o processo político majoritário em muitas ocasiões não é suficiente para garantir os direitos e interesses destes grupos vulneráveis.

O Estado contemporâneo de Direito, no ímpeto de garantir a efetividade de direitos fundamentais autoriza implicitamente à invasão do Poder Judiciário na esfera discricionária do legislador democrático.

Neste cenário, entraria o Poder Judiciário para interpretar a norma e aplicá-la segundo a vontade do constituinte, resguardando os direitos fundamentais dos indivíduos, fazendo surgir o Estado Judicial de Direito, onde o Poder Judiciário é o protagonista da garantia dos direitos fundamentais.

A interpretação realizada pelo Poder Judiciário dá vida a Carta Maior, haja vista que cria mecanismos para que as leis tenham o sentido conforme a Constituição. Contudo, tal papel não é visto com bons olhos pela doutrina positivista, uma vez que tal interpretação poderia ser utilizada de maneira arbitrária para intervir no papel típico de outro Poder.

Entretanto, essa ideia não passa de resquício pertencente a um passado distante, já que as constituições contemporâneas, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, determinam aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, as suas funções típicas, bem como suas funções atípicas, que estão sendo executadas de forma recorrente entre os Poderes.

Quanto ao princípio liberal da separação de poderes que teve seu apogeu nos albores do constitucionalismo clássico, hoje já não responde de forma satisfatória as demandas coletivas de uma sociedade complexa, multifacetada e multivalorativa como a contemporânea. Neste sentido, Paulo Bonavides assim entende:

Esse princípio - que nas origens de sua formulação foi, talvez, o mais sedutor, magnetizando os construtores da liberdade contemporânea e servindo de inspiração e paradigma a todos os textos da Lei Fundamental, como garantia suprema contra as invasões do arbítrio nas esferas da liberdade política - já não oferece, em nossos dias, o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental. Representou seu papel. O constitucionalismo democrático tem por ele a mais justa e irredimível dívida de gratidão. Merece, com efeito, a homenagem e o reconhecimento dos que, na doutrina política, consagram a sua luta aos ideais de liberdade e democracia. Ajudou a implantar na consciência ocidental o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz. Quando cuidamos de abandonar o museu da teoria do Estado queremos, com isso, evitar apenas que seja ele, em nossos dias, a contradição dos direitos sociais, cuja concretização se opõe, de certo modo, como técnica dificultosa e obstrucionista, autêntico tropeço, de que inteligentemente se poderiam socorrer os conservadores mais perspicazes e renitentes da burguesia, aqueles que ainda possuem possível tolher e retardar o progresso das instituições no rumo da social democracia (BONAVIDES, 2013. p. 64).

Destaca-se que no Brasil temos a permissão constitucional para que o Chefe do Poder Executivo legisle por intermédio das medidas provisórias, tratando-se de função atípica deste Poder.

O Supremo Tribunal Federal enquanto guardião da Carta Magna, pratica atos como por exemplo, decisões que resguardam a efetividade dos direitos fundamentais sociais, sem que recursos tenham sido incluído no orçamento público para tal, e a edição de súmulas vinculantes sobre matéria constitucional, que obrigam a toda a administração pública e demais órgãos do Poder Judiciário a seguir a orientação assentada pela Suprema corte.

A respeito do tema, Manoel Messias Peixinho esclarece que:

O princípio da separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incommunicável de acordo com o seguinte axioma: ou é função executiva ou é função judiciária ou é função legislativa. Além das constituições contemporâneas atribuírem funções típicas e atípicas aos poderes constituídos, os Poderes Executivo e Judiciário têm agregado às suas competências de origem outros atributos cada vez mais crescentes. Por conseguinte, o Poder Executivo tem incorporado, cada vez mais, a competência legislativa. Não somente a competência para editar medidas provisórias, mas, também, tem sido constante o aumento da função legislativa por meio de atos normativos infra legais originados de autarquias que têm função regulatória, a exemplo das agências reguladoras de serviços públicos concedidos e de agência de regulação da ordem financeira. Nesse sentido, a crescente intervenção dos órgãos do Poder Executivo no processo legislativo poder-se-ia denominar de ativismo dos órgãos do Poder Executivo. Há muito tempo que no direito brasileiro os atos administrativos vêm se incorporando à ordem jurídica com nova configuração (PEIXINHO, 2008, p. 4033).

A Judicialização da política é bem criticada sob o enfoque da separação dos poderes, entretanto, cabe ressaltar o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, que, quando provocado para dirimir questões atinentes à defesa dos direitos fundamentais, não pode optar em se pronunciar, ao contrário, é obrigado a prestar a tutela jurisdicional, solucionando o conflito de interesses.

Tal controle judicial que é realizado sobre as políticas públicas atinentes a promoção dos direitos fundamentais é uma consequência natural do reconhecimento da força normativa da constituição, para resguardar a Democracia substancial.

Esta constitucionalização dos direitos fundamentais e o reconhecimento da força normativa da constituição implicam em uma maior participação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas asseguradas constitucionalmente. Quando os demais Poderes se omitirem de alguma forma, a atuação do Poder Judiciário deverá ocorrer para resguardar o cumprimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, aí incluídos, os direitos sociais.

Segundo o professor Peixinho, o equilíbrio e a harmonia entre os poderes são fundamentais, sobretudo em relação ao Poder Judiciário, que deverá calçar as suas decisões no princípio da Proporcionalidade/Razoabilidade:

É indispensável, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador (PEIXINHO, 2008, p. 4034).

Sendo assim, fica evidenciado que a divisão das funções do Estado, que ocorre através dos três poderes não é mais algo tão quadrado, quanto era visto na classificação Clássica. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário não exercem somente funções típicas, mas também funções atípicas, no entanto, deve-se ter cuidado com a linha limítrofe do exercício desta função, para que impere o equilíbrio harmônico entre os Poderes.

## CAPÍTULO 2 - O MODELO CONTEMPORÂNEO DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A origem da palavra Hermenêutica é baseada no verbo grego *hermeneuein*, utilizado geralmente para interpretar algo. O verbo *hermeneuein* e o substantivo *hermeneia* submetem à mitologia antiga, traduzindo nas características atribuídas ao Deus Hermes. Tal figura era responsável por transferir a mensagem dos deuses aos seres humanos, fazendo a mediação entre o humano e o divino (SOARES, 2010, p. 03).

Desta forma, *Hermeneuein* corresponde o descobrir de algo, pois apresenta uma mensagem, logo, o entendimento de hermenêutica está ligado à noção de tornar algo compreensível, sobretudo pelo recurso da linguagem.

No campo do Direito, a Hermenêutica tem a função primordial de trazer o sentido e o alcance das palavras previstas nas normas, fazendo com o Direito se concretize no plano real. Isso porque que as normas são elaboradas em termos gerais, sem detalhar o que se propõe a regular, necessitando que seu sentido e seu alcance sejam preenchidos por um processo intelectual, a fim de que a função do Direito seja efetivada na sociedade.

A norma é um objeto cultural que depende de adequação de significado para extrair o real sentido de seu objeto. O indivíduo está vinculado ao contexto fático, social e histórico no qual está inserido, e sendo assim, depende de uma constante compreensão do mundo onde vive, adequando a norma à sua realidade social.

Na visão de Falcão (2010, p. 84) “se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é a interpretação, as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas e do seu funcionamento, enfim, o entendimento de seus labirintos é a Hermenêutica”.

O autor afirma ainda, que tudo é passível de interpretação, visto que tudo clama por apreensão de sentido, sejam dados e objetos do mundo físico, ou ainda as leis e princípios das ciências, haja vista que buscam o conhecimento do mundo.

O ordenamento jurídico vive em constante mutação, sendo capaz de se auto integrar segundo os anseios da sociedade, devendo a interpretação das normas ser realizada de modo às necessidades dos indivíduos, visando a composição de conflitos.

Para tanto, o intérprete do direito mediará à relação existente entre o sistema jurídico e a sociedade, fazendo uso dos métodos de interpretação.

Em virtude do ordenamento jurídico estabelecer preceitos de conduta dos indivíduos, surge a necessidade da compreensão das normas em sua simbologia de linguagem e seus

signos. Sendo assim, sem embargo da doutrina contemporânea apontar para uma Hermenêutica Jurídica com essência filosófica, importante se faz um estudo acerca dos métodos tradicionais de interpretação, que tanto apoiam a prática interpretativa do Direito.

Método corresponde à forma pela qual o cientista orienta sua pesquisa para estudo de determinada área da ciência. Nesta concepção, vários são os métodos utilizados pela doutrina para direcionar o caminho pelo qual o intérprete pode trilhar para retirar a significação da norma constitucional. Neste contexto, surgem os denominados métodos de interpretação constitucional.

Para Luís Roberto Barroso (2011, p. 292), “a interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas”.

A interpretação se dá de forma metódica, como pressuposto à aplicação da norma jurídica. O intérprete faz uso de um conjunto de métodos, que, “embora partam de critérios distintos entre si”, são “reciprocamente complementares” (ARAUJO, 2011, p. 110). Desta forma, o significado da norma não constitui um dado prévio; é, antes, resultado da tarefa interpretativa.

Porem, se o sistema constitucional dispuser de normas claras que dispensem interpretação, superado estará o brocardo latino *in claris non fit interpretatio*<sup>17</sup>, haja vista que se a norma já é clara por si só, não haverá a necessidade de realizar qualquer interpretação.

Ocorre que a maioria das Constituições, por sua própria natureza, utiliza-se de termos amplos, princípios e cláusulas gerais como igualdade, dignidade da pessoa humana, moralidade, justiça, devido processo legal, visando a alcançar situações que não puderam ser especificamente tuteladas de forma expressa no texto da lei maior, o que por si só, demanda na necessidade de interpretação de tais normas.

## 2.1. Métodos de interpretação

Iniciando o estudo dos métodos de interpretação, temos o Método Jurídico ou hermenêutico clássico, segundo o qual a Constituição deverá ser vista como uma lei e as normas constitucionais são interpretadas levando-se em conta os elementos tradicionais da hermenêutica, quais sejam: (i) filológico, gramatical, literal ou semântico, onde a análise do

<sup>17</sup> Tradução: nas coisas claras não se faz interpretação.

texto é realizada de modo literal; (ii) lógico – sistemático, onde a interpretação do texto constitucional é realizada em harmonia lógica das normas constitucionais; (iii) histórico, onde é realizada uma análise do projeto da carta, sua justificativa, exposição de motivos, pareceres fornecidos, discussões, condições culturais e psicológicas que serviram de embasamento para elaboração da norma; (iv) genético, onde são investigadas as origens dos conceitos usados pelo legislador; (v) sistemático, onde é analisada a constituição com um todo; (vi) teleológico, onde o intérprete busca a finalidade da norma; (vii) popular, onde a análise é realizada com a participação da população através de corpos intermediários, partidos políticos, sindicatos, utilizando instrumentos como veto popular, plebiscito, referendo, etc.; (viii) doutrinário, em que o intérprete parte de um entendimento da doutrina; e (ix) evolutivo, onde é levada em consideração a linha da mutação constitucional (LENZA, 2013, p. 156).

Segundo Lenza (op. cit., p. 157), utilizando este método, o intérprete descobrirá o verdadeiro significado da norma, o seu sentido e, assim, atribui-se grande importância ao texto investigado.

No que tange o Método científico-espiritual, o intérprete não ficaria limitado à literalidade da norma, e realizaria uma interpretação usando a realidade social e observando os valores subjacentes do texto constitucional analisado.

Desta forma, a interpretação é realizada usando a premissa de que a norma constitucional é dinâmica e se renova constantemente de acordo com as modificações da vida em sociedade.

Acerca deste método, Inocêncio Mártires Coelho afirma que “o Estado e a Carta Magna são vistos como verdadeiros fenômenos culturais ou fatos referidos a valores, a cuja realização eles servem de instrumento” (COELHO, 2007, p. 91).

Outro método de interpretação realizado pelo intérprete é o tópico- problemático, onde parte-se de um problema concreto para a norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas em cheque.

Desta forma, a constituição seria um sistema aberto de regras e princípios, onde é possível definir o pensamento prático como aquele que se compromete diretamente com problemas, uma vez que é chamado a resolvê-los. E com isso, a ideia de direito como simples aplicação de normas é abandonada em proveito da ideia de que o direito corresponde a um verdadeiro ato de criação normativa que ocorre a cada caso concreto.

Ou seja, neste método o intérprete não parte da norma para o caso concreto, faz o contrário, parte do caso concreto para a norma, ou seja, do particular para o geral, fazendo com que o método coloque o problema a frente de tudo. O caso concreto é o ponto de partida

do pensamento problemático, e é a partir deste problema que a norma recebe seu sentido (LEITE, 2002, p. 68).

A aplicação deste método na Constituição é justificada pela doutrina pelas seguintes razões: (i) a interpretação constitucional tem caráter eminentemente prático, pois a tópica visa resolver os problemas concretos; (ii) a Constituição agrega normas abertas, fragmentárias ou indeterminadas; (iii) há uma preferência pela discussão do problema concreto, eis que pela abertura das normas constitucionais não seria possível se discuti-las (CANOTILHO, 2003, p. 1197).

A respeito do método da tópica, Margarida Maria Lacombe Camargo dispõe acerca das características que este método ostenta:

A tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva: suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos interlocutores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e o que em disputa fica provado em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética. Diante da infinidade do raciocínio tópico, permanece, então, o debate como principal instância de controle. A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existem, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento (CAMARGO, 2003, p.158).

Ainda sobre este método, Bonavides afirma que:

Ocorre, porém, que a exaustão posterior do positivismo racionalista, a par da descrença generalizada em suas soluções, fez inevitável a ressurreição da tópica como método. Tal se verificou na esfera do Direito há mais de vinte anos, graças a Theodor Viehweg, em razão justamente da insuficiência do método "científico" dos naturalistas e também do malogro das correntes idealistas que procuravam por outras vias resolver com exclusividade o problema do método, afastando-se dos esquemas clássicos de inspiração objetiva (BONAVIDES, 2011, p. 489).

Assim, o emprego deste método surge com a proposta de concretização do Direito, mediante busca de premissas e problematizações norteadas por um elemento fundamental: a busca do justo, influenciando ainda, as ciências jurídicas para o estabelecimento de uma Teoria da Argumentação.

Importante destacar neste trabalho, o Método Hermenêutico-concretizador de Konrad Hesse, segundo o qual o intérprete parte da Constituição para o problema, almejando suprir

deficiências normativas, e preenchendo as lacunas constitucionais, fazendo o uso da pré-compreensão do intérprete sobre o tema (pressupostos subjetivos), o qual atua como se fosse um mediador entre a norma e o caso concreto (círculo hermenêutico), que brota da realidade social (pressupostos objetivos).

Segundo Hesse, não haveria interpretação da Constituição independente de problemas concretos, e interpretar as normas trazidas pela Constituição significaria concretizá-los, fazendo com que sua aplicação ao caso concreto fosse feita de maneira a efetivar aquilo que está posto.

Diante disto, e ainda as especificidades das normas de direitos fundamentais, as quais dominam os textos das Constituições modernas, e que não se harmonizam com os métodos hermenêuticos clássicos aplicados à categoria das normas em geral, chegou-se a conclusão que os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se, desprezando, deste modo, os métodos clássicos em razão de que aqueles foram criados para a interpretação das normas privadas e não servem para as normas de direitos fundamentais ante o seu caráter complexo e o seu alcance normativo pluridimensional. Assim, surgiu a hermenêutica-concretizadora, como uma alternativa aos métodos clássicos.

Para aplicar este método, o pensador cita a necessidade de três elementos principais da interpretação concretizadora: a norma que se deseja concretizar, o problema concreto a resolver e a compreensão prévia do intérprete.

Não obstante o reconhecimento da interferência pessoal do intérprete no processo interpretativo, Hesse não lhe atribuiu grande importância para reconhecê-lo como um poder criador, visto que o intérprete não seria responsável por determinar a dúvida a ser resolvida, pois esta já estaria dentro do próprio problema. Desta forma, o intérprete influenciaria no resultado da concretização, mas não o direcionaria.

Este método se propõe a concretização do conteúdo de uma norma constitucional, através da incorporação das circunstâncias reais que essa norma procura regular.

A Hermenêutica Jurídica tem a função precípua de trazer o sentido e o alcance das expressões peculiares ao Direito, fazendo com que este se concretize no plano real. Ocorre que as normas são escritas em termos gerais, sem descrever as minúcias que se propõe a regular tendo, desta forma, que ter seu sentido e seu alcance colmatados por um processo intelectual, a fim de que seja efetivada a função do Direito (MAXIMILIANO, 2003, p. 1).

O autor Canotilho expõe as características fundamentais do método hermenêutico-concretizador:

O método hermenêutico-concretizador arranca da ideia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela pré-compreensão do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objectivos, isto é, o contexto, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o texto e o contexto com a mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <movimento de ir e vir> (círculo hermenêutico)” (CANOTILHO, 2003, p. 1138).

Destarte, não se pode negar a influência do método tópico na teoria de Hesse, visto que no método da concretização também se concentra o trabalho do intérprete no problema concreto, uma vez que só existe espaço para interpretação onde existe dúvida, e somente existirá dúvida se houver um problema.

Porém, a respeito da similaridade entre os dois métodos, Luiz Alberto David Araújo (2011, p. 114) afirma que “o método em análise distancia-se do chamado método tópico, porque, embora se oriente por um pensamento problematicamente orientado, nele existe o primado da norma constitucional sobre o problema, e não o contrário”.

Sendo assim, o método concretizador procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Ao conceituar o método em tela, Branco dispõe que:

A tarefa hermenêutica se faz a partir de um problema e com vistas a equacioná-lo, estando, porém, o aplicador vinculado ao texto constitucional. Para obter o sentido da norma, o intérprete parte da sua pré-compreensão do significado do enunciado, atuando sob a influência das suas circunstâncias históricas concretas, mas sem perder de vista o problema prático que demanda a sua atenção (MENDES, 2011, p. 105).

Já Hesse faz questão de diferenciar a interpretação em sentido amplo e interpretação em sentido estrito. Para o pensador, as normas constitucionais somente são interpretadas em sentido estrito, ocasião em que ocorre a denominada concretização. Ao passo que a inexistência de dúvidas não deflagra a interpretação em sentido estrito, mas sim a interpretação em sentido amplo, isto é, a compreensão da norma (HESSE, 1992, p. 36).

Ainda sobre o pensamento de Hesse, o autor afirma que compete aos princípios de interpretação constitucional a função dirigente e limitadora à consideração, coordenação e valoração dos pontos de vista elaborados à resolução dos problemas. Tais princípios, segundo

HESSE, são: (i) da “unidade da Constituição”; (ii) da “concordância prática”; (iii) da “exatidão funcional; (iv) do “efeito integrador” e; (v) da “força normativa da Constituição” (HESSE, 1992, p. 52).

Alicerçado no modelo da tópica, o método hermenêutico-concretizador vai além de realizar uma interpretação constitucional, possibilitando certa discricionariedade na escolha do sentido que será adotado pelo intérprete-juiz.

Desta forma, para que seja feita uma interpretação constitucional, o intérprete deve partir da primazia de que o texto constitui um limite infranqueável de sua atuação e ainda, de que as possibilidades de compreensão do texto delimitam o campo de suas possibilidades tópicas.

Já o Método Normativo-estruturante do jurista alemão Friedrich Müller, se apresenta como método utilizado para separar o programa normativo (elemento literal da doutrina clássica) inserido nas constituições, da realidade social. Ou seja, a norma será concretizada não só pela atividade do legislador, mas também, pela atividade do Poder Judiciário, da administração pública ou do governo, que farão uma interpretação da norma segundo a realidade social.

A proposta do método busca conciliar a perspectiva normativa com a sociológica. Citando Müller, Barroso afirma que o autor distingue “texto (enunciado normativo) e norma, e identifica esta como o ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo” (BARROSO, 2011, p. 302). Em síntese, texto legal é o que está escrito nas diversas fontes normativas vigentes, quanto que as normas jurídicas, nem sempre aparecem de forma escrita.

Segundo Müller (2009, p. 117), o sistema constitucional não pode ser interpretado de forma literal, mas de modo a considerar os aspectos atuais da sociedade, da política e dos fatos existentes por trás da norma. Neste sentido, o referido autor afirma que “o texto é apenas a ponta do iceberg”.

Segundo alguns doutrinadores, defensores dos métodos clássicos de interpretação, como o Ministro Eros Grau, não há razões para encarar interpretação e aplicação das normas jurídicas a partir de uma relação autônoma. Ambas sempre terá por resultado a aplicação dos textos legais ao caso concreto, fazendo com que tais enunciados linguísticos possuam caráter provisório, a serem ultrapassados por razões obtidas perante determinado caso.

Neste sentido, afirma o Ilustre Ministro:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos

com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos mēros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.<sup>18</sup>

Já no Método da Comparação Constitucional, a norma é comparada em vários ordenamentos jurídicos. Ou seja, há o estabelecimento de uma comunicação entre várias Constituições, partindo de quatro métodos estabelecidos por Savigny e citados por Peter Häberle, quais sejam: gramatical, lógico, histórico e sistemático (COELHO, 2007, p. 94).

Tal método visa buscar em vários ordenamentos jurídicos a melhor direção interpretativa das normas constitucionais de um Estado.

Desta forma, realizando o direito comparado teríamos um novo método de interpretação, o que é criticado por boa parte da doutrina que entende que esta proposta não se caracteriza num novo método, por não trazer novos elementos de interpretação.

Peter Häberle defende ainda a existência de um método de interpretação concretista da constituição aberta, que teve grande influencia no método tópico. Segundo tal método a técnica prestigia a democratização das instituições jurídicas, na medida em que permite a sua participação no processo hermenêutico.

Na visão de Häberle, método de interpretação autêntica seria aquela em que todos os personagens sociais contribuem para o processo de interpretação constitucional, afastando a idéia de que apenas os órgãos oficiais teriam legitimidade para interpretar a carta maior (HÄBERLE, 1997, p. 24).

Tal vertente democrática inclusiva sofre com as críticas da corrente que entende que esta forma de interpretar a Carta Magna de forma elástica poderia resultar no relativismo normativo, rompendo com a segurança jurídica.

Segundo Häberle, a interpretação pode ser compreendida de duas formas, quais sejam: a interpretação em sentido estrito, realizada por juristas segundo os métodos clássicos; e a interpretação em sentido lato, que na visão do pensador é a mais adequada, visto que a “constituição é sociedade constituída”, constituindo-se na ordenação fundamental do Estado (HÄBERLE, 1997, p. 30).

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Reclamação nº 3.034-2/PB AgR, Min. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Eros Grau. Brasília. DJE: 21 set. 2006. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rc13034.pdf> >. Acesso em: 15 jun. 2016.

O professor defende que o julgador realiza a interpretação em sentido dúplice, ou seja, sob os aspetos lato e estrito. Isto porque ao interpretar a constituição, o julgador incorpora a sua compreensão prévia (seu posicionamento sobre determinados temas) ao processo. Por este motivo Häbermas (1997, p. 34) defende a união dos dois âmbitos interpretativos, possibilitando uma prática constitucional pluralista (nos moldes democráticos).

Surge então a interpretação da constituição participativa de Häbermas, que passa de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição, ou seja, dos órgãos oficiais competentes para realizar o processo, para uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, onde todas as pessoas que participam da sociedade podem contribuir para o diálogo do texto constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 39).

A Respeito da participação da sociedade no processo de interpretação constitucional, Häbermas dispõe que:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, resultante da sociedade aberta é um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade (HÄBERMAS, 1997, p. 13).

Tal método de interpretação possibilita a existência de várias constituições em uma única constituição, haja vista a existência de várias realidades histórico-culturais, nos diversos eixos temporais em que se realiza a conformação da mensagem constitucional. Para Häberle, o papel do cidadão teria grande relevância na medida em que é a democracia que fundamenta toda a teoria (HÄBERLE, 1997, p. 52).

O entendimento acerca dos métodos de interpretação fornecidos pela hermenêutica fornece uma base necessária para a construção de sentido da norma. Atualmente não é possível imaginar a atividade do julgador sem fazer uso da interpretação, visto que a compreensão da realidade dos fatos ou da teoria presume um processo prévio de captação de mensagens e processamento dos seus significados, o que é alcançado na estrutura interna de cada espécie discursiva. Daí surge o emprego de táticas argumentativas (discursivas), que podem variar de acordo com a compreensão e a interpretação do julgador que se propõe a analisar determinado ato/fato jurídico.

Se estivermos diante de um sistema normativo composto por com baixo teor de indeterminabilidade, a utilização de métodos investigativos e de construção de sentido será suficiente. Porém, quando o sistema normativo for composto por normas de alta carga

semântica /polissêmicos , e que podem representar inúmeras possibilidades de significados, será imprescindível fazer uso do método interpretativo aberto, a fim de se evitar a ausência de concretização da norma (baixa efetividade). Desta forma, em face de forte carga dos princípios com um alto grau de abstração e porosidade conceitual, surge à necessidade da utilização uma nova forma de se interpretar o discurso jurídico.

A respeito deste novo meio de interpretar, a doutrina o classifica como a “ponderação” que, reflete diretamente na teoria da argumentação jurídica, como um meio de fundamentação racional da escolha do julgador ao interpretar os princípios.

Em virtude do foco central do presente trabalho estar focado no direito constitucional, insta apresentar a importância da hermenêutica no processo de concretização dos direitos fundamentais, inclusive à luz do movimento neoconstitucionalista, que será agora abordado.

## **2.2. Teorias Procedimentalista e Substancialista**

A abordagem sobre o procedimentalismo e substancialismo ou entre as teorias procedimentalista e substancialista se encontra, nos dias atuais, no centro dos estudos de teóricos da Constituição, principalmente sobre as concepções contemporâneas acerca do valor da constituição, bem como da atuação do poder judiciário no Estado Democrático de Direito.

Destaca-se, entretanto, que a pesquisa acerca dos aludidos eixos analíticos não oriundo do Direito, sendo correntes de interpretação filosófica sustentadas por pensadores como Hegel (encarado como substancialista) e Kant (visto como um procedimentalista), o que serve para demonstrar que as teorias são de grande relevância no mundo acadêmico.

A respeito da necessidade de interpretar a Constituição Federal no caso concreto, temos o embate das duas teorias. De um lado estão os chamados substancialistas que trabalham a interpretação a luz da “jurisdição constitucional como verdadeiro mecanismo de defesa dos direitos fundamentais” e, do outro lado, estão os procedimentalistas, que congregam da ideia de que a “jurisdição constitucional seria mero instrumento de defesa do procedimento democrático” (BINEMBOJM, 2004, p. 33).

A discussão entre as duas teorias é enorme, sobretudo no Brasil, em tempos da chamada judicialização da política, e tem como cerne de discussões, a atuação do Poder Judiciário como mandatário para efetivação de princípios positivados em âmbito constitucional. Isto porque a interpretação da lei nos dias atuais passou de simples exegere para uma questão filosófica.

O foco do choque existente entre o procedimentalismo e o substancialismo, está ligado à divergência teórica a respeito do papel do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais após 1988, haja vista que desde então, a efetivação dos comandos previstos na constituição passaram a ser exigidos pela comunidade, o que acabou por gerar defensores das duas correntes (STRECK, 2004, p.147).

Inicialmente importante destacar que tanto os procedimentalistas quanto os substancialistas, partem de um mesmo pressuposto, qual seja, o estudo de modelos democráticos de direito. O embate é formado de um lado por uma concepção formal ou procedimental de democracia, e, do outro, pela concepção material ou substancial.

Os substancialistas<sup>19</sup> reconhecem o conteúdo material das Constituições e atribui a este um papel diretivo, ficando a cargo da lei operacionalizar a concretização dos vetores axiológicos que contemplam. Desta forma, a concretização do direito ficaria afeta ao Poder Judiciário, que passa assumir um papel relevante na realização das políticas públicas em prol da igualdade, concretizando a real intenção do poder constituinte.

Em contrapartida, os procedimentalistas<sup>20</sup> sustentam que a Constituição se encontra desprovida de derivações valorativas, destacando que a carta maior possui apenas papel instrumental. Ou seja, a constituição garante instrumentos de participação democrática e regula o "processo" de tomada de decisões. Para esta teoria a constituição prestigia a liberdade política em virtude do Estado democrático de direito, cabendo ao Judiciário apenas caberia assegurar a observância desse processo.

Ou seja, a interpretação constitucional, pelo viés substancialista, deve objetivar ser um instrumento de defesa dos direitos fundamentais. Esta teoria defende que determinados valores são socialmente relevantes e, portanto, devem ser utilizados para justificar as decisões judiciais. Por outro lado, os procedimentalistas entendem que a jurisdição constitucional deve ser um instrumento de defesa do procedimento democrático (CANOTILHO, 2003, p. 1178).

Habermas (1997, p.183) afirma que "o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático". Esta proteção da democracia sustenta a ideia de que a qualquer tempo um tema poderá ser posto a debate na esfera política, e a sua conclusão, deverá ser acatada pelo poder legislativo, bem como pelo governo. Citando a doutrina de D. Grimm, Habermas assegura que:

---

<sup>19</sup> Na fileira dos substancialistas destacam-se nomes como Mauro Cappelletti, Ronald Dworkin, Laurence Tribe, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Bonavides, Eros Roberto Grau, Fábio Konder Comparato, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Clèmerson Merlin Clève, Lênio Luiz Streck, dentre outros.

<sup>20</sup> Como defensores desta teoria destacam-se Kant, Marcelo Cattoni, Rogério Gesta Leal, Gisele Cittadino, Cláudio Pereira de Souza, Jürgen Habermas e John Hart Ely.

O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado (HABERMAS, 1997, p. 185).

O autor tece críticas acerca da concepção que afirma a existência de valores materiais nas constituições, uma vez que sob este aspecto, o judiciário passaria a ser extremamente autoritário, visto que as convicções do julgador passariam a se sobrepor ao procedimento democrático, haja vista a decisão interpretativa e subjetiva do juiz (STRECK, 2004, p. 158).

Neste contexto, Habermas defende um modelo democrático constitucional fundado não em valores compartilhados ou em conteúdos substantivos, mas em procedimentos capazes de assegurar a participação democrática e o respeito à vontade popular, resguardando uma identidade política embasada em uma nação de cidadãos (STRECK, 2004, p. 159).

Segundo Habermas, a corte constitucional não deve delimitar-se a um órgão de intérpretes da constituição, haja vista que isto poderia gerar um enfraquecimento da democracia. (STRECK, 2004, p. 160).

A respeito da atuação da corte constitucional brasileira na atualidade, Oscar Vilhena Vieira, afirma que no Supremo Tribunal Federal tem predominado as decisões monocráticas, razão pela qual o referido autor alerta acerca dos riscos:

O Supremo Tribunal Federal (STF) está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo. Tal tribunal vem exercendo, ainda que subsidiariamente, o papel de criador de regras, acumulando a autoridade de intérprete da constituição com o exercício de poder legislativo, tradicionalmente exercido por poderes representativos (VIEIRA, 2008, p. 1).

Os substancialistas defendem a atuação do Poder Judiciário como instrumento para garantir que as minorias, que foram excluídas do acesso aos poderes políticos, possam resguardar os seus direitos de em um processo judicial (STRECK, 2004, p. 161).

Para os defensores desta teoria, o procedimentalismo deve ser criticado de forma veemente, na medida em que o processo democrático é observado não só em relação à participação no processo democrático, sendo necessária também, a observância do caráter substantivista desta participação para completar a teoria dos direitos e valores (STRECK, 2004, p. 161).

Habermas prestigia veementemente o procedimento democrático, ao passo que Streck, o questiona de forma escancarada, fazendo uso dos valores e dos princípios constitucionais. Streck (2004, p. 149), entende que o conflito envolve as concepções de liberdade negativa e liberdade positiva<sup>21</sup>, e é justamente a partir da concepção positiva atrelada a democracia que o autor apresenta o Estado democrático de Direito como um novo paradigma.

Desta forma, Streck afirma que, “os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito” (STRECK, 2004, p. 153).

Para assimilar melhor as teorias em estudo é necessário compreender que ambas tratam sobre as teorias fundacionais do próprio Estado. Streck vê o Estado Democrático de Direito como uma sinopse histórica dos Estados, como um verdadeiro plus ao Estado de Direito (STRECK, 2004, p.148). Prosseguindo, afirma que este novo contexto prestigia a atuação do Poder Judiciário:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive a contra maiorias eventuais. A vontade geral implícita no direito positivo [...] é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) passe a ter um papel de absoluta relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional. (STRECK, 2004, p. 147, 148).

Ao interpretar a obra de Dworkin, Habermas critica a visão substancialista especialmente no que tange ao ativismo judicial na concretização dos direitos fundamentais que passou a existir no Estado de Bem-Estar (STRECK, 2004, p. 155).

Entretanto, Habermas rejeita o processo de interpretação das normas como sinônimo de valores, bem como a atuação ativista do julgador, que seria neste modelo, um ser dotado de privilégios para decidir acerca da verdade dos fatos. Neste sentido, Streck apresenta a visão de Habermas:

Habermas recusa a pretensão à universalidade da hermenêutica filosófica – por considerar o pluralismo quando essa associa as normas a princípios eticamente assentados promovendo, a um só tempo, a dissolução da justiça, mesmo que procedimentalmente considerada, na relatividade da

---

<sup>21</sup> Segundo o paradigma liberal a liberdade é denominada de negativa aquela a qual garante ao indivíduo que o Estado não irá interferir na sua intimidade ou subjetividade, são os chamados direitos de defesa. Já liberdade segundo o paradigma republicano é denominada liberdade positiva, a qual está voltada para o bem comum, para coletividade, sendo que o espaço de subjetividade do indivíduo passa a ser menor. Neste cenário, o Estado assume compromissos positivos com a coletividade.

historicidade das vivências sociais e a sua absolutização no interior de cada tradição (STRECK, 2004, p. 156).

Streck, defensor da teoria substancialista, afirma que a interpretação constitucional é pressuposto para a própria abertura política, e cabe ao Judiciário este modo de interpretação. Nas palavras do professor:

A corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política (STRECK, 2004, p. 162).

Para o autor, mais importante que o procedimento democrático, seriam os valores, ideais e princípios contidos na Carta Magna, apresentando o Estado Democrático de Direito como um novo paradigma.

A respeito deste embate doutrinário, John Hart Ely sustenta que o sistema representativo deve possuir duas premissas fundamentais: (i) a participação de todos no processo democrático e (ii) e a participação de todos nos benefícios sociais decorrentes deste processo. A combinação entre o sistema de representação a participação popular se mostra como um mecanismo compatível com a democracia contemporânea, pois garante um equilíbrio entre a vontade da maioria parlamentar sem desconsiderar a proteção das minorias (ELY, 2010, p. 97).

Segundo o doutrinador, a regra da maioria no sistema representativo se impõe justamente para assegurar o respeito da vontade de todos os cidadãos, mas, ao mesmo tempo, esta regra também gera um efeito colateral indesejado, visto que as minorias restam facilmente desprotegidas. E é justamente por esta razão que o autor acredita que as minorias devem receber proteção judicial específica, garantindo o direito de participação no processo democrático.

Ely (2010, p.181) afirma que a existência deste direito substancial de participação através da interpretação do judiciário é decorrente da própria constituição, e este é o mecanismo por meio do qual será discutido de que maneira os bens sociais serão distribuídos pela sociedade, concluindo, assim, que um sistema que se pretende dar igualdade de oportunidade a todos os cidadãos deve ter como permissa básica a distribuição estatal de bens sociais fundamentais.

A teoria substancialista consiste em que, as normas estruturais garantem apenas os aspectos formais da democracia, e observar apenas a parte formal, seria não contemplar o real ideal democrático. Ou seja, busca-se o sentido substancial da constituição com a finalidade de justificar uma atuação judiciária embasada em valores “maiores”. Essa denominação se justifica pelo fato desta corrente recorrer a certos valores que não foram resultados de uma interpretação direta do texto constitucional.

A teoria procedimentalista é pautada na ausência de legitimidade política dos tribunais, bem como de instrumentos básicos necessários para a implementação das políticas públicas. Os fundamentos desta teoria seriam a proteção à democracia, as condições do procedimento democrático, e a lógica da divisão dos Poderes. Assim, não é admitida uma atuação do Judiciário que possa extrapolar suas atribuições clássicas, nem mesmo de um controle de constitucionalidade das normas, evitando assim, a tirania do poder judiciário.

Já a teoria substancialista firma-se no Direito sob o aspecto de Estado Democrático de Direito. Aqui é observado o novo paradigma proposto por Streck, com a criação de uma nova legitimidade para interpretar a Carta Magna. Legitimidade esta que seria concedida pela própria constituição. Isto porque, a Carta Magna é a representação de um contrato social, que encerra no seu interior valores históricos em contínua referência ao momento de sua formação, e deve portanto, ser aperfeiçoada no decorrer do tempo, segundo os interesses atuais dos indivíduos, tendo sempre em mente a gênese democrática do direito. Haja vista que interpretar a constituição somente com os valores inseridos dentro dela própria seria o mesmo que a sociedade do presente ser governado por legisladores do passado.

Assim, destaca-se que o debate entre as teorias substancialista e procedimentalista abre outra discussão acerca do papel racional do julgador, bem como a extensão do julgador nas suas decisões, situação que será analisada ao longo deste trabalho.

### 2.3. Jurisdição Constitucional

A Jurisdição Constitucional é tida mundialmente como um modelo ideal nos países democráticos, sendo a forma mais aceita de proteção à Constituição Federal.<sup>22</sup> Por outro lado,

---

<sup>22</sup> Na defesa da jurisdição constitucional e de seu papel de garante da Constituição, José Adércio Leite Sampaio aponta onze argumentos: “a necessidade de reequilibrar os poderes constitucionais no welfare state (1) e de compensar o déficit de legitimidade da prática política (2), por meio inclusive do reexame das razões do legislador (3); o entrelaçamento entre maioria parlamentar e a competência dos tribunais, para além do seu controle pelo Legislativo (4); o respeito das regras do jogo democrático (5); a promoção dos direitos fundamentais (6); a posição privilegiada do juiz constitucional (7); a argumentação como legitimidade (8); a legitimidade extraída do status quo e dos efeitos produzidos pelas decisões (9); as justificativas deontológicas

o questionamento do seu fundamento democrático sempre é realizado pelos juristas, sobretudo em relação à efetivação de direitos sociais, em virtude de colocar o Poder Judiciário no cenário de assuntos políticos.

O Modelo democrático é caracterizado em sua essência pela soberania popular, onde o instrumento utilizado para assegurar a submissão dos poderes do Estado é a própria Constituição Federal. Apenas o exercício do poder fundado nos termos da constituição está coberto de legitimidade, entretanto, isto não significa que todas as decisões políticas deverão observar o interesse das maiorias, haja vista que é justamente na proteção das minorias em que está fundada a democracia.

Até 1988, perante a comunidade jurídica, a lei valia muito mais no Brasil que a Carta Magna, e os atos do executivo, como as portarias e os decretos tinham um poder superior a lei. Até então, o poder judiciário não tinha um papel de destaque no cenário político e não gozava da independência que lhe foi garantida com a Constituição de 1988.<sup>23</sup>

As constituições eram totalmente pródigas na consagração de direitos, e a efetivação dos mesmos dependia da boa vontade dos governantes para sair do papel, o que quase sempre não ocorria.

Em 1988 a Constituição surgiu com um leque generoso de direitos fundamentais de diversas gerações, com aplicação imediata na forma do artigo 5º, §1º e protegidos ainda, pelo poder reformador<sup>24</sup> em seu artigo 60, §4º, IV.

Outrossim, a carta de 1988 trouxe um papel relevante ao Judiciário ao prevê o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, segundo o qual, no Brasil, somente o Poder Judiciário tem jurisdição, sendo o único Poder capaz de dizer o direito com força de coisa julgada, elencando ainda, diversos remédios constitucionais e mecanismos de controle de constitucionalidades das leis.

Segundo o artigo 102 da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem a competência de guardião da Carta Maior, cabendo-lhe resguardar o cumprimento do texto constitucional e garantir a efetivação dos direitos fundamentais segundo a verdadeira vontade do constituinte.

---

(10); e dogmáticas (11)” (A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 61).

<sup>23</sup> A Inamovibilidade prevista no artigo 95, II, da CRFB/1988, garante aos juízes a impossibilidade de remoção, sem seu consentimento, de um local para outro, de uma comarca para outra, ou mesmo de sede, cargo, tribunal, câmara, grau de jurisdição, garantindo assim, a independência e imparcialidade do próprio Poder Judiciário.

<sup>24</sup> Dispõe o §4º, IV, do artigo 60 da Constituição Federal: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais”. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

A nova sistemática de jurisdição constitucional adotada pela constituição de 1988 favoreceu a judicialização da política; visto que ao ampliar sobremaneira o elenco de legitimados ativos para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade e ao criar o controle de inconstitucionalidade por omissão, permitiu além de outros legitimados, que partido político que esteja representado no congresso e as representações nacionais da sociedade civil organizada possam provocar o STF. Neste contexto, nos dias atuais é cada vez mais comum que um assunto relevante que tenha sido deliberado pelo parlamento seja levado posteriormente ao STF pelos vencidos, para que a Suprema Corte realize uma interpretação da decisão conforme a Constituição.

A constituição trouxe em seu texto inúmeros princípios vagos, que em virtude de possuírem grande carga axiológica e poder de irradiação, permitem o processo de constitucionalização do direito, pautada nos valores constitucionais.

Nos últimos tempos é cada vez mais comum que o STF invoque os princípios abertos nos seus julgamentos, recorrendo à ponderação de valores e ao princípio da proporcionalidade para solucionar um conflito, adotando ainda, referências filosóficas para fundamentar suas decisões.

O Tribunal passou a intervir fortemente no processo político, proferindo decisões que refletem profundamente sobre a atuação (ou falta) dos demais poderes do Estado. No Brasil, a atuação do judiciário vem ganhando força e é cada dia mais impulsionado pela descrença da população em relação às políticas públicas majoritárias e a inércia do poder legislativo em tirar o direito do papel.

Os recorrentes escândalos midiáticos que apresentam as sucessivas condutas dos agentes públicos ligados à corrupção geraram em grande parte da população a sensação de que a solução para os problemas da sociedade esteja sempre nas mãos do julgador.

Neste contexto, os julgamentos do STF tem provocado um grande interesse da população pelo Direito Constitucional e pela atuação da Suprema Corte, sendo raro o dia em que os meios de comunicação não apresentem em seus noticiários uma decisão do tribunal. Desta forma, as questões constitucionais que antes eram debatidas dentro de um círculo bem restrito, atualmente são debatidas publicamente, e o Poder Judiciário torna-se, assim, na crise das democracias atuais, uma salvaguarda para as frustrações dos jurisdicionados.

A despeito da crise democrática que atinge o Brasil na atualidade, importante a visão de Antoine Garapon:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela

perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o 'déficit democrático' de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

Segundo Kelsen, a Jurisdição Constitucional é "a garantia jurisdicional da Constituição", e ainda "um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais" (KELSEN, 2007, p. 123-124). Em outras palavras, é a delegação de poderes a uma corte jurisdicional para fiscalizar as leis e concretizar direitos fundamentais em observância ao texto constitucional.

A despeito do papel de proteger a Carta Maior, importante destacar o famoso debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen a despeito de quem deveria ser o titular da função de guardião da constituição. A condição refratária à política do Poder Judiciário não estava em questão. Cada um dos Filósofos tinha uma visão distinta de como lidar com o risco de politização do Judiciário.

A doutrina schmittiana da defesa da Constituição é uma reafirmação da tese do poder neutral de Benjamin Constant, fundada na interpretação do artigo 48 da Constituição de Weimar que, a seu ver, conferia ao presidente do Reich poderes excepcionais para guardar a Constituição Federal, conferindo-lhe um poder neutral, ou seja, mediador, regulador e tutelar. A tese de Benjamin Constant é chamada de poder neutro ou preservador, que é exercido pelo soberano por meio de uma alienação radical da soberania popular (DI LORENZO, 2001).

Por outro lado, Hans Kelsen reconhecia como guardião da Constituição o Tribunal Constitucional. Segundo o autor, ao adotar a doutrina do poder neutro do chefe de Estado, Schmitt teria como arcabouço legitimador uma interpretação equivocada da Carta Alemã de 1919. Ao valer-se do preâmbulo constitucional e do artigo 48 para abalizar o Presidente do Reich como guardião da Constituição, Schmitt teria ignorado o disposto no artigo 19, em que estaria fixada a competência do Tribunal Federal para ser o protetor constitucional (KELSEN, 2007, p. 246).

Apesar de questionar as premissas da teoria da Guarda da Constituição schmittiana, Kelsen concordava quanto à pertinência de uma análise dos limites da jurisdição, afirmando que deveriam existir limites na atuação do judiciário, não podendo este "operar com chavões vagos como 'liberdade', 'igualdade', 'justiça', etc", senão poderia ocorrer uma indesejável transferência de poder (ROMANO, 1997).

Em continuidade ao seu estudo, Kelsen exteriorizava de forma mais clara que, nos casos mais importantes de violação constitucional, Parlamento e governo seriam partes

litigantes, o que justificaria o reconhecimento do Judiciário como o poder neutro livre das tensões entre Parlamento e Governo.

Hans Kelsen mostrava-se contrário à visão schmittiana de ter-se na figura do Presidente do Reich, única e exclusivamente, o Guardião da Constituição que, segundo o autor austríaco, seria um dos guardiões, zelando pelo controle de constitucionalidade sobre os atos emanados do Executivo e às vezes do Legislativo (DORES, 2012).

Enquanto Kelsen acreditava na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirmava que cabia ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição, isto em nome do povo (ROMANO, 1997). O debate teria um vencedor argumentativo, Schmitt, que em sua leitura de grande intensidade criticou o liberalismo e à realidade parlamentar de sua época, pautada pela imanência; e um vencedor fático-histórico, Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.

Kelsen propôs em sua obra “Jurisdição Constitucional” uma ciência do direito cujo objeto não seria produto da vontade, mas da razão. Como ideal, as decisões judiciais seriam simples deduções normativas resultantes de operações intelectuais. Em suma, a jurisdição constitucional seria uma atividade de cassação, nunca de criação.

Ao Judiciário caberia apenas a aplicação do direito ao caso concreto, com margens mínimas de atuação normativa. Tendo em vista esse modelo de democracia constitucional o Poder Judiciário não poderia jamais inovar os fundamentos da ordem jurídica.

Ante a possibilidade de corrupção do legislativo, quando em crise, bem como os abusos do poder executivo, Kelsen propõe em sua teoria o primeiro Tribunal Constitucional, visando garantir o sistema de liberdades e o cumprimento da Constituição, para fins de assegurar o seu papel de Lei Maior do ordenamento jurídico.

Schmitt por outro lado, era contra esta tentativa de Kelsen de racionalizar o Estado de Direito, que concedia a Corte Constitucional o status de guardião da Constituição. Afirmava que a função judicial não seria outra que a decisão de casos, em obediência as leis, e nunca a discussão de conteúdos das normas. Entendia ainda, que o juiz não poderia se negar a decidir, pois caso contrário, a função judicial se converteria em uma função que cria direito e não se limita a discutir, tipificar e subsumir os fatos à norma.

Schmitt defendia ainda ser o Chefe de Estado o verdadeiro guardião da Carta Magna pelo fato deste ter passado pelo crivo da eleição popular, resultado da vontade da maioria, aspecto que o legitimaria a atuar com independência em relação aos partidos e como instância verdadeiramente suprema e neutra. Entretanto, a ideia desta legitimidade do Chefe de Estado

em Guardião da Constituição pode gerar desigualdades, pois ao invés de contribuir na defesa do sistema constitucional, possibilita a sua violação sob uma base argumentativa de legitimação, gerando verdadeiras desigualdades, na medida em que o chefe do executivo possui interesses políticos.

Atualmente as teorias de embate usadas entre Kelsen e Schmitt tiveram o seu curso retomado em decorrência da crise que acomete o Legislativo, bem como a crítica à neutralidade e à despolitização formuladas por Schmitt.

Ante o constante distanciamento existente entre a realidade constitucional, a atuação política contemporânea, a crise do sistema político e de sua organização constitucional, que se reafirma a necessidade e a importância de um Guardião da Constituição, tal qual previsto no artigo 102 da CRFB/1988, visando à concretização dos direitos previstos na Carta Política, bem como evitar as desigualdades sociais, fruto de uma política feita para as majorias.

Esperar neutralidade política do Judiciário é normal, visto que este órgão sempre foi visto como um poder que não deve se envolver nas deliberações políticas, até mesmo ante o princípio da imparcialidade do juiz.

Isto porque a atividade política implica em parcialidade, em decorrência da filiação a determinada ideologia política, tendência política, e os julgadores não podem julgar pressionados a alcançar os direitos de majorias, ou ainda, julgar para a imprensa e pela opinião pública.

Destaca-se que o enfraquecimento da doutrina, que atualmente vem reproduzindo apenas as decisões judiciais, é um dos fatores responsáveis pelo crescimento do protagonismo do judiciário. O que se percebe é que as decisões judiciais ganharam tamanha força que o advogado atualmente não fundamenta mais as suas teses nos posicionamentos doutrinários, mas limita-se apenas a indicar decisões jurisprudenciais favoráveis ao caso concreto.

Outrossim, esta atuação ativista do Judiciário, tem o aval da população, em virtude do respeito e confiança que a sociedade deposita nos juízes, vendo estes como homens de coragem e dignos a julgar os conflitos que lhe são confiados pelos indivíduos, e essa confiança é retirada dos políticos eleitos pelo próprio povo e depositada nos juízes, sem se importarem com as real intenção das decisões.

Tal situação é fruto da fraca atuação do Poder Legislativo que deixou de corresponder às expectativas da sociedade, e não está atuando de forma satisfatória. Os cidadãos cansaram de esperar por regulamentações dos direitos previstos da Constituição.

A população vem se valendo da previsão contida no atual ordenamento constitucional, qual seja o sistema híbrido de controle de constitucionalidade feita pelo Poder Judiciário. Este de grande importância na seara institucional brasileira.

Ocorre que a centralização deste poder do Supremo Tribunal Federal na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões de repercussões nacionais e internacionais tem gerado uma série de críticas, exigindo uma análise minuciosa do fato em questão.

Vivemos a dura realidade de uma ineficiência do Poder Legislativo. Seja por falta de vontade de mudanças e comodismo dos parlamentares, seja por falta de competência destes, em consequência lógica da falta de qualidade do voto dos cidadãos, consequência da falta de estudo e base de conhecimento político pela população.

Em virtude desta inação dos Poderes em atuar quando deveriam, é que surge o Supremo Tribunal Federal para salvaguardar os direitos dos indivíduos.

Um dos principais fundamentos do controle de constitucionalidade, e por consequência da jurisdição constitucional, é impedir que a vontade da Carta Magna fosse alterada em sua essência pelo legislador ordinário ou pelo próprio legislador constituinte derivado, neste caso além dos limites especificamente postos pela própria Constituição no inciso VII do artigo 34. Sendo assim, é um contrassenso permitir que o Poder Judiciário faça interpretações além das permitidas pela Carta Magna.

A Constituição estabelece padrões vagos de moralidade que precisam ser interpretados e não alterados. Tais padrões são princípios que perpassam o tempo, guiando as ações da justiça, mas a interpretação destes princípios pode mudar com o tempo. Desta forma, é necessário o atuar dos órgãos do Estado.

Ocorre que num estado democrático de direito, com a interpretação dos dizeres da Carta Magna, existe a possibilidade de se criar novas leis e princípios para o povo. No Brasil, a Carta da República prevê na alínea "a" do inciso I, no artigo 102, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade, ou declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo.

O grande problema é que, em muitos casos, ao aplicar a constituição, o Supremo Tribunal Federal, acaba por criar novas leis, função típica do Poder Legislativo, e acaba por invadir a esfera de atuação deste. Ressalta-se que esta atuação fere diretamente a democracia, na medida em que a vontade da maioria do povo deve ser exercida através dos seus representantes.

Os juízes do Supremo Tribunal Federal brasileiro não são eleitos pelo povo, mas nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta

do Senado Federal, e possuindo a garantia da vitaliciedade, esta fundamental para o exercício livre de pressões.

Vale destacar que foi em decorrência da ausência de interesses políticos, que a função de guardião da Carta Magna ficou a cargo da Suprema Corte. Isto porque os Poderes Legislativo e Executivo são representantes da maioria do povo e estão sempre agindo de acordo com intenções políticas e, se não defenderem os direitos e interesses daqueles que os elegeram, correm o risco de perderem seus cargos.

O processo utilizado para a escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal revela-se como um importante mecanismo de manutenção da Corte Constitucional, visto que ao contrário dos demais agentes políticos, os magistrados não estariam obrigados a agradar algumas classes sociais, o que faz com que possam atuar livremente de acordo com os ideais constitucionais.

Contudo, diante do que a população vivencia nos dias atuais, sobretudo com a constante atuação dos magistrados em temas exclusivamente políticos, é de se concluir que deixar a indicação ao chefe do executivo, não é garantia de decisões livres de interesses pessoais.

A escolha destes magistrados, feita pelo chefe do executivo favorece a politização do judiciário, na medida em que as decisões são tomadas em razão dos interesses políticos nos casos concretos. Permitir a escolha dos juizes pelo chefe do executivo é correr o risco das decisões serem tomadas exclusivamente à conveniência política desta autoridade, o que não contribui para a atuação isonômica, livre e imparcial do órgão máximo do Poder Judiciário, gerando sérios riscos da instabilidade nas instituições democráticas e na República. É chegada a hora de uma modificação constitucional do procedimento para a escolha dos ministros da Suprema Corte, e neste sentido tramita no congresso a proposta de emenda à constituição no sentido de alterar o modo de indicação dos ministros da suprema corte brasileira.

Segundo a Proposta de Emenda à Constituição de nº 17/2011, que foi julgada admissível pela comissão de constituição e justiça e cidadania da câmara em 16/09/2015, para o fim de submetê-la à pauta da câmara, a indicação de apenas 2 (dois) ministros do Supremo Tribunal Federal ficaria à cargo do chefe do executivo. As demais vagas seriam indicadas por outros órgãos, quais sejam: 3 (três) vagas seriam listadas pelo Superior Tribunal de Justiça; 2 (duas) vagas pela Ordem dos advogados do Brasil; 2 (duas) vagas pelo Ministério Público Federal, 1 (uma) vaga pelo Senado e 1 (uma) vaga pela câmara dos deputados.

Trata-se de um procedimento mais democrático de indicação, na medida em que órgãos de representação estariam legitimados a indicar magistrados de notório saber jurídico

para ingresso na suprema corte constitucional brasileira, evitando assim, troca de favores futuros entre os magistrados e o governo.

Legitimar ao povo a escolha destes magistrados, é sinônimo de democracia, na medida em que os magistrados, ao contrário dos parlamentares, não precisam da reeleição, e gozam de vitaliciedade, e desta forma, não estariam obrigados aos direitos apenas da maioria, nem aos interesses políticos do chefe do executivo.

O grande aumento de remédios de controle da constitucionalidade das normas e das partes legitimadas a utilizá-los tem levado ao Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando ou rejeitando decisões dos Poderes Executivo e Legislativo, ora suprindo omissões dos órgãos representativos, dando mais importância ainda, à sua atuação.

Sob a liderança do Supremo, o Judiciário é, sem dúvida, o fiador da democracia brasileira, na medida em que garante ao povo brasileiro a concretização dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna valendo-se da interpretação conforme a constituição.

O Judiciário tornou-se garante da trilogia Constituição-Direito-Democracia, consolidando-se como real guardião das promessas destinadas ao exercício pleno da cidadania. Ancorados nessa premissa, seus agentes, juízes, desembargadores e ministros têm se posicionado em litígios os mais complexos possíveis, a exemplo da concessão de medicamentos a pessoas hipossuficientes economicamente; união estável aos homoafetivos; permissão de aborto aos fetos anencéfalos, entre outras.

Em observância ao sentido substancial do Estado Democrático, a suprema corte vem garantindo aos cidadãos a concretização de direitos fundamentais sob o argumento da busca pela felicidade. Nesse contexto, dignidade pode ser entendida como a qualidade daquele que pode definir o que lhe é necessário.

Ainda que a própria Carta Magna em seu artigo 102 estabeleça a legitimidade abstrata da jurisdição constitucional, isso por si só, não vem afastando eventuais críticas de ausência de tal legitimidade diante da falta de controle democrático popular de suas decisões, na maioria dos casos através da postura ativista do Poder Judiciário, do que pelo sistema de controle de constitucionalidade previsto na Constituição.

Importante destacar que os estudiosos aos poucos vêm assumindo, ainda que com grandes reservas, o relevante e importante papel que agentes não públicos podem desenvolver na promoção de um Estado que realmente seja plural, justo, igualitário e sem preconceitos, tal como preconiza o Brasil no preâmbulo de sua atual Constituição Federal.

Ressalta-se ainda, que ao atribuir ao judiciário o papel de interpretar a Carta Magna o constituinte quis resguardar a todos a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não está obrigado com as maiorias em razão da política, haja vista que seus membros não foram eleitos nas urnas, o que faz com que os direitos das minorias também sejam observados.

### CAPÍTULO 3 - A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO POLÍTICO

Os direitos sociais foram inseridos na Carta Magna de 1988 e classificados como direitos fundamentais. Esse fato representa um significativo avanço na busca pela igualdade social, que constitui num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Contudo, para que tais direitos sejam efetivados é necessário um esforço simultâneo de vários atores sociais no que diz respeito à interpretação das normas constitucionais, à definição de seu conteúdo e das necessidades sociais básicas, ao estabelecimento de políticas públicas prioritárias e ao planejamento orçamentário.

Essa atuação conjunta de entes políticos faz-se necessária em razão de os direitos sociais demandarem prestações do Estado, que deve fornecer bens e serviços para promoção da saúde, educação, assistência aos desamparados, moradia, dentre outros direitos.

Em razão desse caráter prestacional dos direitos sociais, diversos obstáculos são apontados à sua efetivação e geram grande polêmica na doutrina e jurisprudência. Dentre os obstáculos com frequência alegados destacam-se a) o conteúdo indeterminado das normas veiculadoras desses direitos; b) a chamada "reserva do possível", quanto à disponibilidade de recursos orçamentários do Estado; e c) a falta de legitimidade democrática do Judiciário para concretização de políticas públicas.

A Judicialização da política ocorre quando algumas questões de significativa importância política ou social são decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos órgãos políticos tradicionais, como o Congresso Nacional e o chefe do Poder Executivo, responsáveis em realizar as políticas públicas, em prol dos seus representados.

A judicialização significa uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Esta realidade tem como principais causas a redemocratização do País em 1988 que transformou o poder judiciário num poder político com atribuição de guardião da Carta Maior, tendo a competência em dar a última palavra em matéria constitucional, o que fez com que o judiciário se fortalecesse, fazendo com que as demandas por justiça brasileira aumentasse de forma significativa.

A respeito da participação recorrente do Supremo Tribunal Federal, Barroso preleciona que:

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão

em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público (BARROSO, 2012, p. 5).

Destaca-se que nas decisões citadas por Barroso, a Corte Suprema Brasileira foi provocada e decidiu nos limites desta provocação. A Suprema corte não poderia jamais se recusar em conhecer as ações ajuizadas, visto que foram preenchidos os requisitos necessários da legislação processual. Ou seja, o Tribunal é obrigado a julgar as causas em matéria constitucional, em virtude da competência de guardião da Constituição Federal que lhe foi atribuída no artigo 102 da CRFB/1988.

Sendo assim, importante destacar que a judicialização não decorre de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica do Supremo Tribunal Federal, mas sim do cumprimento de seu papel traçado na constituição vigente.

Em matéria de efetivação dos direitos sociais a discussão do tema é relevante, pois é frequente uma postura ativista dos juízes com o fim de implementar direitos que não o foram pelo Executivo e Judiciário. A questão está relacionada, principalmente, ao controle judicial de políticas públicas e à intervenção do Judiciário no orçamento público.

Segundo Barroso, a judicialização da política e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.

A participação do Judiciário na garantia dos direitos fundamentais decorre do modelo constitucional que se adotou no Brasil, e não um exercício deliberado de vontade política. Ora, se a norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, o juiz tem legitimidade para dela conhecer, e decidir a matéria.

Por outro lado, o ativismo judicial corresponde a uma atitude, uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Ele surge em decorrência da omissão dos Poderes legislativo e Executivo, que deixam de exercer as suas funções nos ditames constitucionais, e impedem que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Em relação a esta postura do Poder Judiciário, Luís Roberto Barroso afirma que a postura do juiz pode se manifestar por diferentes condutas, dentre as quais: i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em 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 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 (BARROSO, 2012).

Exemplos de ativismo judicial no Brasil foram às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal relativa à fidelidade partidária e a extensão da vedação ao nepotismo. Nestes casos, a suprema Corte realizou aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, sem que o legislador ordinário tivesse se manifestado através de lei.

Em nome do princípio democrático, o Supremo Tribunal Federal declarou que a vaga no Congresso Nacional pertenceria ao partido político e não ao agente em si. Desta forma, houve a criação de uma nova hipótese de perda de mandato parlamentar (desfiliação de partido no exercício do mandato), além das que se encontram expressamente previstas no texto constitucional.

As decisões nos Mandados de Segurança de números 26.602, 26.603 e 26.604,<sup>25</sup> tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. Segundo o Supremo, as características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. A isto se extraiu a legitimidade para decretação da perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu.

Já em relação à decisão que ensejou a edição da súmula vinculante nº 13 do STF<sup>26</sup>, a corte extraiu diretamente do texto constitucional (princípios da moralidade e da impessoalidade), a vedação ao nepotismo.

<sup>25</sup> Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20215>> .

<sup>26</sup> Texto da súmula vincula nº 13 do STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

Nestes casos, o Supremo saiu da esfera de legitimidade que a Constituição lhe atribui para o campo da arbitrariedade, excedendo limites legais e por consequência, entrando no campo de atuação do Poder Legislativo, pois as decisões judiciais em tela não foram fundamentadas em disposição expressa de lei ou da Constituição. A isto, a doutrina classifica como Ativismo Judicial.

A atuação do Judiciário nesses campos não é imune às críticas, e importantes argumentos são levantados, tanto favoráveis, quanto contrários a ela.

Por um lado, há o lado positivo desta atuação, que consiste na efetivação de direitos que não o foram pelos poderes representativos da sociedade. Porém, a atuação desenfreada do Judiciário demonstra uma fragilidade do Executivo e do Legislativo, bem como as dificuldades de tais Poderes na realização de políticas públicas na atualidade, o que faz com que a democracia seja enfraquecida.

Barroso cita três principais críticas ao ativismo judicial: riscos para a legitimidade democrática, politização indevida da justiça e limites da capacidade institucional do Poder Judiciário (BARROSO, 2012, p. 10).

A respeito dos riscos para a legitimidade democrática, Barroso afirma que os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos, mas desempenham um poder político, sobretudo o de invalidar atos dos outros Poderes. A possibilidade de uma decisão proferida por um órgão público que não foi eleito pela sociedade, composto por apenas 11 (onze) membros, sobrepor-se a uma decisão emanada pelos 513 (quinhentos e treze) membros do Congresso, que foram escolhidos pela vontade popular é apresentada na doutrina constitucional como dificuldade contramajoritária<sup>27</sup>, e encontraria legitimidade em um argumento normativo e em outro filosófico.

No que tange ao fundamento normativo, destaca-se que foi a própria constituição que conferiu a competência da Suprema corte para agir de forma técnica e imparcial, sem qualquer manifestação política, para concretizar a vontade do povo por meio da aplicação da constituição e das leis.

A respeito da teoria da separação dos poderes, Barroso adverte que “essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica”. Isto porque ao dar interpretação a conceitos fluidos dos textos legais e constitucional, como

---

<sup>27</sup> O Brasil possui a democracia como forma de governo e por se tratar de um governo pautado na vontade da maioria, o princípio majoritário é a base dele.

dignidade da pessoa humana ou boa-fé objetiva, os juízes agem como “coparticipantes do processo de criação do Direito” (BARROSO, 2012, p. 11).

O fundamento filosófico da atuação do Poder Judiciário consiste no fato de que a Constituição não tem por função defender apenas o princípio majoritário, mas também a de proteger direitos fundamentais, ainda que contra a vontade do detentor da maioria de votos. Isso porque entre democracia e constitucionalismo, e entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir conflitos aparentes, e o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal.

Assim, o princípio majoritário não seria absoluto, uma vez que a soberania popular e a supremacia da Constituição prevaleceriam sobre ele.

Porém, Barroso afirma que a participação política do Poder Judiciário só se legitima quando for essencial à preservação da democracia e dos direitos fundamentais:

A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição (BARROSO, 2012, p. 12).

Avançando sobre o assunto, Barroso segue afirmando que “não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa”. A respeito da ambiguidade proposta anteriormente, ele explica que Direito pode ser entendido como política no sentido de que: “(i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula” (BARROSO, 2012, p. 13).

Contudo, Barroso chama atenção ao fato de que o Direito não é Política no sentido de produzir decisões tendenciosas e partidarizadas. Não pode existir discricionariedade plena nas decisões judiciais, ainda que sejam possíveis diferentes soluções para um caso concreto,

visto que a escolha do julgador deverá necessariamente estar pautada no ordenamento jurídico. O autor adverte acerca da atuação judicial:

Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia (BARROSO, 2012, p.15).

Os que defendem o ativismo judicial fundamentam-se, sobretudo, na necessidade de concretização dos direitos sociais, visto que eles buscam a redução da desigualdade, a garantia de dignidade da pessoa humana e o real exercício da liberdade. Porém, nem sempre os poderes com poderes típicos para resguardar estes direitos, realizam políticas públicas para efetivá-los.

A respeito da interpretação da norma, o professor Antônio Pereira Gaio Júnior afirma que “não cabe ao jurista o papel de “torcedor”, mas sim a análise comprometida com a sistêmica do Estado de Direito e o exercício estrito das instituições sob o manto da legalidade” (GAIO JÚNIOR, 2005).

Ana Paula de Barcellos ao analisar o ativismo judicial, sintetizou alguns argumentos favoráveis a ele. Segundo a autora, o exercício de um conjunto básico de direitos fundamentais é indispensável ao funcionamento regular da democracia e ao controle social de políticas públicas, pois, caso contrário, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade e de participar do processo político, o que dá margem à corrupção, ineficiência e clientelismo na gestão das políticas públicas. Ademais, a própria Constituição pode ter decidido conferir espaço mais amplo ao direito e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, motivo pelo qual as decisões fundamentadas nas Constituições não podem ser ignoradas. Por derradeiro, Barcellos entende que não existem apenas duas opções radicais – nenhum controle ou controle absoluto das políticas públicas –, mas podem ser adotadas possibilidades intermediárias (BARCELLOS, 2008, p. 118-128).

Para a autora, a reserva do possível alegada pelo Estado para não concretizar os direitos fundamentais em sua plenitude, pode conviver perfeitamente com o mínimo existencial, mas em primeiro lugar devem ser atendidas as demandas relacionadas a esse mínimo, para que só então possa haver discussão sobre a aplicação dos recursos públicos remanescentes. Ou seja, os direitos fundamentais básicos devem ser prestados com prioridade pelo Estado, e se não prestados, estaria o judiciário legitimado em atuar nas políticas públicas.

Nesta situação, o Judiciário estaria autorizado a determinar a realização de gastos, com base na razoabilidade e ponderação, sendo que caberia ao Executivo realocar despesas para cumprir a efetivação dos direitos. Neste sentido, importantes são as lições de GARCIA:

Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua discricão política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são (GARCIA, 2004).

Sendo assim, considerando os posicionamentos doutrinários apontados, é possível chegar à conclusão de que a Constituição da República confere legitimidade ao Judiciário para participar do processo de políticas públicas, de forma moderada, com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais sociais básicos, em virtude da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

### 3.1. Neoconstitucionalismo

Apesar da Constituição Federal de 1988 nascer democrática, a sua efetividade foi construída ao longo de vinte anos de existência, prazo que levou para que o processo de constitucionalização do direito fosse aprimorado e tornar-se consolidado.

O constitucionalismo da efetividade almejado pelo constituinte de 1988 é fundado no principiologismo<sup>28</sup> e na sua força dinâmica, e busca realizar a Constituição, independentemente de seu corpo literal e fixo, ou de eventuais normas programáticas.

Para compreender melhor o movimento do neoconstitucionalismo é necessário percorrer de forma panorâmica o processo histórico que ensejou a sua criação.

Até a segunda guerra mundial, existia uma cultura jurídica que tratava a lei editada pelo legislativo como fonte principal do direito e não atribuía qualquer força normativa à constituição federal. A constituição era vista apenas como fonte de inspiração do legislador, e

---

<sup>28</sup> Segundo Lênio Streck, principiologismo seria uma patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos que, no mais das vezes, são articulados para driblar aquilo que ficou regrado pela produção democrática do direito, no âmbito da legislação (constitucionalmente adequada). É como se ocorresse uma espécie de “hiperestesia” nos juristas que os levasse a descobrir, por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), a melhor solução para os casos jurisdicionados. Seria uma “Positivização dos valores”, facilitando a “criação de todo tipo de “princípio”, como se o paradigma do Estado Democrático de Direito fosse a “pedra filosofal da legitimidade principiológica”, da qual pudessem ser retirados tantos princípios quantos necessários para resolver os casos difíceis ou “corrigir” as incertezas da linguagem (STRECK, 2012, p. 9).

não podia ser invocada na defesa de direitos perante o poder judiciário (ENTERRÍA, 1985, p. 41).

Com o término da segunda guerra mundial, em alguns Países como a Alemanha, a Itália, a Espanha e Portugal, houve uma mudança substancial neste quadro. Muitas arbitrariedades ocorreram fortificadas em maiorias políticas, como ocorreu, por exemplo, na Alemanha nazista.

Desta forma, As constituições federais foram fortalecidas com a jurisdição constitucional, com a criação de mecanismos para garantir os direitos fundamentais, ainda que contrariando o legislador.

Desta forma, o sentido da constituição na Europa aproximou-se do sentido americano segundo o qual a carta magna seria verdadeira norma jurídica e teria o papel de limitar o exercício do Poder Legislativo.

Ocorre que, ao contrário da constituição americana que era limitada a traçar a organização do Estado e a elencar poucos direitos individuais, as constituições na Europa foram bem além. Isto porque não transferem ao judiciário a atribuição de decidir quase sempre, ao contrário, possuem normas com valor axiológico e se debruçam sobre temas como a economia, família e relação de trabalho. Abordando ainda, os direitos individuais e políticos ao lado de direitos sociais.

Surgido na metade do século XX, com o advento do final da Segunda Guerra Mundial, o movimento neoconstitucionalista demonstrou que as preocupações sociais originadas deste cenário se mostraram preponderantes para a nova tônica do constitucionalismo, e a doutrina passa a desenvolver uma nova perspectiva em relação ao direito constitucional, denominada neoconstitucionalismo, também conhecido como pós-positivismo ou constitucionalismo pós-moderno.

Caracterizar o neoconstitucionalismo não é tarefa simples, pois a expressão representa hoje um leque bastante ampliado de proposições teóricas que expressam cada qual uma posição particular sobre diversas questões relevantes da teoria do direito, da teoria constitucional e da interpretação jurídica, as quais as colocam não raras vezes em oposição ferrenha como ocorre com os trabalhos de Alexy e Ferrajoli, os quais, aliás, sequer assumem o rótulo do neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2013, p. 75).

O movimento do neoconstitucionalismo vem representando um novo paradigma na teoria jurídica e na prática dos tribunais e envolve os seguintes fenômenos: constitucionalização do direito; valorização dos princípios e o reconhecimento da sua importância na aplicação do direito; uso de métodos mais abertos de raciocínio jurídico como

a ponderação e as teorias da argumentação; reaproximação entre a moral e o direito com a participação da Filosofia nos debates jurídicos e a judicialização da política que amplia o poder do judiciário.

Ou seja, neoconstitucionalismo é um movimento jurídico-filosófico que tem como premissas básicas: a efetivação de elementos de cunho axiológico na prática jurídica, com a adoção de princípios dotados de eficácia e aplicabilidade. Neste modelo (que não pode ser concebido como estanque), o Estado só pode ser admitido na forma Democrática e de Direito, pois neste o governo assume uma posição proativa de defesa dos Direitos Fundamentais. Sendo assim, a Constituição passa não mais como um “ideário de promessas vagas”, alocando-se no centro do sistema, irradiando (e influenciando com) sua mensagem os outros ramos do saber jurídico (CADEMARTORI, 2009, p. 29-31).

A expressão neoconstitucionalismo vem sendo bastante levantada no Brasil nos últimos anos, sobretudo após a divulgação da obra *Neoconstitucionalismo (s)* do doutrinador mexicano Miguel Carbonell em 2003.

Em 2007 quando editou a obra “Teoria del Neoconstitucionalismo”, Carbonell afirmava que muitos doutrinadores não acreditavam na existência de um novo paradigma constitucional:

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera (CARBONELL, 2007, p. 9).

Trata-se de um termo utilizado por pesquisadores de todo o mundo, sobretudo na América latina a respeito das grandes mudanças no modelo de Estado e na teoria do direito constitucional, onde se busca extrair do texto constitucional novos valores e finalidades para o fim de sempre manter vivo o seu conteúdo social.

Luis Prieto Sanchís explica com detalhes o que se pode entender por neoconstitucionalismo: começa pela ideologia, como filosofia política que considera que o Estado Constitucional de Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização política, com vinculação necessária entre direito e moral, representando uma nova visão de atitude interpretativa. Já em relação ao modelo de Estado, Sanchís afirma que o neoconstitucionalismo é o resultado de uma convergência de tradições constitucionais, que concebe a Constituição como regra do jogo da competência social e política, com o estabelecimento de marcos democráticos e igualitários (SANCHÍS, 2003, p. 123-124).

Finalizando seu pensamento, Sanchís registra que a Constituição nesse modelo estatal encarna um projeto político de transformação social “condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico, de la acción del Estado em la esfera de la educación, de la sanidad, de las relaciones laborales, etc” (SANCHÍS, op. cit., p. 125).

Segundo Miguel Carbonell (2006, p. 9), o termo neoconstitucionalismo não deve ser utilizado no singular, mas no plural, haja vista que existe uma nítida heterogeneidade na soma das idéias formuladas por pensadores se se reputam ou são denominados como partidários deste movimento. Os adeptos deste movimento buscam embasamento na doutrina de alguns juristas que se filiam ao neoconstitucionalismo.<sup>29</sup>

Na visão de Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: os textos constitucionais que se tornam mais substantivos e incorporam os direitos fundamentais; a prática judicial que passa a utilizar os princípios constitucionais, a ponderação de valores e métodos flexíveis de interpretação e o desenvolvimento de teoria de autores que participam não só com a interpretação das normas constitucionais, como também participam na criação das normas (2009, p. 197-208).

Tendo em vista que a maioria das normas importantes da constituição brasileira de 1988 são caracterizadas pela abertura e indeterminação semânticas, haja vista que são em sua maioria princípios, a sua aplicação pelo judiciário passou a demandar a adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos.

O maior dilema que o neoconstitucionalismo busca resolver é o estabelecimento de uma Constituição normativa com estipulação de deveres e garantias diretamente aplicáveis aos Poderes e à sociedade.

Neste sentido, o professor Guilherme Sandoval Góes leciona que “no plano hermenêutico, a perspectiva neoconstitucionalista dá nova feição para a correção normativa do direito, vez que imprime força jurígena à dimensão retórica das decisões judiciais, abrindo espaço para a plena efetividade dos princípios constitucionais mediante a reaproximação entre ética e direito” (GÓES, 2007).

---

<sup>29</sup> Daniel Sarmento (2013, p. 75) destaca alguns autores que fariam parte do movimento neoconstitucionalista. Nota-se que, no inventário proposto, há autores que expressamente reconhecem pertencer ao neoconstitucionalismo como Lênio Streck, Antonio Cavalcanti Maia e Luis Roberto Barroso, ao passo que outros são adeptos ao movimento na medida da heterogeneidade de ideias entre os autores que aderem expressamente. Neste sentido, estão dentre outros Dworkin e Alexy que se relacionam com as teorias de argumentação jurídica, moral e filosofia política (tentando estabelecer-lhes algumas conexões), na defesa dos direitos individuais.

A constitucionalização do direito é tratada por Luís Roberto Barroso como um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conte do material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo sistema jurídico”, condicionando a validade e o sentido do direito infraconstitucional, repercutindo sobre a atuação dos Poderes, da sociedade e entre os particulares (BARROSO, 2006).

Nesse contexto, a constitucionalização do direito dependeria diretamente da participação dos três poderes pelas seguintes razões: (i) cabe ao legislativo à atividade conformadora e efetiva dos direitos e programas constitucionais; (ii) ao Executivo, ao exercer limitadamente a discricionariedade nos atos do governo para não se afastar dos deveres impostos na carta magna; (iii) do Judiciário, na medida em que cabe a este exercer o controle de constitucionalidade, a interpretação e a ponderação.

Na tentativa de solucionar os frequentes conflitos existentes entre os princípios, passou a ser utilizada a ponderação de valores e o uso do princípio da proporcionalidade pelo judiciário, no intuito de concretizar direitos fundamentais.

Diante desta realidade, a atuação fundamental do Poder Judiciário se caracteriza com o Tribunal Constitucional garantindo a supremacia jurídica da Constituição, verdadeira limitadora material das funções dos demais poderes e da sociedade, em virtude da incorporação de princípios e diretivas em um texto com plena força normativa, exigindo-lhe uma atividade garantista de todos os interesses sociais, o que acabar por prestigiar a técnica da ponderação dos valores envolvidos num conflito.

Acerca da técnica afirma Paulo Gustavo Gonet Branco que a ponderação “predispõe a abertura a múltiplos pontos de vista, já que não se consuma validamente sem que se contemplem os argumentos de todos os interessados. Facilita, assim, a consecução de ideais democráticos de participação ampla nos processos deliberativos públicos, prestando reverência ao anseio de igual respeito a todos os homens e às suas aspirações” (BRANCO, 2009, p. 141-142).

Já o mestre Barroso alerta às consequências negativas que podem ser causadas pelo excesso de constitucionalização do direito, afirmando que a atuação do judiciário deve ser realizada de forma vinculada e limitada, evitando assim, o esvaziamento do poder das maiorias no debate legislativo. Para Barroso, é indispensável que o julgador evite a discricionariedade judicial na solução de casos difíceis, abrindo preferência para a lei, quando decorrente de inequívoca e válida manifestação do legislador, bem como preferência pela regra, em que o constituinte descrever a conduta a ser seguida, prevalecendo sobre o princípio de igual hierarquia (op. cit., 2006), cabendo à ponderação apenas quando a norma for silente.

Esses limites ao controle das políticas públicas constitucionalizadas serão objeto de abordagem específica no momento apropriado, sendo oportuno citar, desde já, a complexidade que a constitucionalização do direito representa, impulsionando e potencializando a cidadania.

Neste cenário de interpretação da Carta Magna é que se funda o movimento neoconstitucionalista, consistente em não mais atrelar ao constitucionalismo à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da constituição, deixando o texto de ter caráter retórico para ser mais efetivo, sobretudo no que tange a concretização dos direitos fundamentais (LENZA, 2013, p. 64).

Neste modelo, cabe ao intérprete não apenas a aplicação direta dos ditames da constituição às relações sociais, mas também reler as normas e institutos à luz da constituição, atribuindo-lhe o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta magna.

Neste sentido, importante a lição de Walber de Moura Agra:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um estado Democrático Social de direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; onipresença do princípios e das regras, inovações hermenêuticas; densificação da força normativa do Estado; desenvolvimento da justiça distributiva (AGRA, 2008, p. 31).

No constitucionalismo moderno a diferença entre as normas constitucionais e infraconstitucionais era meramente de grau, e tinha por objetivo limitar o poder, já no neoconstitucionalismo há uma diferença axiológica (de valor) e o principal objetivo é a concretização dos direitos fundamentais.

No Estado Constitucional de Direito a constituição é posta no centro do sistema jurídico e em relação de superioridade com as demais normas. Há ainda a incorporação explícita de valores e opções políticas nas constituições, sobretudo em relação à promoção da dignidade da pessoa humana e a concretização dos direitos fundamentais.

A partir do momento em que tais direitos são constitucionalizados, surge o neoconstitucionalismo preocupado com os mecanismos para efetivá-los. Para tanto, o neoconstitucionalismo também se preocupa com o processo de concretização dos direitos, na medida em que em algumas situações teremos a tensão entre princípios constitucionais.

Acerca nesta nova realidade, oportuna a citação das lições de Dirley da Cunha Jr:

Foi marcadamente decisiva para o delineamento desse novo Direito Constitucional a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, O Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 35).

Em excelente obra o autor Luís Roberto Barroso estabelece três marcos fundamentais que definem a trajetória do direito constitucional para o atual estágio de “novo”: (i) como marco histórico, temos o constitucionalismo do pós-guerra, a redemocratização que ocasionou no Estado Constitucional de Direito, em especial na Alemanha e Itália, que faz surgir a Constituição Cidadã do Brasil em 1988; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, que visa ir além do direito positivado na lei, fazendo uma reaproximação entre o Direito e ética e realizando uma centralidade dos direitos fundamentais; (iii) como marco teórico, o reconhecimento da força normativa da constituição com a sua superioridade em relação as demais normas e a constitucionalização dos direitos fundamentais, a expansão da jurisdição constitucional e a prática de uma nova dogmática da interpretação constitucional (BARROSO, 2006).<sup>30</sup>

A despeito desta nova teoria do direito chamada neoconstitucionalismo, Sanchís apresenta cinco traços expressivos do movimento, dentre outras orientações ou linhas de evolução, que foram abarcados pela doutrina:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, em lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencial judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas (SANCHÍS, 2003, p. 131-132).

Os elementos teóricos, ideológicos e metodológicos citados por Sanchís encontram sintonia com a atual Constituição brasileira, bem como estão presentes na Carta Maior todas as condições e pressupostos para a adoção da constitucionalização do direito.

Sobre as novas práticas adotadas pelo poder judiciário, vale a leituras lições do professor Miguel Carbonell:

---

<sup>30</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil, 2006. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)>. Acesso em: 20 mar. 2015.

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales también ha ido cambiando de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.<sup>2</sup> Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de *ladrittwirkung*), el principio *pro homine*, etcétera (CARBONELL, 2012).<sup>31</sup>

Fator fundamental é a aceitação da força normativa da Constituição brasileira, ultrapassando o simbolismo programático, a favor da efetividade de seus comandos e determinações, por meio da doutrina e da jurisdição constitucional.

A leitura tradicional do princípio da separação dos poderes que sempre impôs limites extremamente rígidos à atuação do judiciário cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo dos juízes em prol dos valores constitucionais. As concepções majoritárias da democracia são endossadas por teorias democráticas mais substantivas que restringem o poder do legislativo na defesa dos direitos fundamentais, possibilitando a sua fiscalização pelo poder judiciário, composto por juízes não escolhidos pelos cidadãos.

Em sua brilhante obra sobre Movimentos Sociais, o professor Alexandre de Castro Catharina, afirma que:

*A estratégia dos movimentos sociais focada na atuação do poder judiciário, em paralelo com a atuação no sistema representativo tem ampliado, e muito, a representação social dos ativistas sociais acerca da superação das desigualdades sociais através do reconhecimento dos direitos de cidadania e sua efetividade em setores específicos da vida social (CATHARINA, 2015, p. 77).*

Nessa conjuntura de judicialização temos o destaque da expressiva atuação jurisdicional constitucional das relações políticas e sociais, que se evidenciam pela contínua atuação do Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas, relações entre poderes, garantia dos direitos fundamentais.

<sup>31</sup>CARBONELL, Miguel. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?. 2012. Disponível em <<http://aberturamundojuridico.blogspot.com.br/2012/10/que-es-el-neoconstitucionalismo-miguel.html>>. Acesso em: 08 set. 2015.

No neoconstitucionalismo o grande protagonista do Estado democrático é o juiz, que é visto pelos indivíduos como verdadeiro “guardião de promessas”<sup>32</sup> previstas na Constituição Federal, onde a principal característica positiva do movimento consiste na cidadania participativa e reivindicatória, onde os direitos constitucionalizados se transformam em símbolo de conformação e concretização proveniente da centralidade da Carta Magna.

### 3.2. O Déficit Democrático do Poder Judiciário

Apesar dos membros do Poder Judiciário não se investir no cargo público através do voto popular, eles possuem legitimidade constitucional para resguardar a efetividade dos direitos fundamentais, conforme já foi demonstrado neste trabalho.

Isto porque a competência de um Poder de Estado não está atrelada unicamente à ideia do sufrágio universal, mas também de sua função democrática na defesa das minorias. Como é sabido, ao aplicar o Direito o juiz deve valorar os princípios constitucionais e garantir que a essência da Carta Magna seja respeitada.

Por outro lado, é bem verdade que o juiz não pode estar voltado à atuação política, na garantia de que seu múnus será realizado de maneira imparcial e sem qualquer interesse pessoal. Tal vedação pode ser extraída do artigo 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição da República, que dispõe que é proibida aos magistrados a dedicação à atividade político-partidária.

Se o legislador constituinte vedou expressamente tal filiação partidária expressamente, também o fez de maneira oblíqua ao dispor que os Poderes são independentes e harmônicos entre si. Ora, a Constituição adotou a Teoria da Separação dos Poderes, com a distribuição de competências para cada um, evitando a concentração do Poder e arbítrios.

Importante destacar, que as garantias constitucionais<sup>33</sup> conferidas aos magistrados resguardam a sua atuação isenta de pressões e interesses políticos, visando à aplicação correta da lei.

<sup>32</sup> A análise realizada a respeito do poder judiciário como um guardião de promessas foi feita de forma bem crítica na obra francesa: Antoine Garapon. *Le Gardien de Promesses: Lê juge et la democratize*. Paris: Éditions Odile Jacob, 1996.

<sup>33</sup> Os incisos I, II e III, do artigo 95 da CRFB/1988, elencam as seguintes garantias aos magistrados: Vitaliciedade, obtida após dois anos de efetivo exercício para os juizes de carreira, e na posse aos juizes ingressantes nos Tribunais através do quinto constitucional. Esta garantia resguarda a permanência no cargo, evitando desligamentos por vinganças; Inamovibilidade, que impede a remoção do juiz de sua sede de atividade para outra sem o seu prévio consentimento, salvo em decorrência de incontestável interesse público, mediante voto de dois terços do tribunal, e de igual modo assegurada ampla defesa. Essa garantia evita transferências de um juízo para outro, na tentativa de burlar o princípio do juiz natural da causa; Irredutibilidade de vencimentos,

Outrossim, a essência desta independência funcional e da legitimação democrática da atividade judicial está na sujeição do juiz à Constituição e no seu relevante papel de garantidor dos direitos fundamentais.

A discussão sobre um déficit de legitimação democrática da jurisdição é muito comum relação à competência dos Tribunais, sobretudo quando eles julgam a inconstitucionalidade de uma lei, concretizam direitos fundamentais em razão da omissão dos Poderes eleitos, ou quando realizam a cassação ou impedem a realização de um ato do Poder Legislativo. Isso porque ao fazê-lo o Judiciário estaria se intrometendo na função típica de outro Poder. Porém, é a própria Carta Magna que legitima esta função ao Poder Judiciário.

Como os juízes não precisam de votos para continuar no cargo público pode exercê-lo com independência e imparcialidade. Por outro lado, a forma como ingressam no serviço público não é democrática (concurso público ou indicação pelo chefe do Poder Executivo), e isto gera alguns questionamentos acerca de determinados atos emanados por eles.

Sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário Paulo Roberto Soares Mendonça entende que:

(...) a maior parte dos estudos sobre a legitimidade do Poder do Estado negligencia o papel do Judiciário neste contexto, focalizando essencialmente a questão da representatividade dos poderes Executivo e Legislativo e a repercussão social de suas ações. Verifica-se, então, que é bastante reduzida no campo da Teoria Política a discussão sobre a Justiça como elemento integrante do mecanismo de Poder no Estado (MENDONÇA, 1997).

O Estado Democrático de Direito não pode ser calçado apenas na democracia representativa exercida pela soberania do voto popular. Luiz Flávio Gomes (GOMES, 1997) refuta a assertiva da carência de legitimidade democrática da Jurisdição afirmando que a Carta da República concebeu duas formas de legitimação: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional).

Assim, a legitimação democrática legal não se confundiria com a legitimação democrática representativa, visto que esta é exercida pelo sufrágio universal e aquela se dá através da vinculação do magistrado à lei e à Constituição.

Importante destacar, que a atuação do juiz possui fontes de legitimação, que segundo Luigi Ferrajoli, seriam: (i) a legitimação formal, assegurada pelo princípio da estrita legalidade e da sujeição do juiz somente à lei, que é emanada da vontade popular; (ii) e a

---

evitando que o juiz seja prejudicado financeiramente em decorrência de algum ato judicial que tenha proferido no exercício da judicatura.

legitimação substancial, que consiste na função e capacidade da jurisdição de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos (FERRAJOLI, 1988).

Portanto, a legitimidade do Poder judiciário é orientada para a adequação dos atos judiciais aos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Assim, o Poder Judiciário agindo para resguardar a vontade popular, que foi manifestada através do poder originário, na Constituição da República.

Ademais, por não ser eleito pelo povo, ao julgar o caso concreto o Judiciário não está obrigado a observar a vontade de maiorias, devendo apenas pautar sua decisão de acordo com os princípios previstos na Constituição, ainda que tais princípios alcancem às pretensões de uma minoria da sociedade.

Neste sentido, são as lições de Geraldo Ataliba:

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e as elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição, e os por ela repelidos. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio (NOGUEIRA ATALIBA, 1987, p.190).

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário recolheria a sua legitimação para exercer a função jurisdicional do povo, por ser este o destinatário único do Poder estatal.

A respeito da ilegitimidade do Poder Judiciário para realizar políticas públicas, Alexander Bickel foi o primeiro a abordar um termo específico para demonstrar os riscos à Democracia. Em sua obra "The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics", o autor lançou um estudo teórico que fundamentou toda a discussão doutrinária a respeito dos critérios de autoridade da Suprema Corte estadunidense, e, por consequência, dos demais Tribunais Constitucionais do mundo.

Neste estudo, Bickel criou a terminologia "dificuldades contramajoritárias" referente às peculiaridades relativas às decisões daquele Tribunal que refletia na esfera política.

Bickel critica em sua obra o fato da Suprema Corte norte-americana retirar a eficácia das leis aprovadas regularmente pelo procedimento democrático, atuando como organismo

contramajoritário pela sua composição sem cunho eleitoral. E esta seria a referida dificuldade contramajoritária.

Em decorrência do modelo constitucionalista brasileiro ser semelhante ao norte-americano quanto à análise de seus critérios de controle, é possível defender a visão de Bickel quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na medida em que se denota a estrutura oposta do Poder Judiciário em face dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso porque os seus membros não são eleitos pelo povo, e desta forma, não representam a maioria, porém as suas decisões têm o condão de estabelecer obediência a todos.

Acerca da concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, Alexy estudou a racionalização da justificação da decisão judicial sob a ótica da democracia, sendo objeto de questionamento, os limites aceitáveis de valores utilizados pelos juízes na interpretação da norma:

A pergunta é onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados (ALEXY, 2001, p. 12).

Já Dworkin relaciona o Estado Democrático com a Teoria do Direito, estudando a atividade judicial dos Estados Unidos. Expõe que apenas uma concepção substancial de democracia seria apta para ao mesmo tempo, fundamentar o controle judicial amplo, citando como exemplo o controle norte-americano (judicial review), e resguardar o modelo de Democracia representativa, com a conseqüente autonomia dos Estados Federados.

Na visão de Dworkin, existia uma tênue diferença entre a concepção majoritária de democracia, na qual a intervenção judicial era permitida para defesa de uma posição contra majoritária, e uma concepção constitucional de Democracia, na qual o julgador estaria legitimado a restringir a vontade da maioria do parlamento quando o direito dos cidadãos a um tratamento justo e igualitário estivesse sendo violado.

O sentido de igualdade para o autor é usado para referir-se a uma igualdade formal, no sentido da utilização de um instrumento de acesso a bens e serviços fornecidos pelo Estado, afastando-se assim da ideia de igualdade material (DWORKIN, 2000, p. 27).

Segundo o referido autor, a atuação política do Poder Judiciário será extremamente necessária sempre que o processo legislativo não resguardar a igualdade a todos os cidadãos. Sua tese consiste no fato que as decisões majoritárias só serão legítimas quando todos os membros da comunidade em tela forem considerados "membros morais", no sentido de que

todo indivíduo deverá se sentir parte integrante da comunidade e ter a capacidade de participação.

Sustenta ainda o autor, que o pronunciamento final acerca da limitação da atuação da maioria do parlamento será sempre do juiz constitucional, que é a autoridade competente para realizar uma leitura moral da constituição e da sociedade em que vive. Porém, para que seja possível tal análise, Dworkin demonstra ser essencial estabelecer uma diferença entre princípios e políticas. Para ele, os princípios seriam os norteadores da atuação judicial, que não poderiam jamais receber qualquer influência do jogo político. Os princípios seriam um standard, que devem ser atingidos por ser uma exigência moral de igualdade, e não por favorecer a uma situação econômica, política, ou social.

A respeito da importância dos princípios, Luiz Henrique Cademartori afirma que os princípios contêm as ferramentas que necessitam os juízes para julgar de um modo ou de outro, dependendo do caso concreto, pois é neles que se encontra o conteúdo moral a ser seguido:

Se, no caso das normas comuns ou regras, estas se aplicam ou não aos casos concretos dentro de uma perspectiva de 'tudo ou nada' (an all or nothing), os princípios estabelecem as razões para decidir de uma forma determinada e, ao contrário das outras normas comuns, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação, mas sim, o seu conteúdo material ou peso específico, ou seja, o valor que encerram e que definem quando eles serão aplicados ou não (CADEMARTORI, 2004, p. 101).

Dworkin afirma que as decisões judiciais devem ser pautadas na estrita observância dos princípios constitucionais, não podendo o julgador, criar novos direitos. Ou seja, a atuação do poder judiciário está limitada a procura de direitos consagrados implicitamente no ordenamento jurídico, pois só assim será possível uma atuação judicial sem afrontar o princípio democrático.

Neste sentido, Dworkin afirma que sempre existirá uma resposta correta a ser encontrada a partir da interpretação dos juízes, utilizando como guias os princípios que contêm o conteúdo moral que projetaram a vontade do legislador. A respeito da visão de Dworkin, Klaus Günter destaca:

O descobrimento ou a busca por normas implícitas não ocorre de modo arbitrário. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas descubram os direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito. Esta argumentação de Dworkin é consequente, porque, no âmago, direitos são de natureza moral, portanto inacessíveis à intenção positivadora. Eles não são derivados de um ato legiferante ou judicativo, mas do direito ao respeito e considerações iguais, enraizado nos fundamentais princípios legitimadores de uma comunidade. A exigência de justificar decisões legislativas e judiciais, segundo uma teoria política coerente,

estabelece uma ponte entre argumentos principiológicos morais e decisões a respeito de normas jurídicas (GÜNTER, 2004, p. 410-411).

Dworkin se afasta da concepção jusnaturalista do Direito<sup>34</sup> na medida em que não permite a atuação judicial discricionária para criar norma, visto que afrontaria o princípio democrático, bem como o sistema jurídico vigente. É exatamente esta ideia do autor que contribui para a análise das políticas públicas realizadas pelo judiciário.

Sob o pretexto de realizar a aplicação dos princípios constitucionais, o julgador não pode simplesmente ignorar o princípio da democracia e interferir ilimitadamente nas políticas públicas.

O julgador não pode inovar na ordem jurídica criando direito, e sim encontrá-lo quando a igualdade na distribuição dos recursos estatais não estiver sendo resguardada a todos os cidadãos, fazendo uso dos princípios constitucionais.

Outrossim, Dworkin enfatiza que o juiz não pode ser influenciado de maneira alguma pelos políticos e nem intervir em questões políticas. O autor afirma a existência de dois modelos de decisões políticas. O primeiro modelo seria a decisão política sobre questões atinentes à eleição, que deve estar inclinada apenas à vontade da maioria parlamentar, não sendo permitida ao julgador a interferência sobre tais questões. Em relação ao segundo modelo de decisão política, o autor se refere às questões não sensíveis às eleições, o que permitiria intervenção do juiz. O autor exemplifica trazendo a baila que a criação de um centro esportivo seria uma política sensível à eleição, pois está diretamente ligada à discricionariedade do executivo em realizar seu plano de governo, já a questão que envolvesse discriminação racial seria uma política não sensível às eleições. Adiante, a visão de Dworkin:

A decisão de usar ou não os fundos públicos disponíveis para construir um novo centro de esportes ou um novo sistema de estradas é normalmente sensível à eleição. (...) a decisão de matar ou não os assassinos convictos ou de proibir a discriminação racial no trabalho parece, por outro lado, insensível à eleição (DWORKIN, 2000, p. 224).

Dworkin defende uma democracia substantiva e legitima a intervenção do Poder Judiciário apenas nos casos em que a distribuição dos recursos do Estado não seja realizada de forma isonômica. Não podendo a atuação do juiz ser exercida de forma desenfreada na

<sup>34</sup> Para Locke, no estado natural “nascemos livres na mesma medida em que nascemos racionais. Os homens, por conseguintes, são iguais, independentes e governados pela razão. O estado natural é a condição na qual o executivo da lei da natureza permanece exclusivamente nas mãos dos indivíduos, sem se tornar comunal. Todos os homens participaram desta sociedade singular que é a humanidade, ligando-se pelo liame comum da razão. No Estado natural todos os homens tem o direito de preservar a paz e a humanidade e evitar ferir os direitos dos outros” (MARTINS & MONTEIRO, 1999, p. 15).

criação de políticas públicas, sob pena de afronta do princípio da separação dos poderes e da democracia representativa.

Nos dias atuais, há uma revolução na forma de se fazer justiça, caminhando, não só com a ideia do neoconstitucionalismo, mas também com a reengenharia do processo, para uma modificação estrutural e funcional do Judiciário em si, como por exemplo, o recente sistema de precedentes judiciais adotado pelo novo Código de Processo Civil de 2015<sup>35</sup>, na busca da segurança jurídica das decisões judiciais e aplicação da igualdade aos jurisdicionados.

A tão esperada reforma do Judiciário procura-se remodelar o perfil de Justiça para adequá-lo às múltiplas demandas do mundo moderno. Busca-se torná-lo mais eficiente, para alcançar os objetivos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, de modo a atender às expectativas dos jurisdicionados.

O Estado Constitucional de Direito é calçado nos Direitos, limites e garantias, e a atuação do magistrado deverá assegurar o seu reconhecimento e a sua eficácia, aplicando estes pilares. Deverá concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a constitucionalidade ou não dos atos (comissivos e omissivos) dos Poderes Legislativo e Executivo.

Em relação ao tema proposto neste trabalho, existe um grande questionamento acerca da legitimidade do Poder judiciário em concretizar os direitos fundamentais sociais enumerados na Constituição da República. Ao se intrometer na aplicação do texto constitucional, por exemplo, para garantir medicamentos ao jurisdicionado, o Poder Judiciário estaria por via oblíqua, participando da administração do Estado, impondo a aplicação de recursos públicos fora do que foi planejado nas leis orçamentárias.

Vale lembrar que a elaboração do orçamento público é mista, e conta com a participação dos Poderes Executivo e Legislativo, não tendo a Constituição citado o Poder Judiciário neste processo, e por um motivo óbvio: Não cabe a ele a intromissão no mérito administrativo, haja vista que não possui legitimidade democrática direta.

Assim, ao concretizar direitos fundamentais sociais, estaria o Poder Judiciário adentrando no mérito administrativo e decidindo sobre a alocação dos recursos públicos no caso concreto, sem considerar a sociedade como um todo.

---

<sup>35</sup> Segundo Streck, o Código de Processo Civil de 2015 elencou determinados provimentos judiciais, que independentemente da sua qualidade, consistência e integridade, passarão a ser vinculantes para o enfrentamento de litigioso repetitivo. STRECK, Lênio Luiz. O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?. São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

Esta atuação do Poder Judiciário é assunto que gera críticas no mundo jurídico, pois em virtude dos constantes remanejamentos dos recursos públicos para cumprir as decisões judiciais, os direitos sociais do restante da coletividade restariam prejudicados.

Porém, nos tempos atuais o Poder Judiciário não pode se propor a exercer função apenas técnica e secundária, mas deve contribuir também para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude, pois o direito fundamental social de um indivíduo não pode ser sacrificado em nome da coletividade, sob a alegação de falta de recursos, haja vista que ele é indisponível e inadiável, conforme será exposto nesta pesquisa.

### 3.3. O direito subjetivo do indivíduo e a proposta de Alexy

Os direitos sociais, também conhecidos como direitos às prestações estatais, segundo o filósofo Robert Alexy, são aqueles que efetivam a liberdade dos indivíduos. O autor sustenta que a fundamentação do direito à prestação remonta as origens do modelo de Estado Clássico contratualista:

Sua fundamentação no âmbito do modelo de Estado clássico contratualista, que nos últimos tempos tem experimentado um vigoroso renascimento, é praticamente inevitável. A ampla renúncia a direitos à autoproteção efetiva, determinada pela transição (hipotética) de uma situação pré-estatal para uma situação estatal, só pode ser racionalmente fundamentada se o indivíduo receber, por essa renúncia, um direito à proteção estatal efetiva. Que essa ideia tem “assento na realidade” não, portanto, uma simples construção hipotética, é algo que é possível perceber por meio do fato de que, onde o Estado deixa de ter iniciativa ou força para a satisfação do direito a proteção, não raramente formam-se organizações privadas de proteção, com o intuito de fazer valer direitos individuais (ALEXY, Robert. 2008, p. 455).

A efetividade dos direitos sociais é entendida como a concretização de efeitos jurídicos no mundo dos fatos, ou seja, constitui na materialização do Direito. Segundo o Luiz Roberto Barroso, a efetividade “simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 1996, p.83).

O cerne da questão gira em torno de a Constituição ter conferido aos poderes Legislativo e Executivo a competência para estabelecer as prioridades nas prestações, já que são eleitos para esse fim. Já o Poder Judiciário não poderia entrar no mérito do ato, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes.

Entretanto, Alexy argumenta que a ausência de uma prestação prevista na constituição, ainda que por norma programática, gera um direito subjetivo ao indivíduo de

exigi-la. Desta forma, mesmo quando um direito à prestação é assegurado em nível de princípio (que depende de norma regulamentadora para o exercício do direito) e não em uma norma de eficácia plena, existe a possibilidade de, no caso concreto, gerar a obrigatoriedade da prestação. Neste sentido, Alexy afirma que:

Se às normas que conferem um direito *prima facie* é acrescida uma cláusula de restrição, essas normas adquirem o caráter de normas que, embora carentes de concretização, que ocorre por meio de sopesamentos, garantem direitos definitivos. Se o suporte fático for preenchido e a cláusula de restrição não for, o titular tem um direito definitivo. Natureza de princípio e exigibilidade perfeita são, portanto, compatíveis. Isso vale tanto para os direitos de defesa quanto para os direitos a prestações (ALEXY, 2008, p. 446).

Mesmo que nem todo direito social seja um direito subjetivo, certo é que o artigo 5º, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil consagrou o princípio da máxima efetividade: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Este dispositivo possibilita a todos os direitos sociais se tornarem um direito subjetivo, analisado o caso concreto.

Barroso classifica o direito à saúde como integrante do direito social, baseado em normas constitucionais definidoras de direitos (BARROSO, p. 39). Dessa forma, estas normas criam para seus beneficiários situações de eficácia imediata, que devem ser materializadas por prestações positivas pelo Estado e, caso não sejam satisfeitas, surge a possibilidade de o cidadão postular seu cumprimento pela via judicial. O autor ressalta que embora exista o direito subjetivo à saúde, a sua previsão está em normas de natureza programática. Sendo assim, a pronta verificação de seu cumprimento é complexa e se depara com limites de caráter econômico e político.

Ingo Sarlet (2012, p. 99-116) também ressalta a característica programática das normas definidoras de direitos sociais, contudo, avalia também que o cunho programático deste tipo de norma constitucional não impede que delas se retirem direitos subjetivos, inclusive os de natureza prestacional. Para o autor, o artigo 196 enuncia axiologicamente que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e daí deriva a imposição ao poder público de concretização deste direito por meio de uma série de tarefas e diretrizes.

Assim, ratifica-se a subjetividade do direito à saúde, ou seja, o poder de ação de exigir a satisfação de um benefício. Contudo, como salientado por Barroso, é de uma natureza complexa a verificação do cumprimento ou não deste direito social.

Segundo Alexy, as normas definidoras de direitos sociais possuem natureza de princípio:

Não é totalmente excluída a possibilidade de se atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais, por meio de interpretação, direitos morais até então não reconhecidamente de nível constitucional, e também no fato de que toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação. Enquanto direitos subjetivos, todos os direitos a prestação são relações triádicas entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva. Se o titular do direito fundamental *a* tem um direito em face do Estado (*s*) a que o Estado realize a ação positiva *h*, então, o Estado tem, em *relação a ao* dever de realizar *h*. Sempre que houver uma relação constitucional desse tipo, entre um titular de direito fundamental e o Estado, o titular do direito fundamental tem a competência de exigir judicialmente esse direito. Isso é assim em razão do direito constitucional positivo, por força do art. 19, §4º, 1, da Constituição alemã. Essa exigibilidade, caracterizada por Wolff como “perfeita”, inteiramente compatível com a possibilidade de que os direitos a prestações, tanto quanto os direitos de defesa, tenham um caráter *prima facie*, ou seja, natureza de princípios(...) Se se deixa de lado, em um primeiro momento, a cláusula “em princípio”, que sugere uma vinculação mais ampla, então, no que diz respeito à vinculação do legislador, dessas duas citações decorrem duas proposições: (1) o Estado tem que adotar ao menos uma medida efetiva; e (2) caso há apenas uma medida efetiva, o Estado tem que adotá-la. (ALEXY, 2008, p. 445-446).

Na esteira da corrente de Alexy, fica claro que o indivíduo pode recorrer, em determinadas situações ao Judiciário para exigir do Estado um direito à prestação consagrado na Constituição.

Sendo assim, sua teoria é de extrema relevância para se conceituar as constituições contemporâneas, visto que no sistema constitucional não se admite a colisão direta de regras, uma vez que estas possuem idêntica hierarquia. Porém, entre princípios se admite a colisão no caso concreto. Neste contexto, Alexy se aproxima de um conceito de princípio muito próximo ao de Dworkin, pois para ambos os princípios possuem diferentes graus dependendo de cada situação apresentada.

Segundo Alexy, os princípios determinam que alguma coisa seja concretizada no maior grau possível, dentre as possibilidades reais e jurídicas existentes, razão pela qual classifica os princípios como norma de otimização.

A diferença entre regra e princípio para Alexy reside na qualidade especial que os princípios possuem:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são ‘mandatos de otimização’, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das condições reais como das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. Em sentido diverso, as regras são normas que somente podem ser

cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 86).

Para o autor, a colisão entre regras é de fácil solução, na medida em que é possível se inserir em uma delas uma cláusula de exceção que elimine a aplicação da outra, acabando com o conflito. Para tanto, Alexy propõe critérios como a lei posterior revogaria a anterior, ou ainda o critério da especialidade, segundo o qual a lei específica sobre determinada matéria afastaria a aplicação de lei geral. Caso não seja possível a inserção, uma das regras deverá ser declarada inválida, e assim sendo, será excluída do mundo jurídico (ALEXY, 2008, p. 92-93).

Já no que diz respeito à colisão entre princípios, Alexy afirma que estes devem ser solucionados a partir de uma metodologia própria. Muito embora um princípio deva ceder ao outro, isto não significa que este deva ser declarado inválido, e sim que um precedeu ao outro nesta circunstância. O princípio que deve prevalecer é aquele que possui maior peso no caso concreto. Já as regras não permitem este tipo de dimensão baseada em peso:

As colisões de princípios devem ser solucionadas de maneira totalmente distinta. Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem de ceder ao outro. Mas, isto não significa declarar inválido o princípio afastado nem que o princípio afastado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. O que sucede em verdade é que, sob certas circunstâncias um dos princípios precede o outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira diversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar mais além da dimensão da validade, na dimensão de peso (ALEXY, 2008, p. 89).

Alexy desenvolve seu argumento no sentido de que toda norma é assentada em um princípio, e sendo assim, quando ocorrem os casos de colisão entre regras constitucionais, é possível que se estabeleça uma ponderação entre os princípios que envolvem o caso concreto. Da obrigação de otimização dos princípios percebe-se que, no caso de colisão entre eles, quanto maior o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.

Diferentemente das regras, os princípios devem ser aplicados levando em consideração uns aos outros, e pensar o contrário, tornaria impossível definir a correta medida de aplicação que cada um deve receber no caso concreto.

Robert Alexy propõe que a solução para a tensão entre dois princípios seja a utilização da máxima da proporcionalidade (método com estrutura racional), que num primeiro momento avalia a adequação e a necessidade da medida e caso não seja suficiente parte para o segundo momento, fazendo uso da ponderação dos princípios através de um procedimento próprio (máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito).

Segundo o filósofo, a proporcionalidade é informada por três máximas: a adequação, que determina que a solução ao conflito será adequada sempre que realizado o mandamento de amenos dos princípios em choque; a necessidade, em que a solução ao conflito será necessária sempre que realizada com o menor sacrifício possível dos princípios em choque; a proporcionalidade em sentido estrito, em que a solução leve em consideração o princípio que no caso concreto tem maior relevo. Observadas as três máximas, deverá ser utilizada uma regra de precedência condicionada, donde um princípio deverá prevalecer sobre um outro princípio, em decorrência das circunstâncias do caso concreto.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é oriundo dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas ao caso em tela. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem das possibilidades fáticas (ALEXY, 2008, p. 118.). Tais máximas parciais devem ser consideradas regras no uso da ponderação dos princípios.

A máxima parcial da adequação não permite que seja adotado um critério que obstrua a utilização de um princípio sem promover outro princípio. Assim, um princípio deve ser pelo menos promovido (ou fomentado) para que o meio empregado seja considerado adequado, caso contrário, não se atende à exigência da adequação (ALEXY, 2008, p. 120.).

No que tange a observância da máxima da necessidade, destaca-se como condição que o ato atinja de modo menos intenso possível o outro princípio em jogo, sendo escolhido o ato que realize esse objetivo de maneira mais aproximada diante do caso. Ao exame da necessidade, assim como no exame da proporcionalidade em sentido estrito, deve haver sempre o sopesamento entre os princípios.

A regra do sopesamento (proporcionalidade em sentido estrito) é determinada segundo o qual quanto maior o grau de não satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro, havendo um balanceamento entre os princípios colidentes, decorrente de uma relativização em face das possibilidades jurídicas ao caso concreto. Tal procedimento utiliza um princípio como condição para aplicação dos demais princípios, e este princípio é o da proporcionalidade.

No choque entre os princípios, não é possível a declaração de invalidade de um princípio, mas tão somente a precedência de um face ao outro. Neste contexto, o magistrado deve fazer uso das ponderações, adaptando tais princípios conflitantes ao caso concreto.

Acerca do critério adotado por Alexy, Humberto Ávila explica que o mesmo é um fator extremamente determinante para diferenciar regras de princípios “na medida em que o princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia” (ÁVILA, 2009, p. 30)

Na proposta de Alexy, para que seja feito o sopesamento deve ser realizado um escalonamento da importância dos princípios. Esta análise será feita de maneira que seja observado o peso hierárquico (relativo) de cada princípio no caso concreto, fazendo-se o uso da ponderação dos valores envolvidos na situação. Para tanto, Alexy criou uma escala triática dupla para sopesar as lesões ao princípio violado. Quanto maior o grau de violação de um princípio, maior deverá ser o grau de efetivação do outro.

Vale destacar que a não incidência (ou aplicação) de um princípio em um determinado caso concreto não exclui a possibilidade de sua aplicação em outro, cujo contexto fático-existencial seja diferente daquele que originou seu afastamento.

Em decorrência do princípio da unidade da constituição, faz-se necessário que haja uma interpretação da Carta Magna de forma a evitar contradições entre as suas normas, princípio este que obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.

A fundamentação na escolha de um princípio em prol de outro de igual valor é necessária para evitar a arbitrariedade e irracionalidade do julgador.

Alexy traz um fundamental avanço para a teoria constitucional na medida em que recorre a um meta-critério para solucionar o problema de colisões entre regras e princípios. Neste modelo de Direito, Alexy classifica as normas constitucionais em três níveis: procedimentos, regras e princípios, por meio dos quais busca racionalizar a prática jurídica dentro do Estado Constitucional de Direito:

É, onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre estes julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como estes julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados. A resposta a estas perguntas é de grande significado teórico e prático. Dela, no mínimo, depende a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem um grande peso para o

problema da legitimidade da regularização dos conflitos sociais através das sentenças judiciais. Pois se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas respectivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação (ALEXY, 2001, p. 20).

O ponderar no direito constitucional suscita inúmeras críticas, o que levou Robert Alexy a afirmar que é impossível enumerá-las. A maioria delas envolve casos em que estão presentes direitos fundamentais conflitantes ou quando há a modalidade denominada pelos americanos de *ad hoc balancing*.<sup>36</sup>

A primeira crítica está relacionada à ponderação residiria na inconsistência metodológica da ponderação de valores no caso concreto. Isto porque a um controle racional, haja vista que os princípios não regulam por si mesmos sua aplicação, o que abriria espaço para o subjetivismo judicial (ALEXY, 2008, p. 164).

Sendo assim, por não impor parâmetros racionais e objetivos que vinculem a decisão e previna o arbítrio, a ponderação não fornece critérios que possam determinar qual princípio pesa mais, conferindo ao magistrado uma discricionariedade exacerbada.

A respeito do subjetivismo causado pela ponderação, Friederich Müller afirma que:

Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda dos pontos de vista da hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas (MÜLLER, 1995, p.36).

Nesta mesma linha de pensamento, Jürgen Habermas entende que a ponderação ocorre de modo irrefletido, pois os magistrados, ao invés de definirem qual atitude deve ser exigida num determinado conflito, acabam por decidir de maneira arbitrária sobre o equilíbrio existente entre os bens ou sobre a relação existente entre valores. Para o autor, os julgadores

---

<sup>36</sup> O *ad hoc balancing* corresponde à ponderação realizada pelo julgador no caso concreto, sem que ele esteja vinculado a qualquer parâmetro anterior. (BARCELLOS, 2005, p.50).

proferem decisões seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários (HABERMAS, 1997, p.321-323).

A segunda crítica à ponderação é no sentido de que o método tornariam os direitos fundamentais mais frágeis. Isto porque a proteção dos mesmos ficaria condicionada à vontade do órgão jurisdicional responsável pela sua tutela. Assim, o uso da ponderação prejudicaria a certeza e a garantia de cumprimento das normas que contém direitos fundamentais, submetendo-os a imprevisibilidade e a uma insegurança constitucional (ALEXY, op., cit, p.178).

A última crítica à ponderação está relacionada à separação dos poderes e a legitimidade democrática. Segundo esta objeção, à ponderação permite que os juízes imponham suas posições políticas e ideológicas, usurpando os Poderes Legislativos. Ou seja, a ponderação violaria o princípio da separação de poderes, visto que modifica a interpretação e aplicação do direito, possibilitando que os julgadores avaliem de forma arbitrária as situações concretas, sem que haja qualquer previsão legal que os legitime para isso.

Neste sentido, tendo em vista que no Estado Democrático a legitimidade do Legislativo decorre da eleição popular de seus membros, Alexy entende que a jurisdição constitucional somente será legítima, se também for compreendida como representação do povo:

Dois pontos devem ser observados para que seja possível conciliar jurisdição constitucional e democracia: a superação da ideia de que a representação do povo está necessariamente vinculada à eleição e à comprovação de que uma representação sem eleições pode ter primazia diante de uma representação apoiada em eleições. O primeiro ponto é alcançado se forem adicionados argumentos à democracia, de modo que sua imagem deixe de conter apenas um procedimento de decisão centrado no conceito de eleições. A inclusão de argumentos na democracia, faz com que ela não se apoie apenas em um conceito de decisão, tornando-a deliberativa. Em razão disso, a união entre o povo e o parlamento, além de ser determinada pelas decisões, é determinada por argumentos, ao passo que a representação do povo por um tribunal constitucional é puramente argumentativa. Por fim, o autor explica que a jurisdição constitucional, considerada como argumento, não admite tudo, se puderem ser diferenciados os argumentos bons dos ruins. E prossegue, esclarecendo que a jurisdição constitucional, considerada como representação, pode ser unida com aquilo que o povo realmente pensa, sendo necessário, para isso, a existência de pessoas racionais capacitadas para aceitar um argumento por ser válido ou correto. (ALEXY, 2007, p. 162-165).

Alexy propõe um modelo de fundamentação, que distingue o momento da elaboração do enunciado de preferência, através de um processo psíquico, e o momento de sua

fundamentação. Sendo assim, a racionalidade da ponderação ficaria caracterizada quando o enunciado de preferência pudesse ser fundamentado racionalmente.

Neste contexto, o autor afirma que pode haver a utilização de argumentos jurídicos gerais, tais como cânones de interpretação e argumentos empíricos, para fundamentar o enunciado de preferência, porém, tais argumentos não são específicos para a fundamentação desses enunciados, ou seja, não estão relacionados diretamente com a ponderação.

Outrossim, argumentos específicos podem ser encontrados na jurisprudência alemã, pois suas decisões demonstram que existe uma regra constitutiva das ponderações: a lei do sopesamento (ALEXY, 2008, p. 167).

Alexy afirma que embora a lei de ponderação não ofereça critérios para mensurar a intensidade da afetação e o grau de importância do cumprimento dos princípios, ela indica que os enunciados acerca dos graus de afetação e importância devem ser fundamentados para justificar o enunciado de preferência condicionado, que é resultado da ponderação (ALEXY, 2008, p.171-173).

Alexy chega à conclusão de que as decisões judiciais decorrentes da ponderação só poderiam ser consideradas irrefletidas, como afirma Habermas, se não estiverem assentadas em uma argumentação, visto que ele considera os argumentos como expressões públicas da reflexão (ALEXY, 2008, p.174).

Ou seja, Alexy apresenta a ponderação como um método consistente, cuja racionalidade decorre de uma fundamentação específica a ser utilizada pelo julgador intérprete. Em outras palavras, a racionalidade e a legitimidade da ponderação se justificam através da utilização de argumentos. Chega-se, assim, à zona limítrofe entre teoria dos princípios e teoria da argumentação jurídica.

Neste contexto, a presente pesquisa visa demonstrar que os limites do controle judicial das políticas públicas se relacionam diretamente com os conceitos de democracia. Nesse sentido, esta qualificação de princípios e ponderação de Robert Alexy se mostra muito importante para atender às complexidades do Estado Contemporâneo, pois em um sistema onde só observadas as regras, os juízes não poderiam atender as peculiaridades do caso concreto.

Por outro lado, um sistema apenas de princípios levaria ao subjetivismo completo, o que acarretaria uma afronta à democracia representativa, pois os juízes se afastariam da vontade das maiorias.

## CAPÍTULO 4 - A RESERVA DO POSSÍVEL E O PROCESSO DE CRIAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

O Princípio da Reserva do Possível é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado à prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade<sup>37</sup>.

Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

### 4.1. Direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial

O direito ao mínimo existencial está relacionado diretamente com a ideia de que todo o indivíduo deve ter os meios para viver com o mínimo para uma existência plena, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, que integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A respeito do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pode-se afirmar que o seu núcleo pode ser considerado o mínimo vital/existencial, o que nas palavras de Ana Paula Barcelos “realiza-se através da segurança, educação, saúde, assistência aos desamparados e o acesso à justiça” (BARCELLOS, 2006, p. 288-289).

Ainda a respeito do conceito do mínimo existencial, Andreas Krell revela detalhadamente a origem do conceito do mínimo existencial:

A Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1, I, da Lei Fundamental) e do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I, da LF). Assim, a Corte determinou um aumento expressivo do valor da ‘ajuda social’ (Sozialhilfe), valor mínimo que o Estado está obrigado a pagar a cidadãos carentes. Nessa linha, a sua jurisprudência aceita a existência de um

<sup>37</sup> LIMA, Fernando Gomes Correia. O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde. 2011. Disponível em: [http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46) Acesso em: 13 mar.2015.

verdadeiro Direito Fundamental a um 'mínimo vital. (KRELL , 2002, p. 61).

Com o advento da Constituição de 1988, a saúde passou a ser garantida constitucionalmente como direito universal de cidadania e dever do Estado, sendo um dos Direitos Sociais previstos no art. 6º da Carta Magna. Tais Direitos, identificados como Fundamentais, são autoaplicáveis por pertencerem a um rol de direitos necessários para a garantia de uma vida digna com qualidade, para a garantia do bem-estar social, razão pela qual devem ser concretizados.

Nas palavras de Flávia Piovesan, os direitos sociais são "autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis, e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos, e não como caridade, generosidade ou compaixão" (PIOVESAN, 2004, p. 26).

O Estado tem o dever de proporcionar o bem de todos os indivíduos, através da concretização dos direitos sociais em políticas públicas que sejam, acima de tudo, viáveis e eficazes para a redução das desigualdades sociais, respeitando assim, os objetivos da República previstos no art. 3º da CRFB/1988.

Neste contexto, os Direitos Sociais estão a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade, devendo ser compreendido não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, mas uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável, em um meio equilibrado (SARLET, 2004, p. 32).

Os direitos sociais encontram alguns empecilhos no planejamento orçamentário do Estado, que é um requisito constitucional para que o Governo possa utilizar as receitas obtidas pelo poder público, em razão da reserva do possível. Em virtude da ampla necessidade de políticas públicas que precisam ser implementadas para atender os anseios da sociedade e da escassez de recursos, muitas vezes o Estado precisa fazer escolhas dramáticas, ao escolher quais serão as necessidades serão atendidas durante o período orçamentário. Ainda que a Constituição Federal garanta uma discricionariedade aos poderes eleitos na escolha, é bem verdade que o Estado está obrigado, ao menos, a resguardar a fruição daqueles direitos que compõem o mínimo existencial para a sobrevivência dos indivíduos em sociedade.

Em se tratando do direito fundamental à saúde é sempre o mais controverso, haja vista que as políticas públicas que serão implementadas devem estar previstas no orçamento anual, e neste constará toda a receita que irá fomentá-lo, nunca inferior ao percentual previsto

na Constituição Federal porque há um planejamento orçamentário para aquele ano fiscal, em que estão incluídas todas as políticas públicas para o seu fomento, nunca inferior ao mínimo percentual exigido constitucionalmente.

Desta forma, qualquer demanda judicial individual que vise à compra de medicamentos fora da listagem prevista pelo Poder Público ou mesmo internações e cirurgia para pessoas fora da fila agendada pelo Sistema Único de Saúde, criado, exatamente, para tentar atender e organizar as demandas que exijam assistência à saúde estará comprometendo o cumprimento do orçamento anual, e por consequência, a reserva do possível.

#### 4.2. A mitigação da reserva do possível

Inicialmente convém apresentar dois conceitos extremamente relevantes para se compreender o princípio da reserva do possível: um que se refere à reserva do possível fática e, outro que se refere à reserva do possível jurídica. O primeiro conceito está diretamente ligado aos cofres públicos, haja vista a ausência de recursos financeiros do Estado e, o segundo, com a impossibilidade de alteração da legislação orçamentária.

Segundo preleciona Cláudio Carneiro, a atividade financeira estatal “é o conjunto de ações do Estado para a obtenção de receita e realização dos gastos para o atendimento das necessidades públicas, em conformidade com o planejamento consubstanciado no orçamento anual” (CARNEIRO, 2014, p. 48).

Neste sentido, sob o prisma constitucional a Carta Maior estabeleceu três leis que tratam do orçamento público e que são de iniciativa do Poder Executivo de cada ente federativo<sup>38</sup>. São as denominadas espécies orçamentárias, a saber: (i) o Plano plurianual, que institui de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras dela decorrentes; (ii) a lei de diretrizes orçamentárias, que compreende as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando a elaboração da lei orçamentária anual. Tal lei deve ser aprovada pelo congresso nacional; (iii) a lei orçamentária anual que compreende o orçamento fiscal referente aos três poderes do ente federativo, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, fundações instituídas e mantidas pelo poder público, além do orçamento de investimentos das empresas estatais, bem como o orçamento da seguridade social.

<sup>38</sup> A Constituição Federal dispõe em seu artigo 165 sobre as leis orçamentárias da União que devem ser aplicadas aos demais entes federados em decorrência do princípio da Simetria.

A competência do Poder Executivo para a iniciativa das referidas leis é justificada em razão de que a estimativa de despesas se dá em decorrência da estimativa de receita. E nesse sentido, quem estabelece a política arrecadatória é o próprio Poder Executivo.<sup>39</sup> Porém, o Poder Legislativo poderá fazer emendas durante a tramitação do projeto de lei orçamentária.

Destaca-se que as referidas leis orçamentárias possuem apenas o aspecto formal de leis, haja vista que lhe faltam juridicidade no que tange ao aspecto material. Isto porque as leis orçamentárias não possuem conteúdo normativo, são apenas orientações operacionais e de conduta, não possuindo generalidade, pois possuem objeto determinado e destinatários certos.<sup>40</sup>

De certo que a própria Constituição estipulou um planejamento para a aplicação dos recursos públicos, daí surge o princípio da reserva do possível, entretanto, tal princípio não pode ser utilizado pela administração pública para justificar a ausência da prestação dos direitos sociais básicos, previstos na Constituição Federal.

Neste sentido, Luciana de Souza esclarece que “A ausência de recursos financeiros não se pode extrair pura e simplesmente da ausência de previsão de recursos orçamentários (...)”, o que, em tese, daria margem a interpretações de que o serviço não é prestado face a ausência de recursos”. Continuando, Luciana de Souza, afirma que:

Ademais, se a repercussão em matéria orçamentária, tal como ocorre com a reserva do possível, fosse limite intransponível para as decisões judiciais, é evidente que toda a legislação e arrecadação tributárias seriam insuscetíveis de controle de constitucionalidade e de legalidade, pois, toda vez que o Judiciário decide que uma lei tributária que institui ou aumenta tributo é inconstitucional ou que um ato arrecadatório da administração tributária é ilegal, restam diminuídas as fontes de receitas orçamentárias. A nosso ver, a reserva do possível pode e deve ser considerada nos precisos termos em que o Tribunal Constitucional alemão inicialmente formulou o conceito: “aquilo que se deve razoavelmente esperar do Estado”, o que, evidentemente, varia no tempo e no espaço, mas funciona como um limite – que pode e deve existir – das expectativas dos indivíduos em relação à contribuição do Estado para sua realização existencial (SOUZA, 2007, p. 4001-4002).

<sup>39</sup> O Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE 743.480, com repercussão geral reconhecida, entendeu não haver reserva de iniciativa do chefe do executivo para propor leis que implica, em redução ou extinção de tributos, e por consequência em redução de receitas.

<sup>40</sup> A respeito da natureza jurídica da lei orçamentária, importante destacar que sendo uma lei sem conteúdo normativo, não há a possibilidade de sua afronta à constituição, não sendo assim possível a realização de controle de constitucionalidade da referida lei. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal no julgamento das Adin's 4048 e 4049 flexibilizou tal entendimento, entendendo que se alguma dotação orçamentária (sem conteúdo normativo) confrontar, ainda que de forma oblíqua a Constituição Federal, será passível de controle de constitucionalidade, quando por exemplo, não houver observância dos percentuais mínimos de receita que devem ser destinados à saúde previsto no artigo 198, §2º da CRFB (no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não poderá ser inferior a 15%).

A efetivação dos direitos sociais gera um alto custo financeiro para o Estado e para que este possa concretizar tais direitos faz-se necessário um planejamento orçamentário (que será detalhado no próximo capítulo), para que a previsão dos recursos possa abarcar o máximo dos direitos sociais básicos, bem como a criação de políticas públicas. O planejamento orçamentário exigido pela carta Magna visa à formulação de maior eficiência do Estado com o menor custo possível (princípio da economicidade).<sup>41</sup>

Porém, quando um direito social básico não é prestado pelo Estado, o Poder Judiciário entra em cena, mas não para substituir a decisão política, até porque o Judiciário não tem como invadir a esfera do mérito da administração pública<sup>42</sup>, mas sim com o intuito de realizar um controle social a alocação de recursos públicos, haja vista que os direitos sociais básicos devem ser prestados de forma continuada pelo Poder Público.

O princípio da reserva do possível é uma escusa aceita normativamente para que às necessidades públicas não sejam exigidas do Estado, em face da sua omissão. Entretanto, é evidente que ela não se aplica quando se tratar de omissão estatal na prestação dos direitos fundamentais sociais componentes do mínimo existencial, cuja prestação por parte do Estado é razoavelmente esperado pela coletividade.

Ao julgar o Recurso Especial 1.389.952-MT sobre os direitos fundamentais do preso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a reserva do possível não poderá ser usada como óbice ao mínimo essencial. Neste sentido, é o Informativo 0543 de 13 de Agosto de 2014, que publicou julgado do referido recurso:

Direito constitucional e administrativo. Controle jurisdicional de políticas públicas relacionado a inúmeras irregularidades estruturais e sanitárias em cadeia pública (...) a alegação de ausência de previsão orçamentária não impede que seja julgada procedente ação civil pública que, entre outras medidas, objetive obrigar o Estado a adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária para reformar a referida cadeia pública ou construir nova unidade, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. De fato, evidenciase, na hipótese em análise, clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso (art. 5º,

<sup>41</sup> Segundo o doutrinador Paulo Soares Bugarin, a economicidade corresponde ao fato de que “o gestor público deve, por meio de um comportamento ativo, criativo e desburocratizante tornar possível, de um lado, a eficiência por parte do servidor, e a economicidade como resultado das atividades, impondo-se o exame das relações custo/benefício nos processos administrativos que levam a decisões, especialmente as de maior amplitude, a fim de se aquilatar a economicidade da escolha entre diversos caminhos propostos para a solução do problema, para a implementação da decisão” (BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar. Brasília: revista do Tribunal da União – Fórum Administrativo, 2001, p. 240).

<sup>42</sup> José dos Santos Carvalho Filho afirma que “o controle de mérito dos atos administrativos é privativo da administração pública e, logicamente, não se submete à sindicabilidade no Poder judiciário, cabendo a este apenas o controle de legalidade dos atos administrativos”, sob pena de violação do Princípio da Separação dos Poderes (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 957).

XLIX, da CF) e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial. Nessas circunstâncias - em que o exercício da discricionariedade administrativa pelo não desenvolvimento de determinadas políticas públicas acarreta grave vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição -, a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de implementar, concreta e eficientemente, os valores que o constituinte elegeu como "supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social", como apregoa o preâmbulo da CF. Há, inclusive, precedentes do STF (RE-AgR 795.749, Segunda Turma, DJe 20/5/2014; e ARE-AgR 639.337, Segunda Turma, DJe 15/9/2011) e do STJ (AgRg no REsp 1.107.511-RS, Segunda Turma, DJe 6/12/2013) endossando a possibilidade de excepcional controle judicial de políticas públicas. Além disso, não há, na intervenção em análise, ofensa ao princípio da separação dos poderes. Isso porque a concretização dos direitos sociais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. Tratando-se de direito essencial, 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. (...) Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da **teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada [grifo nosso].** (...) Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. **É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial [grifo nosso].** Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Recurso Especial n.º 1.389.952, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 03 de junho de 2014. Lex: Informativo de Jurisprudência do STJ.- DJE, 13 Ago. 2014.

O Tribunal afirmou que a reserva do possível teve origem na Alemanha, tendo o Direito Alemão construído essa teoria no sentido de que o indivíduo só poderia requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Entretanto, na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não poderia exigir do Estado prestações supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arcasse com esse ônus. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, País no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna, razão pela qual a reserva do possível não poderia se sobrepor ao mínimo existencial em matéria de direitos fundamentais.

#### **4.3. Direitos fundamentais sociais básicos, reserva do possível e o mínimo existencial: uma ponderação de valores.**

Os direitos sociais fundamentais são fundados no princípio da dignidade humana e devem ser concretizados pelo poder público, em relação a isto não há qualquer dúvida. No intuito de dirimir o conflito aparente que surge entre os princípios do mínimo existencial x reserva do possível, para a observância do orçamento público constitucional, recorre-se a técnica da ponderação de valores, no intuito de que o juiz conceda a decisão mais justa possível.

A ponderação aqui proposta faz uso da aplicação técnica da proporcionalidade (ponderação de interesses), que passou a ser possível por intermédio do neoconstitucionalismo, tema já abordado neste trabalho, em que a regra divide o cenário do Direito com os princípios.<sup>44</sup>

Neste contexto, na existência de conflito entre as regras utiliza-se o método de resolução do “tudo ou nada”, em que uma regra deixa de ser aplicada em detrimento da outra, retirando do ordenamento jurídico uma delas. Já em relação aos princípios, estes não estão no campo da validade, assim como as regras, mas no campo do peso<sup>45</sup>, não podendo, no conflito entre princípios, aplicar um em detrimento de outro, mas meramente afastar um deles para privilegiar o outro mais adequado à solução do conflito. No entanto, nesta situação, o

<sup>44</sup> A ideia da proporcionalidade advém da definição de harmonização.

<sup>45</sup> Os princípios pertencem ao campo do peso, ou seja, o princípio que tem mais peso é que será aproveitado, no entanto, o outro ainda continua no sistema jurídico.

princípio desprivilegiado continua no ordenamento jurídico, já que não há a declaração de sua invalidade.

Desta forma, na ponderação de interesses, a harmonização entre os princípios é realizada sempre com o objetivo de resguardar o núcleo do princípio, tendo em vista que este não pode ser atingido, e sendo assim, o princípio não pode ser retirado do ordenamento jurídico. Este núcleo é definido de acordo com a interpretação no caso concreto, já que é impossível estabelecer uma regra geral para definir o núcleo do princípio, que pode ser reduzido ou expandido, mas jamais extinto.

Sob esta ótica, e seguindo o modelo de Alexy (2008, p. 171) em relação a sua técnica de sopesamento ou ponderação, estudam-se os princípios como mandamentos de otimização e a máxima da proporcionalidade, como a técnica propriamente dita, por intermédio de seus critérios sucessivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, objeto de capítulo próprio neste trabalho.

Ponderação de valores corresponde à ideia de privilegiar um Princípio Constitucional em um caso concreto, sem afastar totalmente a aplicação de outro princípio, harmonizando ambos. Observar a técnica da ponderação é preservar os princípios fundantes do Estado democrático de Direito. Neste sentido, as lições de Gustavo Binbenojm:

Mais do que uma mera técnica de decisão judicial ou administrativa, a ponderação erige-se hodiernamente em verdadeiro princípio formal do direito (e, por evidente, também do direito administrativo) e de legitimação dos princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. Daí se dizer que o Estado Democrático de Direito é um Estado de Ponderação (BINENBOJM, 2006, p. 33).

Quando há o choque entre princípios, deve ser resguardada a preservação do núcleo do princípio. O grande problema é como será realizada a identificação deste núcleo, mostrando-se em uma tarefa árdua, tendo em vista tratar-se de uma interpretação para se definir o núcleo do princípio, que ficará a critério do intérprete da norma diante do caso concreto. Cabe destacar, que o princípio da dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais, porém isto não resolve o problema, visto que subsiste a dificuldade para identificar o limite deste princípio.

Cabe informar que mesmo possuindo origens históricas diferentes<sup>46</sup>, atualmente a melhor doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a

<sup>46</sup> No direito costumeiro, a aplicação de precedentes se dá em conjunto com normas jurídicas, em que o juiz irá mediar o sistema jurídico aplicando a equidade. Desta forma, aplica-se ou não o precedente no caso concreto e

proporcionalidade e a razoabilidade são sinônimas, uma vez que os critérios utilizados para realizar a ponderação ou sopesamento, são os mesmos, em que o resultado prático também é convergente.

Neste sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, é participante da corrente doutrinária que defende a similaridade dos princípios ora em questão, destacando suas funções como se uma só fosse:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (MENDES, 2001, p. 33)<sup>47</sup>.

Neste mesmo diapasão, Virgílio Afonso da Silva cita o posicionamento de Luís Roberto Barroso acerca do tema: "é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira" (SILVA, 2002, p.6).

---

em caso de ausência de precedentes julgará de acordo com suas próprias convicções principiológicas, ou seja, fazendo uso da razoabilidade no caso concreto. Este fato é inerente da *Common Law*. Na proporcionalidade, o juiz aplica o direito positivado, sendo passível, sua decisão, de revisão. Então, o que o juiz faz no caso concreto é verificar se a legislação é proporcional e se atende o seu objetivo. Para tanto, cabe realizar um breve relato sobre sua origem, o que pode trazer a tona algumas diferenças sutis, já que o método de aplicação de ambas segue a mesma fórmula. A razoabilidade teve sua origem no direito inglês, contudo, melhor desenvolvido no direito americano, em que se deriva do devido processo legal substantivo (O Poder constituinte Originário traduziu a expressão americana *due process of law*, no art. 5º LIV da CRFB/88, para devido processo legal se referindo ao CPP e CPC. Contudo, Nelson Nery Junior esclareceu que constitucionalmente o devido processo legal estava relacionado ao processo justo a disponibilizar as partes. Ou seja, é o devido processo de justiça substancial, em que para isso ocorrer nos Estados Unidos utiliza-se a razoabilidade e na Alemanha, a proporcionalidade. Depois desta posição de Nelson Nery Junior, o STF passou aplicar proporcionalidade/razoabilidade, como sinônimos): "A essência do substantive *due process of law* reside, assim, na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que revele opressiva, arbitrária ou destituída de necessário coeficiente de razoabilidade" (SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação Constitucional Operativa: princípios e métodos*. 1.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001. p. 80). Em outras palavras, as decisões do Poder Público devem atender a critérios do justo, alicerçando-os no ordenamento jurídico da *Common Law*. "O princípio da razoabilidade na limitação da liberdade individual foi magistralmente sintetizado na fórmula de Romagnosi: o mínimo de sacrifício com o máximo de resultados." (SILVA, Celso de Albuquerque. 2009, p. 78). Já a proporcionalidade vem do Direito Alemão, introduzido na atual Constituição Federal, a Constituição de Bonn, concretizado no pós-guerra (2ª Guerra Mundial). Está ligado, no direito europeu, mais precisamente no direito francês, no desenvolvimento das teorias do desvio de finalidade e excesso de poder em sede administrativa. A ideia criada pelo Tribunal Alemão, ao aplicar este princípio, é de que o princípio da Reserva Legal tem que estar revestido da proporcionalidade, ou seja, o legislador proporcional para assim se trabalhar a ideia de justiça.

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 de outubro de 2013.

O princípio da proporcionalidade, segundo Robert Alexy, corresponde a uma regra de segundo grau, já que não faz o menor sentido de ser um princípio, haja vista que serve como uma técnica de ponderação do conflito de outros princípios.<sup>48</sup> A ponderação é, portanto, uma regra de segundo grau, que corresponde numa norma que rege as outras, ou seja, a colisão de princípios. Alexy (2008, p. 117) afirma que “quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico, para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei da colisão”.<sup>49</sup>

Sendo assim, segundo o modelo proposto por Alexy, a máxima da proporcionalidade é que determina qual princípio, em caso de colisão, será otimizado, diminuindo a aplicação do outro no jogo da ponderação.

Diante do que até aqui foi exposto, nota-se que a solução para o conflito existente entre a reserva do possível e o mínimo existencial ficará sempre a cargo do Poder Judiciário que realizará a ponderação dos direitos envolvidos, aplicando ao caso um princípio em detrimento do outro, porém sem afastar por completo qualquer dos dois princípios, tentando fazer uma harmonização entre ambos.

#### **4.4 A Contribuição do Poder Judiciário nas políticas públicas dos direitos fundamentais sociais à luz do Mínimo Existencial**

Com a inércia do Poder Legislativo, que não efetiva adequadamente os direitos sociais previstos na Carta Magna, seja por não editar as leis ou por não aprová-las, e do Poder Executivo que não destina recursos suficientes para as áreas sociais, os indivíduos cada vez mais vem procurando o Poder Judiciário na tentativa de satisfazerem suas necessidades relativas aos direitos sociais inadiáveis.

Neste cenário, o Poder Judiciário entra com papel de destaque na tentativa de sanar as omissões estatais e resguardar a aplicação dos direitos fundamentais sociais, sobretudo o da saúde.

Esta competência do Poder Judiciário decorre do sistema de freios e contrapesos previsto na Constituição Federal de 1988, dado que o princípio da separação dos Poderes não é absoluto, possibilitando uma fiscalização de um Poder do Estado para com o outro, em

<sup>48</sup> Conclusão tirada da nota de rodapé nº 84 da obra Teoria dos Direitos Fundamentais, Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2008, p. 117.

<sup>49</sup> Alexy propõe critérios de sopesamento dos princípios em choque, para evitar arbítrios por parte do intérprete.

relação às suas funções típicas, na garantia de resguardar o bem da coletividade e a obediência aos comandos constitucionais.

A respeito desta concretização dos direitos fundamentais sociais, o Supremo Tribunal Federal vem sendo provocado com grande frequência para decidir conflitos relativos à alegação de ausência de recursos financeiros do Estado para concretizar os direitos fundamentais sociais da coletividade.

O direito fundamental à saúde é uma prerrogativa jurídica indisponível e inadiável resguardada à generalidade das pessoas pela Constituição Federal, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas adequadas para que todos os cidadãos possam ter o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Destaca-se que o direito fundamental à saúde é consequência direta ao direito à vida e em matéria de vida, não é possível haver adiamentos, como vem ocorrendo com as políticas públicas nesta área.

#### 4.4.1 A análise do RE 581.352/AM

Ao julgar o RE 581352/AM interposto pelo Ministério Público do Estado do Amazonas em sede de Ação civil pública, o STF constatou o descaso das autoridades responsáveis pelos serviços e ações de saúde no atendimento pré e perinatal conforme as diretrizes do Sistema Único de Saúde. A referida ação foi ajuizada em virtude do óbito de uma parturiente que se deu em virtude da falta de atendimento eficaz e imediato nas unidades de saúde integradas e conveniadas ao Sistema de saúde pública.

No que tange ao direito da gestante de ter um acompanhamento pré, perinatal e pós-natal, a lei 8.069/90 em seu artigo 8º prevê que:

Art. 8º. É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, **às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde** [grifo nosso].

§1º. O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.<sup>50</sup>

<sup>50</sup> A Conferência de Alma-Ata, promovida pela Organização Mundial da Saúde em 1978, aprovou, por unanimidade, como meta de seus países membros a "saúde para todos no ano 2000", tendo como definição de atenção primária "uma atenção à saúde essencial, baseada em métodos e tecnologias práticas, cientificamente comprovadas e socialmente aceitáveis, cujo acesso seja garantido a todas as pessoas e famílias da comunidade mediante sua plena participação, a um custo que a comunidade e o país possam suportar, em todas as etapas de

§2º. Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

§3º. Os serviços de saúde onde o parto for realizado assegurarão às mulheres e aos seus filhos recém-nascidos alta hospitalar responsável e contrarreferência na atenção primária, bem como o acesso a outros serviços e a grupos de apoio à amamentação.

§4. Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.

§5º. A assistência referida no § 4º deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.

§6º. A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato.

§7º. A gestante deverá receber orientação sobre aleitamento materno, alimentação complementar saudável e crescimento e desenvolvimento infantil, bem como sobre formas de favorecer a criação de vínculos afetivos e de estimular o desenvolvimento integral da criança.

§8º. A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e o parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

§9º. A atenção primária à saúde fará a busca ativa da gestante que não iniciar ou que abandonar as consultas de pré-natal, bem como da puérpera que não comparecer às consultas pós-parto.<sup>51</sup>

Importante lembrar que a Constituição da República dispõe que a proteção à maternidade é um direito fundamental social<sup>52</sup>, e sendo assim, na forma do artigo 5º, §1º da Carta Magna, possui aplicação imediata.

Ocorre que o Poder Público, ao pretexto de falta de recursos financeiros, não efetiva adequadamente o referido direito fundamental, apontando o princípio da reserva do possível para justificar a sua omissão.

Diante deste quadro trágico o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE 581.352 AgR/AM destacou que a reserva do possível não poderá prevalecer quando puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo essencial. Neste sentido:

---

seu desenvolvimento, com espírito de auto-responsabilidade e autodeterminação. A atenção primária é parte integrante tanto do sistema nacional de saúde, do qual se constitui como função central e núcleo principal, como do desenvolvimento social e econômico global da comunidade. Representa o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema de saúde, levando a atenção à saúde o mais próximo possível de onde residem e trabalham as pessoas, constituindo o primeiro elemento de um processo permanente de assistência sanitária” (OMS, 1979, p. 64).

<sup>51</sup> BRASIL. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990. Disponível em < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm) >. Acesso em: 21 jul. 2016.

<sup>52</sup> Dispõe o Art. 6º da CRFB/1988: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição; e o Parágrafo 1º do artigo 5º da CRFB/1988: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em 21 jul. 2016.

**E m e n t a:** ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais dever – estatal de assistência materno-infantil resultante de norma constitucional obrigação – jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-membros – configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado-membro desrespeito à constituição provocado – por inércia estatal (RTJ 183/818-819) – comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) a – questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) **o papel do Poder Judiciário na – implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo Poder Público a fórmula da reserva do possível na – perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado** [grifo nosso] – a teoria da “restrição das restrições” (ou caráter cogente e da “limitação das limitações”) – vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227) a questão das “escolhas trágicas” – colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito controle –jurisdicional legitimidade omissão de da do Estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) doutrina precedentes do – Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687; RTJ 175/1212 –1213; RTJ 199/1219-1220) possibilidade jurídico- processual de utiliza das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social ação civil pública: instrumento –processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do ministério público (CF, art. 129, iii) a função institucional do ministério público –doutrina como “defensor do povo” (CF, art. 129, ii) –74 precedentes –recurso de agravo improvido.<sup>53</sup>

O legislador reconheceu o direito público subjetivo aos indivíduos e, ainda o dever do Estado de garanti-lo por meio de políticas públicas e econômicas destinadas à redução de doenças e outros agravos, bem como o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. Ag. Reg. no Recurso extraordinário n.º 581352, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. Lex: Jurisprudência do STF. Diário do judiciário eletrônico – DJE, 22 Nov. 2013.

Outrossim, importante apontar aqui que o regime da seguridade social<sup>54</sup> garante a todos o **direito subjetivo à saúde**, a previdência e a assistência social, legitimando o indivíduo a exigir tais direitos do Estado.

Neste sentido, o ministro Celso de Mello, ao proferir o seu voto na ADPF nº 45/DF, afirmou que 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, resultando em verdadeira inconstitucionalidade por omissão, que poderá ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. Destaca-se que a referida ação de controle tinha por objetivo a análise de um veto presidencial do parágrafo 2º, do artigo 55 (posteriormente renumerado para artigo 59) da lei 10.707/2003 (Lei de diretrizes orçamentárias), que dispunha da seguinte redação:

“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.”<sup>55</sup>

Com o veto, o chefe do Poder Executivo Federal desrespeitou preceito fundamental decorrente da EC 29/2000<sup>56</sup>, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Abaixo a ementa da ADPF 45/DF:

**Ementa:** 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, 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**

<sup>54</sup> A seguridade social é o conjunto de ações e instrumentos por meio do qual se pretende alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Essas são diretrizes fixadas na própria Constituição Federal no artigo 3º. Ou seja, o sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua existência, provendo-lhe a assistência e recursos necessários para os momentos de infortúnios.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei 10.707 de 30 de Julho de 2003. Lei de Diretrizes Orçamentárias. Brasília, 2003. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.707.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.707.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

<sup>56</sup> Atualmente o artigo 198, §2, I, da CRFB/88 dispõe que a União deverá aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2016.

**consubstanciador do "mínimo existencial"** [grifo nosso]. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).<sup>57</sup>

Quando o Estado deixa de cumprir, 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.

Andrade (2001, p. 207), afirma que não é atribuição típica e ordinária do Poder Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, porem tal incumbência, poderá excepcionalmente ser atribuída ao julgador, quando os órgãos estatais competentes descumprirem encargos políticos jurídicos que sobre eles incidem, vindo a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos fundamentais individuais, não sendo razoável a afirmativa do Poder Público que faltam recursos financeiros suficientes, dada a garantia do mínimo existencial que tem relação direta com a dignidade da pessoa humana.

#### 4.4.2 A análise do ARE 745.745 AgR/MG

O Referido Agravo foi interposto pelo Município de Belo Horizonte contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário que havia interposto visando à reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que reconheceu a omissão do Município em promover ações de assistência de menores com deficiências. Por oportuno, vale destacar trecho da decisão emanada pelo Tribunal mineiro:

Anoto que é fato incontroverso a inexistência de rede municipal de assistência à pessoa portadora de deficiência física, visual, auditiva, com paralisia cerebral, distúrbios comportamentais, deficiência mental ou com autismo capaz de atender a demanda do Município de Belo Horizonte. Estes os fatos. No que respeita ao direito, anoto que o art. 196 da Constituição da República dispõe que a saúde é direito de todos e o Estado tem o dever de promover ações preventivas ou de recuperação de quem esteja doente. A norma constitucional enfocada decorre do princípio da dignidade humana estabelecido no art. 1º, III, da mesma Constituição (...). **Ressalto que é certo que o Poder Judiciário não pode substituir o Poder Executivo na prática do ato administrativo. A missão constitucional deste é a de**

<sup>57</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Publicação: 04/05/2004. Informativo de Jurisprudência do STF nº 345/2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições) >. Acesso em: 20 jul. 2016.

**exercer o controle judicial do referido ato** [grifo nosso]. Deve distanciar-se do critério político, isto é, fica circunscrito apenas em verificar se o agente público atuou dentro dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade, bem como aos atributos do mesmo ato. Todavia, quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo o cumprimento de obrigação constitucional e legal, não está substituindo o Administrador Público, mas apenas determinando que se cumpra a lei. Não se pode perder de vista que o objetivo maior do Administrador é o bem estar público. E, no caso, este bem-estar é a proteção das crianças e adolescentes em situação de riscos, os quais, efetivamente, têm o direito de serem amparados pelo Poder Público. **E este, insista-se, tem a obrigação, dentre outras, de garantir a assistência integral à saúde, conforme estabelece o § 1º, do art. 227, da Constituição da República. Está patenteado o desrespeito ao direito à saúde constitucionalmente assegurado ao menor** [grifo nosso]. E, na condição de executor das ações e serviços afetos ao sistema único de saúde, o apelante voluntário omitiu-se quanto ao seu dever elementar. Portanto, a sentença está correta e merece integral confirmação.<sup>58</sup>

Ao analisar o recurso extraordinário, o Ministro relator Celso de Mello proferiu decisão monocrática negando seguimento ao mesmo sob o fundamento de que o acórdão do TJ/MG foi exarado em conformidade com a Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Contra essa decisão monocrática, foi interposto Agravo que foi julgado pelo colegiado da Suprema Corte, nos termos da seguinte ementa:

Ementa: recurso extraordinário com agravo (lei nº 12.322/2010) – manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente – dever estatal resultante de norma constitucional – **configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao município – desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819)** – [grifo nosso] comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental da república (RTJ 185/794-796) – a questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do poder judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Direito Administrativo. Apelação n.º 3494148-31.2007.8.13.0024. Relator: Desembargador Caetano Levi Lopes, MG, 30 de agosto de 2011- DJE, 20 Set. 2011. Disponível em [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024073494148001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024073494148001&select=2](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024073494148001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024073494148001&select=2) Acesso em: 21 jul. 2016.

conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197) – a questão das “escolhas trágicas” – a colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais é de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do poder público: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na constituição da república (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – recurso de agravo improvido.

Como questão central do presente caso, o Supremo analisou a legitimidade do Poder Judiciário para analisar questões políticas afetas ao Poder Executivo e Poder Legislativo em implementar ações que resguardem o direito fundamental social à saúde.

Não é demais lembrar que tais atribuições afetas aos Poderes eleitos pelo povo estão previstas na Carta Magna e não correspondem a atos discricionários, na medida em que a Constituição da República dispõe expressamente em seu artigo 196, que “a saúde é direito de todos e **dever do Estado**” [grifo nosso].

Sendo assim, havendo uma recusa arbitrária do Poder Público em conferir significação real ao direito social da saúde, tornar-se legítima, e, portanto, sem ofensa ao princípio da Separação dos Poderes, a atuação do poder judiciário.

O desprestígio da Constituição, através da inércia de órgãos meramente constituídos representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado (LOEWENSTEIN, KARL, 1983, p. 222).

Ao julgar o Agravo o Supremo Tribunal Federal afirmou que a concretização dos direitos fundamentais sociais através de ação judicial é válida sempre que se impuser nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer à decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

De fato a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais depende sobremaneira de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, sendo certo que se comprovado de forma objetiva a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, não será razoável exigir desta a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Porém, na visão do Ministro Celso de Mello (ADPF 45/DF), não é lícito ao Estado criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – 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.

Oportuno destacar que na esteira do controle judicial dos atos administrativos, a doutrina majoritária do Direito Administrativo afirma que só será legítimo no que pertine ao exame de legalidade, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido da possibilidade do controle de oportunidade e conveniência (mérito administrativo) dos atos administrativos, quando se deparar com situação que demande atuação estatal positiva, para concretizar direitos fundamentais sociais.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social se deu através da consagração destes direitos sociais, que reclamam do Estado mais que a abstenção necessária ao respeito dos já reconhecidos direitos-liberdade (notadamente os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei), mas também uma atuação positiva no sentido de assegurar a sua concretização.

Com efeito, ao contrário da não-intervenção reclamada pelos direitos consagrados no Estado Liberal, ao Estado Social incumbe atuação pró-ativa no sentido de assegurar a fruição dos novéis direitos sociais pelos destinatários, diante de sua qualificação de direitos prestacionais (exigem prestações estatais positivas para sua implementação).

No âmbito dos direitos sociais, a atuação estatal voltada à garantia de sua fruição pelos cidadãos não se restringe ao campo legislativo: incumbe ao legislador dotar o sistema de regramentos que possibilitem o alcance das normas constitucionais, mas também compete à Administração Pública (Poder Executivo) criar mecanismos de implementação desses direitos e garantias. E a forma de concretização dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 é a elaboração e implementação de políticas públicas.

Adotando este raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça proveu parcialmente o recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em sede de Ação civil pública, para compelir o ente municipal a incluir no seu orçamento verba suficiente e indispensável para reativar, em sessenta dias, o programa governamental de tratamento de dependentes de álcool e toxicômanos, por se tratar de Direito Fundamental previsto na Constituição da República e regulamentado no Estatuto da criança e do adolescente.

Segundo o Tribunal, não poderia o Ente Federativo alegar falta de recursos financeiros para não cumprir plano de governo criado por ele para efetivar direito

constitucional, uma vez que ao criar o referido plano deveria ter estudado o impacto orçamentário. Segue a Ementa do Recurso Especial nº 493.811/SP:

Administrativo e processo civil – ação civil pública – ato administrativo discricionário: nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.<sup>59</sup>

A ministra relatora Eliana Calmon afirmou que o Estado estaria obrigado a cumprir o seu plano de governo, e que a interpretação moderna do Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para afirmar que existe legitimidade do Poder Judiciário para compelir os demais Poderes do Estado a cumprir os programas sociais.

Ainda no âmbito no Superior Tribunal de Justiça, importante aqui destacar o Recurso Especial nº 429.570/GO interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás, que abordou a legitimidade do Poder Judiciário de analisar questão afeta a obrigação do Estado em realizar obras de recuperação do solo, na garantia de resguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Abaixo, a ementa do julgado:

Administrativo e processo civil – ação civil pública – obras de recuperação em prol do meio ambiente – ato administrativo discricionário. **1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo [grifo nosso].** 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.<sup>60</sup>

Cabe lembrar que a Constituição Federal, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia

<sup>59</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Recurso Especial nº 493.811, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. Lex: Informativo de Jurisprudência nº 191 do STJ.– DJE, 15 Mar. 2004. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=493811&operador=e&b=1NFJ&thesaurus=JURIDICO>> Acesso em: 21 jul. 2016.

<sup>60</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. Recurso Especial nº 429.570, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Relator: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. Lex: Informativo de Jurisprudência do STJ.– DJE, 22 Mar. 2004. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1023825&tipo=5&nreg=200200461108&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040322&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 21 jul. 2016.

qualidade de vida, e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo, e ainda elenca uma série de ações de incumbência do Poder Público para assegurar a efetividade deste direito.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental social porque como bem de uso comum do povo (portanto, difuso), integra o patrimônio coletivo. Resta que não é possível, apropriar-se individualmente de parcelas do meio ambiente para consumo privado, pois a realização individual deste direito fundamental está intrinsecamente ligada à sua realização social.

Uma vez não implementadas as ações sociais para resguardar o direito fundamental social em comento, restaria ao Poder Judiciário o controle de legalidade e inconstitucionalidade desta omissão estatal, a luz dos direitos previstos na Carta Maior, não se tratando, portanto, de ofensa à Separação dos Poderes, haja vista que cabe obrigatoriamente aos Poderes Executivo e Legislativo, direcionar recursos suficientes para resguardar os direitos fundamentais sociais, em decorrência da garantia da dignidade da pessoa humana. Não podendo a administração pública se socorrer do princípio da reserva do possível para se desincumbir do dever constitucional de prover minimamente o essencial ao indivíduo, para que este tenha existência digna.

No passado, o Judiciário estava atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes tão somente à lei. A visão literal deste princípio transformou o Poder Legislativo num super poder, com supremacia absoluta, que fez do Poder Executivo um parceiro, este com a prerrogativa do mérito administrativo, segundo a qual a administração pública teria a escolha de fazer ou não algo, segundo critérios de oportunidade e conveniência.

No final do Século XX, o Brasil, já atrasado, promoveu a sua revisão crítica do Direito, retirando do Legislador a supremacia de super poder, ao realizar nova interpretação ao princípio da legalidade.

É bem verdade que a correta interpretação do princípio da legalidade deve considerar não só a atribuição de competência legal aos agentes públicos, mas também uma certa liberdade de escolha do administrador, para que este possa auferir caso a caso, segundo o interesse público, o que seria mais oportuno e conveniente naquele momento para a coletividade. Porém, esta certa liberdade de escolha não poderá ocorrer com arbítrio, sob pena de ilegalidade.

Para fiscalizar o administrador, surge o Poder Judiciário, legitimado pela carta Magna de 1988 para realizar o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento da administração pública.

Aos poucos esse controle exercido pelo Poder Judiciário foi ganhando força, e hoje, já se admite que o mesmo seja feito não apenas sob o aspecto de legalidade, como também sob o aspecto político, desde que a escolha do administrador corresponda a uma omissão específica de atribuições constitucionais, no sentido de garantir um direito fundamental social.

Essa foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal no ARE 745.745, ao dispôr que a cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada pelo Estado (salvo justo motivo objetivo comprovado), com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, 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.

Destarte, tratando-se de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.

Diante deste conflito, que corresponde na prevalência da proteção a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, ou do interesse financeiro e secundário do Estado, o Supremo Tribunal Federal entende haver apenas uma opção, a mais adequada ao texto constitucional, qual seja, o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, haja vista que estas são qualificadas como direitos subjetivos inalienáveis e inadiáveis.

#### **4.4.3 A análise do ARE 639.337 AgR/SP**

O Agravo em análise foi interposto pelo Município de São Paulo contra a decisão monocrática do ilustre relator Ministro Celso de Mello, que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo referido Município para reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reconheceu a omissão do Poder Público Municipal em implementar políticas públicas na área de educação, voltada ao atendimento das crianças em creches e pré-escolas. A ementa do julgado foi publicada nos seguintes termos:

Ementa: criança, de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público - doutrina - jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - **educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, IV, na redação dada pela ec nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211, § 2º) - legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes [grifo nosso]- proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática - questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário - princípio “jura novit curia” - invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade - recurso de agravo improvido. políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do poder judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional.<sup>61</sup>**

A educação infantil corresponde a um direito fundamental social indisponível, previsto no artigo 208, IV da Carta Magna de 1988, que direcionada 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.

A Constituição da República afirma que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito subjetivo público, restando clara a obrigação da administração pública em garantir este direito, 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.

Desta feita, resta cristalina que a atuação do Poder Público em resguardar o texto constitucional não se trata de mera discricionariedade, mas sim de conduta vinculada a vontade do legislador constitucional.

Ao julgar o recurso em tela, o Supremo Tribunal Federal afirmou que os Municípios, são responsáveis por atuar prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil,

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Informativo de Jurisprudência do STF. DJE: 15 Set. 2011. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

conforme previsto no §2º do artigo 211 da Constituição da República, e desta forma, não podem demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado. Este seria, portanto, um fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche, 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.

Segundo a Suprema Corte Constitucional, este papel concretizador poderá ser realizado excepcionalmente pelo Poder Judiciário sempre que os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculado e obrigatório, e em razão desta omissão houver risco da eficácia e integridade dos direitos sociais de estatura constitucional.

Destaca-se que a inércia estatal em observar as imposições constitucionais vinculadas, pode ser compreendida como gesto de desprezo pela autoridade da Constituição, configurando por isso comportamento reprovável, a fim de que possa ser evitado.

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

Mais uma vez, ao analisar o recurso em comento, o Supremo afirmou que a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, frustrar ou inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, devido ao fato de encontrar insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, a ideia de mínimo existencial resultaria de forma implícita de determinados preceitos constitucionais, correspondentes a um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de

existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Neste sentido:

A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil, objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas.<sup>62</sup>

Ante o exposto, nota-se que a jurisprudência da Suprema Corte Constitucional afirma que é inaceitável a conduta estatal no sentido de aplicar a conveniência e a oportunidade para escolher o melhor para os governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

Cabe ainda lembrar, que não se pode atribuir indevidamente ao Poder Judiciário uma intrusão indevida em esfera reservada aos demais Poderes da República. Isso porque dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, inclui-se a sua obrigação de fazer prevalecer à primazia da Carta Magna, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos Poderes Públicos.

Em verdade, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, o Supremo Tribunal Federal nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com sua atuação, o respeito absoluto que tem pela superioridade da Lei Fundamental da República.

#### **4.5 O Juízo de ponderação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175-AgR/CE.**

A criação e formulação das políticas públicas, conforme abordado, depende de uma decisão política, haja vista que para que os direitos sociais sejam efetivados se faz necessária a sua inclusão na previsão orçamentária. Em outras palavras, quando o legislativo for aprovar o orçamento realizado pelo executivo, a receita que será usada para concretizar os direitos sociais deve estar apontada no orçamento anual.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Revista Trimestral de Jurisprudência- RTJ 199/1219-1220. Número 3. Brasília. DJE: Mar. 2007. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/199\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/199_3.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

Destaca-se que atualmente o Poder Judiciário não exerce mais o papel idealizado no modelo de Montesquieu<sup>63</sup>, em que tinha um papel de mero limitador do Poder absoluto, ou, na visão mais conservadora com base na teoria da separação dos poderes, a criação do direito era papel exclusivo do Poder Legislativo. As Constituições atuais, no Estado Democrático de Direito, permitem uma expansão do Judiciário, que passa a ser o maior defensor dos direitos fundamentais, inclusive o coloca como interventor das políticas públicas. Nesse sentido, CRISTÓVAM<sup>64</sup> afirma que:

A supremacia da Constituição e o caráter vinculante dos direitos fundamentais são os traços característicos do Estado constitucional, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais e pela consolidação de um modelo substancial de justiça, conforme pensado pelas teorias pós-positivistas que vem sustentando a consolidação do que se pode referir como o novo constitucionalismo. A superação do positivismo jurídico exige uma revisão de vários institutos jurídicos e inúmeras teorias que, embora servissem ao modelo liberal de Estado de direito, atualmente não se sustentam no seio do novo constitucionalismo: a teoria liberal da separação de poderes, a própria noção de soberania, o papel do Poder Judiciário no controle da Administração Pública, o controle jurisdicional da discricionariedade e do mérito administrativo, e, o objetivo central deste texto, a justiciabilidade de políticas públicas (CRISTÓVAM, 2005).

Sendo assim, a formulação das políticas públicas não pode ficar a cargo exclusivo dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao Poder Judiciário o exercício do controle social, na intenção de fiscalizar a efetiva promoção dos valores constitucionalmente assegurados à sociedade.

Em relação ao direito social à saúde, é crescente o número de ações judiciais propostas em que se busca a proteção de tal direito e, conseqüentemente, com a crescente interferência judicial na atividade legislativa e executiva.

Diante desta realidade, a presente dissertação pretende, ainda que timidamente, colaborar com a discussão a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no

<sup>63</sup> “O poder político uno e indivisível, manifesta-se por meio de funções: executiva, legislativa e judiciária. Partindo desse pressuposto, o fenômeno da separação dos poderes nada mais é do que a separação das funções estatais dos diferentes órgãos do Estado. Locke dividiu os poderes em dois: legislativo e executivo, já Montesquieu dividiu em três: legislativo, executivo e judiciário. As funções legislativas eram a criação e aperfeiçoamento das leis; a função executiva consistia basicamente na resolução das questões internacionais (declaração de guerra, determinação de paz); por fim, a função judiciária, que era a faculdade de punir os crimes e julgar os dissídios de ordem cível.” ALMEIDA, Renata Laís Künzler Alves de e ACIOLI, Catarine Gonçalves. A judicialização de políticas públicas de saúde referentes ao fornecimento de medicamento e a efetividade do princípio da supremacia do interesse público. Disponível em: <<http://revistas.cesmac.edu.br/index.php/refletindo/article/view/130>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

<sup>64</sup> CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7254/breves-consideracoes-sobre-o-conceito-de-politicas-publicas-e-seu-controle-jurisdicional>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 (AgR na STA 175/CE) sobre o direito à saúde, na qual muitas questões foram examinadas e limites à atuação judicial foram propostos. Segue a ementa do julgado:

Ementa: suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. art. 196 da constituição. Audiência pública. sistema único de saúde - sus. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial 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 públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>65</sup>.

Cabe esclarecer que o referido agravo regimental usado aqui como paradigma, foi interposto pela União, contra a decisão que indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, ajuizada contra a decisão proferida pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região no processo nº 0003148-80.2006.4.05.8100. A decisão agravada indeferiu o pedido por não constatar grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública, mantendo a antecipação de tutela concedida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento chamado Zavesca (miglustat), em favor da pessoa beneficiada pela ação.

Diante do exposto, constata-se que fora concedida uma antecipação de tutela que determinou a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza a fornecer o medicamento Zavesca (Miglustat) para uma paciente portadora de patologia denominada Niemann-Pick tipo C.

O tratamento foi orçado em R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês, sendo certo que a época em que o Ministério Público Federal ajuizou a ação, o medicamento não estava previsto nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde, bem como não havia sido contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública. Vejamos trecho do julgado do Tribunal Regional Federal:

(...) nos termos da norma constitucional (arts. 5o, 6o, 196 e 227), o direito à saúde é marcado por sua "fundamentalidade", considerando-se mesmo que sua garantia é expressão de resguardo da própria vida, maior bem de todos, do qual os demais direitos extraem sentido. Analisando o conceito de "fundamentalidade", j. j. Gomes Canotilho concebe-o sob duas perspectivas: a "fundamentalidade formal", correspondente à constitucionalização, à localização de direitos reputados fundamentais no ápice da pirâmide

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. STA 175- AgR / CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: 30/04/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em 10 nov. 2015.

normativa, com as conseqüências, desse fato, derivadas - demarcação das possibilidades do ordenamento jurídico e vinculatividade dos poderes públicos -, e a "fundamentalidade material", identificadora dos direitos fundamentais a partir do seu conteúdo "constitutivo das estruturas básicas do estado e da sociedade", permissiva do reconhecimento de outros direitos não expressamente tipificados no rol constitucional, mas equiparáveis e dignidade e relevância aos direitos formalmente constitucionais ("norma de *fattispecie* aberta"). Em ambas as visões, exsurge a magnitude da essencialidade, embora seja patente a maior significância compreensiva da segunda. "no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (José Afonso da Silva). Os direitos fundamentais cumprem, nessa contextura, determinadas funções: exigem prestações do estado, protegem diante do poder público e de terceiros, fomentam a paridade entre os indivíduos, designam os alicerces sobre os quais se constrói e se orienta o ordenamento jurídico ("eficácia irradiante"). Têm força, ao mesmo tempo, por assim dizer, de princípio e de regra. A "fundamentalidade" desses direitos justifica sua caracterização como imprescritíveis, inalienáveis, irrenunciáveis, invioláveis e universais. Trata-se, o direito à saúde, de direito individual indisponível, merecedor de amparo através da Ação civil pública(...).<sup>66</sup>

Entretanto, o Supremo afirmou no julgamento do agravo que o alto custo do medicamento, por si só, não é motivo para o seu não fornecimento, haja vista que a política de dispensação de medicamentos excepcionais visa contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

Por outro lado, em seu pleito recursal a União afirmava violação ao princípio da separação dos poderes e as normas e regulamentos do sistema único de saúde, bem como invasão do judiciário no mérito administrativo, haja vista que a definição das políticas públicas voltadas à saúde seria função exclusiva da administração pública. Sustentava ainda, que por falta de previsão legal, não há que se cogitar em responsabilidade solidária entre os entes Federativos para custear o medicamento.

Passando a análise do agravo o relator entendeu que um dos fatores que levam às divergências doutrinárias acerca da proteção do direito à saúde por meio do Judiciário reside na harmonização das doutrinas conhecidas como mínimo existencial e reserva do possível. Gilmar Mendes afirma que os direitos fundamentais, numa dimensão objetiva, contêm uma proibição de intervenção ou de excesso e um postulado de proteção ou proibição de proteção

<sup>66</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Constitucional. Embargos de Declaração em Apelação nº 2006.81.00.003148-1/01 do Tribunal Regional Federal do Estado do Ceará. Relator: Francisco Cavalcanti. Publicação: 16/10/2007. Disponível em < [http://www.trf5.jus.br/data/2007/10/200681000031481\\_20071016.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2007/10/200681000031481_20071016.pdf) > Acesso em: 10 nov. 2015.

insuficiente. Assim, existe um direito à organização e ao procedimento, visto que existem direitos que demandam providências estatais para a sua efetivação.

Com base em informações coletadas na audiência pública sobre saúde, realizada no Supremo Tribunal Federal, o presidente da Corte, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado. Esta foi a primeira vez que o Supremo utilizou subsídios da audiência para fixar orientações sobre a questão.

Após ouvir os depoimentos prestados na audiência pública, que permitiu a participação dos diversos setores da sociedade envolvidos no tema, o ministro Gilmar Mendes entendeu ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Para isso, destacou pontos fundamentais a serem observados na apreciação judicial das demandas de saúde, na tentativa de construir critérios ou parâmetros de decisão.

Segundo o Ministro, deve ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Para ele, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”, entendeu Mendes.

O Ministro salientou ainda que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do Sistema Único de Saúde, o que seria capaz de prejudicar ainda mais o atendimento médico da população mais necessitada. Assim, considerou ele a prevalência do tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Entretanto, o presidente destacou que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo Sistema Único de Saúde deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Os Ministros Ellen Gracie, Eros Grau, Carlos Brito e Marco Aurélio acompanharam o voto do relator. O Ministro Celso de Mello também concordou com o relator, mas trouxe outros argumentos para reforçar a tese adotada pelo Ministro Gilmar e para consolidar o posicionamento da Corte Suprema a respeito do tema.

Exposta a situação, e resumida à decisão, passa-se à análise dos argumentos despendidos pelos Ministros que fundamentaram seus posicionamentos.

Inicialmente, importante destacar que a decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175, pode ser encarada como o grande divisor de águas na judicialização do direito fundamental à saúde, sobretudo no que concerne à omissão do Estado no fornecimento de medicamentos. Isso porque, o acórdão analisado consolida o posicionamento da Suprema Corte brasileira a respeito de um tema amplamente debatido e controvertido, e que reflete um dos maiores anseios dos cidadãos brasileiros a respeito da concretização dos direitos fundamentais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser, de maneira explícita, direito fundamental social e, como tal, acessível a todos, indistintamente. O que significa dizer que o legislador constituinte brasileiro elegeu o direito à saúde como um direito fundamental, prevendo, inclusive, um sistema público e universal de acesso aos serviços e demais meios necessários à garantia da saúde dos cidadãos. Logo, é dever do Estado assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, os quais devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo-se num sistema único organizado de acordo com a diretriz do atendimento integral, dentre outras.

O direito à saúde aparece insculpido como postulado fundamental da ordem social brasileira no art. 6º da Carta Constitucional. Os artigos 196 a 200 da CFRB/1988 esclarecem o papel do Estado na assistência à saúde, sendo que o art. 198 define o Sistema Único de Saúde (SUS). Tais dispositivos constitucionais foram regulamentados através da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde; a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Com efeito, fica o Estado, portanto, obrigado a garantir, aos seus cidadãos, o acesso a serviços e ações de saúde, que devem proporcionar atendimento integral (inciso II do art. 198 da CF), nele compreendido uma adequada assistência médico-hospitalar, a qual pressupõe a oferta de procedimentos (exames, cirurgias etc.) e de medicamentos, ainda que sejam de última geração, pouco importando o seu custo, desde que comprovadamente necessários para a preservação da vida e saúde do usuário do SUS.

Ademais, verifica-se que o legislador constituinte reconheceu que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde” (art. 197), reforçando, assim, a exigibilidade do direito à saúde, atribuindo-lhe o caráter de serviço público essencial.

Tal proteção constitucional seguiu a esteira de tratados internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que em seu artigo XXV, inciso 1,

dispõe: “(...) toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)”.<sup>67</sup>

Outrossim, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, em seu artigo 12, inciso I, prescreve que os Estados signatários reconhecem o direito de “toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”<sup>68</sup>, pacto do qual o Brasil é país signatário; no mesmo sentido, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 em seu artigo XI dispõe que “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos **correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade**”<sup>69</sup> [grifo nosso].

Certamente, os diversos tratados internacionais que preveem e elegem o direito à saúde como direito humano a ser alçado ao status de direito fundamental nos ordenamentos jurídicos dos países signatários têm como objetivo o de disseminar universalmente uma cultura de proteção à saúde, como meio de combate aos diversos problemas que afligem grande parte da população mundial, em claro desrespeito ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana.

O precedente em comento da corte suprema levou em consideração não apenas as conclusões extraídas de Audiência Pública – Saúde, realizada em abril/maio de 2009 com representantes do SUS, mas também as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do direito fundamental à saúde e sua concretização pelo Estado e pelo Judiciário.

Afinal, o direito à saúde é um direito público subjetivo e, como tal, constitui-se em direito fundamental constitucional de 2ª geração. Nas palavras do Ministro Celso de Mello, no voto proferido na decisão em exame: “Cumpra não perder de perspectiva, por isso mesmo, que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República.”

Na acepção de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado”

<sup>67</sup> Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

<sup>68</sup> Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2015.

<sup>69</sup> Disponível em <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 18 nov. 2015.

(DIMOULIS, 2006), tendo como finalidade limitar o exercício do Poder Estatal em face da liberdade individual.

Ingo Wolfgang Sarlet identifica os direitos fundamentais “como conditio *sine qua non* do Estado constitucional democrático, pois personalizam e positivam os valores básicos que, ao lado da parte organizatória da Constituição, integram o núcleo substancial de um Estado constitucional que repele o totalitarismo e a ditadura” (SARLET, 2009).

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina, de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder, critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos” (SARLET, 2009).

O julgado em análise utilizou-se do conceito de direito à saúde como direito fundamental do Estado democrático, oponível tanto ao particular como aos órgãos públicos. Assim, como a outra face da moeda do direito social à saúde, aparece o dever do Estado de prestar a saúde a qualquer cidadão que se encontre em território brasileiro. Neste sentido, é o excerto do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

É a dimensão objetiva dos direitos fundamentais que ficou ressaltada nesta decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual determinou à União que fornecesse gratuitamente remédio de alto custo e essencial à sobrevivência da autora, pessoa debilitada física e mentalmente. Como referido acima, as dimensões funcionais dos direitos fundamentais operam como as duas faces de uma mesma moeda que, no plano subjetivo, é capaz de garantir a liberdade individual, ao passo que, objetivamente falando, caracteriza-se pela orientação da atuação do Estado. É o direito/dever de prestação.

Segundo Daniel Sarmento, ao Estado compete abster-se de violar os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que deve proteger seus titulares diante de lesões e ameaças. “Este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana” (SARMENTO, 2004, p. 160-161).

Uma das mais importantes consequências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento de sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário.

Na opinião de Sarlet (2009), talvez uma das mais significativas inovações em matéria de direitos fundamentais trazida no bojo da Constituição de 1988 tenha sido aquela insculpida no art. 5º, § 1º, da CF. Este dispositivo proclama que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, o que fatalmente exclui o caráter programático destes preceitos.

Para bem compreender a definição da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, segue o ensinamento de J. J. Gomes Canotilho:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência, ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora sua origem esteja ligada a tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo no âmbito dos direitos fundamentais - no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003).

Reconhecendo o caráter imediato do direito à saúde e afastando o rótulo programático da norma de direito fundamental, a corte suprema, não só no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, como em outras jurisprudências<sup>70</sup>, tem feito incidir sobre o Poder Público a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde.

Assim, a aplicabilidade imediata introduzida pelo § 1º do art. 5º da Carta Magna reforça a imperatividade das normas que traduzem os direitos fundamentais, tornando obrigatória a efetivação de ações e prestações para implementar tais direitos. Essa imperatividade, por sua vez conduz ao princípio da máxima eficácia das normas de direito fundamental, o que levou o Supremo a reconhecer a responsabilidade solidária dos entes da federação quanto à prestação dos serviços de saúde.

De fato, ficou estabelecido no voto do Ministro Gilmar Mendes que deve ser construído um modelo de cooperação e coordenação de ações conjuntas por parte dos entes da

<sup>70</sup> Precedente: RE 393175 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, Publicação: 02-02-2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

federação. Estes, por possuírem competência comum, devem responder solidariamente pela prestação de serviços de saúde. Trata-se, pois, de garantir de forma mais ampla possível a prestação e implementação de um direito fundamental, como é o direito à saúde.

Neste contexto, é correto afirmar que a decisão apreciada reconheceu uma inconstitucionalidade por omissão, na medida em que a inércia do Poder Público em concretizar o direito à saúde violou a exigência constitucional de ação.

Segundo Andrade, haverá inconstitucionalidade por omissão “sempre que o legislador não cumpra, ou cumpra insuficientemente, o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas” (ANDRADE, 2001, p.308). Note-se que o dever de concretizar as imposições constitucionais pode ser violado pela falta ou insuficiência de medidas legislativas, de medidas político-administrativas ou até mesmo de medidas de governo.

É a omissão de medidas administrativas de tratamento e fornecimento de medicamentos que o voto do Ministro Gilmar Mendes procurou enfrentar:

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar (STA-175).

Sem dúvida, a decisão em apreço representa um marco na judicialização do direito à saúde. Não só porque reverencia a concretização deste direito pelo Judiciário, mas também, e principalmente, porque fornece um ponto de equilíbrio da atuação dos Juízes nesta seara.

Após ouvir diversas manifestações na audiência pública realizada, o Ministro Gilmar Mendes entendeu necessário fazer-se um redimensionamento da questão da judicialização da saúde no Brasil, em razão de que, na maioria das vezes, a referida judicialização não decorre da omissão absoluta do Estado em matéria de políticas públicas voltadas para prestações de saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.

Dessa forma, não há que se falar em interferência do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade do Executivo no âmbito da saúde pública.

Para o Gilmar Mendes, a justiciabilidade do direito fundamental à saúde não alicerça, contudo, o deferimento de qualquer ação de prestação de saúde, porque isso geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do Sistema Único de Saúde “de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da

população mais necessitada”. Assim, conforme o entendimento assentado no voto do Relator: “a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso”.

Nesse diapasão, o ativismo judicial em face das omissões do Poder Público, que o Ministro Celso de Mello chamou de missão institucional do Poder Judiciário<sup>71</sup>, não pode ser promovido irrestritamente, sob pena de violação ao Primado da Separação dos Poderes. Somente quando a omissão do Estado comprometer a eficácia e a integridade de direitos constitucionais e quando estritamente provado tal comprometimento, é que cabe ao Judiciário agir e implementar o direito violado omissivamente.

Por outro lado, a admissão da justiciabilidade do direito fundamental à saúde não significa a impossibilidade de restrições a estes direitos. Ao contrário disso, direitos fundamentais sociais colidem ordinariamente com outros direitos fundamentais e bens coletivos, como é o caso dos princípios da separação dos poderes, da reserva do possível e da competência orçamentária do administrador público.

Tome-se como exemplo, o conflito abordado na decisão em comento entre o princípio do mínimo existencial e o da reserva do possível. Primeiramente, cabe lembrar os conceitos de tais princípios que foram objeto do Capítulo 5 deste trabalho.

No ensinamento da Ministra Carmen Lúcia, dentro do mínimo existencial:

Se contém o conjunto de condições materiais, político-econômicas, sociais, culturais e psicológicas que constitui o ponto de partida com que cada ser humano precisa contar para realizar a sua vocação e bem viver segundo os princípios tidos como próprios no sistema constitucional estabelecido pela sociedade estatal.

Já a reserva do possível diz respeito aos custos da Administração Pública com a implementação de políticas públicas. Foi este princípio concebido como forma de balizar os gastos públicos e de estabelecer as premissas para a responsabilização dos agentes na utilização dos recursos financeiros.

A Ministra Carmem Lúcia explica com precisão em seu voto a que se refere o princípio da reserva do possível:

A doutrina concebeu o princípio da reserva do possível, segundo o qual a prática de políticas públicas somente poderia ser responsabilizada e cobrada

<sup>71</sup> “Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão institucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito inconstitucional que tem pela autoridade da lei Fundamental da República”. (Trecho do voto do Ministro Celso de Mello).

dos agentes, órgãos e agentes políticos quando houvesse recursos disponíveis para a operacionalização dos serviços a serem prestados à sociedade conforme a demanda a ser satisfeita.

Ora, o ente público não pode ser responsabilizado por não despende o dinheiro que não tem. Mas também não pode ele livrar-se da responsabilidade por aplicar de forma pessimamente e inconsequente os recursos financeiros.

A solução para essa colisão de princípios (mínimo existencial x reserva do possível) parece mesmo sinalizar para o critério da ponderação, que deverá ser feito nos contornos de cada caso concreto. A tônica desse método está, sem dúvida, na utilização do princípio da proporcionalidade.

O Ministro relator, ao proferir o seu voto lembra a teoria do caráter principiológico dos direitos fundamentais de Robert Alexy:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. (...) Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. (ALEXY, 2008, p.93)

Como critério de verificação da precedência de um princípio em relação ao outro, no caso concreto, Alexy recomenda a máxima da proporcionalidade, que se desdobra em três máximas parciais: a da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento).

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos (ALEXY, 2008, p. 217).

A doutrina de Alexy foi adotada de forma destacada no julgamento da suspensão de tutela antecipada 175, cuja primordial preocupação foi no sentido de solucionar a colisão do direito fundamental à saúde, à vida e à dignidade com diversos outros princípios também do configuradores do Estado Democrático de Direito (separação de poderes, princípio

democrático, reserva do possível, discricionariedade administrativa). Assim, consignou o Ministro Gilmar Mendes: “Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.” Nesse sentido, também se pronunciou o Min. Celso de Mello na Suspensão de Tutela Antecipada 175:

Isso significa que a intervenção jurisdicional justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes, sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.

Prosseguindo, o Min. Celso de Mello afirma que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde.

Não há dúvida de que a ponderação de interesses, feita nas particularidades de cada caso concreto, é a melhor forma de se aferir o grau de imprescindibilidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. Nos casos em que ficar constatada a urgência da medida jurisdicional, o argumento da reserva do possível deverá ceder para que a saúde e a integridade do paciente sejam preservadas.

Por fim, para encerrar a análise da decisão de deferimento da prestação de medicamentos, cumpre abordar mais um importante princípio utilizado pelo Supremo para fundamentar seu julgamento. Trata-se do princípio da proibição de retrocesso que caminha de mãos dadas com os direitos sociais. Na lição do professor Gomes Canotilho:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efetivado através de medidas legislativas (lei da segurança social, lei do subsídio de desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado (1998, p. 321).

A proibição de retrocesso não está explícita na constituição. Decorre ela de uma interpretação sistemática de outros princípios constitucionais, a saber: princípio do Estado democrático e social do direito; princípio da dignidade da pessoa humana; eficácia irradiante e aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais; princípio da segurança jurídica e o princípio da continuidade da ordem jurídica.

Assim, qualquer medida legislativa, administrativa ou judicial que desfça uma garantia fundamental já conquistada pelo cidadão, esbarra na inconstitucionalidade por violação a qualquer dos princípios acima citados. Trata-se aqui de inconstitucionalidade por ação, na medida em que viola o dever de abstenção do Estado em interferir nos direitos dos cidadãos. Nesse sentido, foi o voto do Ministro Celso de Mello:

A cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos.

É dentro de todo esse contexto apresentado, que se afirma que a decisão analisada constitui-se em um marco para a implementação do direito à saúde pelo Poder Judiciário. Por isso, a importância de sua análise à luz da doutrina que se debruça sobre os direitos fundamentais.

## 5. CONCLUSÃO

O conceito atual de direitos fundamentais tem como característica a indivisibilidade, que traz a ideia de só existir respeito efetivo aos direitos da pessoa humana se forem concomitantemente assegurados os direitos civis e políticos de primeira geração com os direitos sociais e econômicos de segunda e terceira gerações.

No resguardo dos direitos fundamentais de primeira geração, o constitucionalismo liberal, bem como o modelo de separação de poderes, não atribuía ao Poder Judiciário uma posição política de igual dignidade, como a conferia aos demais poderes democraticamente eleitos. Nesse contexto político, a eleição e a implementação das políticas públicas era de competência exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, representantes diretos do povo.

Com o advento do constitucionalismo social, houve uma modificação do status vigente. O aumento das demandas que objetivavam prestações positivas estatais, para atender uma nova espécie de necessidade pública, que já não visavam exclusivamente à proteção da liberdade e propriedade, acabaram por pressionar recursos limitados do Estado, o que levou ao desenvolvimento teórico das normas meramente programáticas.

Nesse cenário, as normas constitucionais que traziam em seu bojo os direitos sociais já não eram cumpridas adequadamente pelos representantes do povo, gerando a necessidade da intervenção do Poder Judiciário, que como guardião da Carta Maior passou a dar operacionalidade às normas constitucionais através da hermenêutica.

Surge então o neoconstitucionalismo, que tem por características básicas o reconhecimento da centralidade da constituição e de sua força normativa; o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais sociais; a blindagem desses direitos por forte e robusto sistema de controle judicial; o surgimento de um novo modelo de separação de poderes que reconhece o Poder Judiciário como um verdadeiro Poder político para concretizar direitos e realizar políticas públicas quando embasadas nos direitos fundamentais, incluídos os sociais, econômicos e culturais.

Neste contexto, a ideia do Poder Judiciário como legitimado a realizar políticas públicas gera diversos problemas, dificuldades e críticas. Os custos para concretizar os direitos sociais são altos e a escassez dos recursos financeiros estatais é uma constante.

O maior problema que surge é o questionamento acerca da legitimidade do Poder Judiciário para concretizar os direitos fundamentais sociais, quando esta atuação gerar intervenção direta na política, através da invasão do mérito administrativo, com a intromissão direta nos recursos do Estado.

Como é sabido, os Poderes eleitos pelo povo implementam as políticas públicas de acordo com a vontade dos seus representados, que são a maioria. E isto é o que ocorre nos Regimes Democráticos de Direito.

Assim, ao judicializar a política surgiria um déficit democrático a partir das escolhas do Supremo Tribunal Federal, haja vista que este não fora eleito pelo povo, e não teria legitimidade para a tomada de decisões políticas, substituindo a vontade da maioria.

Por outro lado, em virtude da realidade de que a Constituição da República já não é apenas um documento político, mas também jurídico, e que os direitos fundamentais não são apenas esboços de orientação para o Legislador, mas desempenham um programa normativo a ser atuado por este, há de se reconhecer que a intervenção do Poder Judiciário na política é plenamente necessária e legítima, tendo em vista que a Carta Maior de 1988 atribui a ele o papel de defensor dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito há uma obrigação do Estado em promover os direitos sociais por meio da prestação de serviços públicos, como saúde, educação e assistência aos desamparados. Sendo assim, a elaboração de políticas para promover tais direitos é necessária, mas que para isso seja efetivamente observado, é necessário que os Poderes eleitos realizem as escolhas pautadas nas prioridades da sociedade.

Em relação a este fato, a discricionariedade administrativa deve ser resguardada aos representantes do povo. Isso porque as escolhas políticas são dependentes da receita estimada para o período, sendo necessária a realização de um planejamento orçamentário para mobilizar a máquina estatal, promovido pelos Poderes Legislativo e Executivo, em cumprimento à Constituição Federal.

Entretanto, o princípio da razoabilidade deve lastrear a atividade administrativa, e a discricionariedade política não está livre de limites no ordenamento jurídico. Ao exercer o juízo acerca de que políticas públicas que serão promovidas, os representantes do povo devem ter em mente os recursos necessários para suprir integralmente os direitos relacionados ao mínimo existencial, em decorrência da dignidade da pessoa humana.

Falhando os representantes eleitos para atender os direitos sociais, surge a possibilidade do Poder Judiciário realizar um controle de legalidade e constitucionalidade do mérito das políticas públicas no intuito de resguardar o atendimento aos direitos fundamentais, atuação harmoniosa com a Democracia, na medida em que esta não é apenas a vontade da maioria, como se revela também no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Definindo a democracia como um sistema político assentado na ideia de respeito aos direitos humanos, a ideia de que o Poder Judiciário não possa interferir na política em decorrência do princípio da separação dos poderes não prevalece, pois os direitos sociais são indisponíveis e inadiáveis.

A democracia há muito não se estabelece como uma forma de governo em que a maioria absoluta decreta seu anseio. Assegurar os direitos sociais das minorias é um componente tão essencial para o processo democrático quanto o próprio sufrágio.

O presente estudo teve como fundo o estudo da proteção da democracia de si mesma, e para tanto, buscou apontar os riscos da ideia tradicional do princípio da separação dos poderes e a dificuldade contramajoritária em face da natureza dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição Federal enumera um grande leque de direitos fundamentais, porém não se pode esquecer que para realizar as políticas públicas são necessários recursos, o que implica em reconhecer uma margem de liberdade de escolha dos Poderes eleitos sobre os direitos que serão efetivamente atendidos no período orçamentário.

Se não existisse este problema corriqueiro da insuficiência de recursos, possivelmente não existiria a judicialização da política, pois não seria necessária a intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que a existência de recursos financeiros suficientes causaria a concretização de todos os direitos fundamentais, e afastaria o conflito.

Importante lembrar que os direitos sociais são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como prestações materiais mínimas, que resguardam o direito de se viver com dignidade, e não estão à margem de escolha dos poderes eleitos. Assim, a atuação do Poder Judiciário seria extremamente fundamental para o cumprimento destes direitos quando as políticas públicas não são adequadamente garantidas pelos representantes do povo.

Para tal, o julgador deveria lançar mão da interpretação constitucional para fazer valer a real intenção do poder constituinte, resguardando os direitos fundamentais sociais básicos, ponderando o conflito dos direitos em choque.

Para tanto a atuação do Poder Judiciário deve ser subsidiária, haja vista que ele não é um poder eleito, de modo que sua legitimidade é extraída de fonte diversa da dos Poderes eleitos. Estes são legitimados pelo voto do povo e o Poder Judiciário está legitimado pela competência de exercer a função de guardião da Carta Magna e conseqüentemente dos direitos fundamentais.

Desta forma, o controle judicial das políticas públicas só estaria legitimada no texto constitucional quando os representantes do povo, através de ação ou omissão, gerar violação a Constituição da República.

O julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 se tornou marcante e paradigmático na jurisprudência brasileira, visto que a decisão, além de aplicar a ponderação de princípios constitucionais proposta por Alexy para conceder o medicamento pretendido pela parte, representa, ela mesma, a ponderação entre as esferas administrativa e judiciária. Sendo um valioso e atual exemplo do “checks and balances” dos Poderes constituídos.

Sob este contexto, é possível se concluir pela viabilidade da intervenção moderada do Poder Judiciário em sede de políticas públicas, movimento constitucional que tem sido denominado de judicialização da política, na garantia do próprio Estado Democrático de Direito, visto que o sentido substancial de Democracia é vislumbrado no papel de defesa dos direitos fundamentais, efetivado por suas instituições.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulô: Landy, 2001.

In: \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

In: \_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Luis Virgílio A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**. Luiz Alberto David Araújo, Vidal Serrano Nunes Júnior. São Paulo: Verbatim, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

In: \_\_\_\_\_. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

In: \_\_\_\_\_. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

In: \_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas**. 2007. Disponível: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/artigo\\_controle\\_pol\\_ticas\\_p\\_blicas\\_.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf)> Acesso em: 22 ago. 2015.

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.

In: \_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil)> Acesso em: 20 mar. 2015.

In: \_\_\_\_\_. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 22 jul. 2015.

In: \_\_\_\_\_. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo.** In: SARMENTO, Daniel (org). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

In: \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

In: \_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2012. Disponível em: <[www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)> Acesso em: 07 jul 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional.** 3.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada.** Tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo: Geográfica, 2012.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics.** 2.ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz. **Legitimidade do Estado e revisão parlamentar do controle de constitucionalidade.** In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). Limites do controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional – Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

In: \_\_\_\_\_. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

In: \_\_\_\_\_. **Duzentos anos de jurisdição constitucional.** As lições de Marbury v. Madison. In: SARMENTO, Daniel (org). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Despotismo.** In: BOBBIO, Norberto; MATIEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mònaco, João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaías e Renzo Dini. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1998.

In: \_\_\_\_\_. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

In: \_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais.** 2008. Disponível em <[http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/3\\_Doutrina\\_5.pdf](http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf)> Acesso em: 02 set. 2015.

In: \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

In: \_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Vade Mecum. 20.ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Lei 10.707 de 30 de Julho de 2003. **Lei de Diretrizes Orçamentárias**. Brasília, 2003. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.707.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.707.htm)>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. DJE: 04 mai. 2004. Informativo de Jurisprudência do STF nº 345/2004. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF> - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições) >. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Reclamação nº 3.034-2/PB AgR**, Min. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Eros Grau. Brasília. DJE: 21 set. 2006. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/rcl3034.pdf> >. Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. **Recurso Especial nº 1.389.952**, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 03 de junho de 2014. Lex: Informativo de Jurisprudência do STJ. DJE, 13 Ago. 2014. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=RESERVA+E+POSSIVEL+E+MINIMO+E+EXISTENCIAL&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> > Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. **Recurso Especial nº 493.811**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. Lex: Informativo de Jurisprudência nº 191 do STJ. DJE: 15 mar. 2004. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&processo=493811&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> > Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Constitucional. **Recurso Especial nº 429.570**, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Relator: Min. Eliana Calmon, Brasília, DF, 11 de novembro de 2003. Lex: Informativo de Jurisprudência do STJ. DJE: 22 mar. 2004. Disponível em < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=1023825&tipo=5&nreg=20020461108&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040322&formato=PDF&salvar=false> > Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Revista Trimestral de Jurisprudência- RTJ 199/1219-1220**. Número 3. Brasília. DJE: Mar. 2007. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/199\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/199_3.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Direito Administrativo. **Apelação n.º 3494148-31.2007.8.13.0024**. Relator: Desembargador Caetano Levi Lopes, MG, 30 de agosto de 2011- DJE: 20 set. 2011. Disponível em <[http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024073494148001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024073494148001&select=2](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10024073494148001&comrCodigo=0024&nomePessoa=Nome+da+Pessoa&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=24&numero=20&listaProcessos=10024073494148001&select=2)> Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Constitucional. **Embargos de Declaração em Apelação n.º 2006.81.00.003148-1/01** do Tribunal Regional Federal do Estado do Ceará. Relator: Francisco Cavalcanti. DJE: 16 out. 2007. Disponível em: <[http://www.trf5.jus.br/data/2007/10/200681000031481\\_20071016.pdf](http://www.trf5.jus.br/data/2007/10/200681000031481_20071016.pdf)> Acesso em: 09 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Recurso Extraordinário 393175 AgR**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. DJE: 02 fev. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175-AgR/CE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília. DJE: 30 abr. 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>> Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP**, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília. Informativo de Jurisprudência do STF. DJE: 15 set. 2011. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário. n.º 581352**, do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília. DJE: 22 nov. 2013. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2603764>> Acesso em: 12 nov. 2015.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio Constitucional da Eficiência, um Enfoque Doutrinário Multidisciplinar**. Brasília: Revista do Tribunal da União – Fórum Administrativo, 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2004.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Estado de direito no contexto do neoconstitucionalismo e o papel das garantias fundamentais**. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz\\_henrique\\_urquhart\\_cademartori.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/luiz_henrique_urquhart_cademartori.pdf)> Acesso em: 25 ago. 2015.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Disponível em <<http://docslide.com.br/documents/hermeneutica-e-argumentacao-uma-contribuicao-ao-estudo-do-direito.html>> Acesso em: 25 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

In: \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

In: \_\_\_\_\_. **Nuevos tiempos para el neoconstitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

In: \_\_\_\_\_. **Teoria del Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2007.

In: \_\_\_\_\_. **“Neoconstitucionalismo: Elementos para uma definición”**. In: Eduardo Ribeiro Moreira e Mauricio Pugliesi. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009.

In: \_\_\_\_\_. **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trotta, 2010.

In: \_\_\_\_\_. **¿Qué es el neoconstitucionalismo?** 2012. Disponível em: <<http://aberturamundojuridico.blogspot.com.br/2012/10/que-es-el-neoconstitucionalismo-miguel.html>> Acesso em: 08 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos Sociais: e a Construção dos Precedentes Judiciais**. Curitiba: Juruá, 2015.

CESARINO JUNIOR, A. F., **Direito Social Brasileiro**, 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1970.

CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia: Dos pré-socráticos à Aristóteles**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**, 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **O Fundamento do Direito: estudos em homenagem ao Professor Sebastião Trogo**. Organização: Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho, Cleyson de Moraes Mello. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Breves considerações sobre o conceito de políticas públicas e seu controle jurisdicional**. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7254/breves-consideracoes-sobre-o-conceito-de-politicas-publicas-e-seu-controle-jurisdicional>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

In: \_\_\_\_\_. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das Instituições Democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DI LORENZO, Wambert. **O pensamento político de Carl Schmitt: uma breve introdução**. 2001. Revista *Direito e Justiça*. Disponível em <[http://www.wambert.com/site/images/artigos/pensamento\\_politico\\_carl\\_schmitt.pdf](http://www.wambert.com/site/images/artigos/pensamento_politico_carl_schmitt.pdf)> Acesso em: 13 fev. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DORES, Camilla Japiassu. **O guardião da Constituição segundo as concepções de Carl Schmitt e Hans Kelsen**. 2012. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/21201/o-guardiao-da-constituicao-segundo-as-concepcoes-de-carl-schmitt-e-hans-kelsen/2>> Acesso em: 13 fev. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

In: \_\_\_\_\_. **O Império do direito**. Tradução de Jeffers on Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

In: \_\_\_\_\_. **Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad.** Traducción de Fernando Aguiar y de Maria Julia Bertomeu. Barcelona: Paidós, 2000.

In: \_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério;** Tradução Nelson Boeira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.** 3.ed. Madrid: Civitas, 1985.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: A exaustão de um paradigma.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica.** 9.ed. São Paulo: Manole, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.** In: ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Justicia penal y democracia. Jueces para la Democracia,** Madrid, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?.** In: Revista USP. Dossiê Judiciário. São Paulo, 1994. Disponível em <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>> Acesso em: 01 set. 2015.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **CPIs e o devido processo legal.** Juiz de Fora: Tribuna de Minas, 2005.

In: \_\_\_\_\_. **Estado e o Predicado da Segurança Jurídica: Breves Reflexões.** In: Estação Científica, Juiz de Fora: Ed. Esp. Direito, 2007. Disponível em: <[http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/Estado\\_e\\_o\\_predicado\\_da\\_seguranca\\_juridica\\_-\\_breves\\_reflexoes.pdf](http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/Estado_e_o_predicado_da_seguranca_juridica_-_breves_reflexoes.pdf)>. Acesso em 07 jun. 2016.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade.** Jus Navigandi, 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. **Controle de Constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

GÓES, Guilherme Sandoval. **Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista**. In: Luis Roberto Barroso. (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Fábio Rodrigues. **Direitos Fundamentais dos Trabalhadores: critérios de identificação e aplicação prática**. São Paulo: LTr, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional: Um Contributo à Construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOUGH, J.W. Introdução. In: LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no Direito e na Moral**. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “Procedimental” da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre a facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

In: \_\_\_\_\_. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara; revisão de tradução Marcelo Brandão Cipolla; revisão técnica Luiz Vergílio Dalla-Rossa. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**, 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBSAWM, Eric. **A Era das Revoluções: Europa 1789-1848**. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira Marcos Penchel. 22. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução Alexandre Krug et ali. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

In: \_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, A. J. **Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito “constitucional” comparado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Georges Salomão. **Interpretação constitucional e tópica jurídica**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Fernando Gomes Correia. **O princípio da reserva do possível, o mínimo existencial e o direito à saúde**. 2011. Disponível em: <[http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46](http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22526:o-principio-da-reserva-do-possivel-o-minimo-existencial-e-o-direito-a-saude&catid=46)> Acesso em: 13 mar.2015.

LOEWENSTEIN, KARL. **Teoria de la Constitución**. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1983.

LOCKE, John. **The Works of John Locke in Nine Volumes**. 12.ed. Volume 4. London: Rivington, 1824.

In: \_\_\_\_\_. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

LUC, HEUSCHLING. **État de droit, Rechtsstaat, rule of law**. Paris: Dalloz, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, C.E.; MONTEIRO, J.P. Prólogo: Locke (1632-1704) Vida e Obra. In: LOCKE, J. **Ensaio acerca do entendimento humano**. Tradução Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

MASCARENHAS, Paulo. **Manual de Direito Constitucional**. Disponível em <<http://www.paulomascarenhas.com.br/livros.html>> Acesso em: 15 jun. 2015.

MATTOSO, Kátia M. de Queiróz. **Textos e Documentos para o estudo da História Contemporânea, 1789- 1963**. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.

MAUS, Ingeborg. **Separação dos poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática**. In: Legitimidade da Jurisdição Constitucional. BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Brasília: Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. v.35, 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/353>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Maria Augusta delgado, 2008.

In: \_\_\_\_\_. **Constituição da República Anotada e Interpretada**. Campo Grande: Contemplar, 2013.

In: \_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado e Interpretado**. 4.ed. Campo Grande: Contemplar, 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. 1.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MELLO, Elizabete Rosa de. **Direito Fundamental a uma Tributação Justa**. São Paulo: Atlas. 2013.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 1.ed. Brasília: IDP, 2012. Disponível em: <<http://www.jfpb.jus.br/arquivos/biblioteca/e-books/JURISDICA0%20CONSTITUCIONAL%201.pdf>> Acesso em 20 ago. 2015.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 7.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição**. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional I**. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

In: \_\_\_\_\_. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

NOGUEIRA ATALIBA; José Geraldo de. **Judiciário e minorias**. Revista de informação Legislativa. Brasília, 1987. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181799/000433557.pdf?sequence=1>> Acesso em: 15 jul. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. **A Teoria Geracional dos Direitos do Homem**. Disponível:<[http://www.theoria.com.br/edicao0310/a\\_teorias\\_geracional\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf#sthash.tNm9hYgq.dpuf](http://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf#sthash.tNm9hYgq.dpuf)>. Acesso em: 02 set. 2015.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2016

In: \_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966**. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>. Acesso em 11 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Alma-Ata**. In: Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Brasília, 1979.

PAIVA, Paulo. **Juristocracia?**, In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, nos dias 20,21 e 22 de novembro de 2008. Brasília/DF. Acesso em: 08 nov. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Sociais Econômicos e Culturais e Direitos Cíveis e Políticos**. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 1, nº 1, 1º semestre, 2004.

POZZOLO, Susanna. **O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. A reconstrução neoconstitucionalista da teoria do direito: suas incompatibilidades com o positivismo jurídico e a descrição de um novo modelo**. In: Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROMANO, Roberto. **Conservadorismo romântico: origem do totalitarismo**. 2.ed., São Paulo: Unesp, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial**. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

In: \_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

In: \_\_\_\_\_. **A Titularidade Simultaneamente Individual e Transindividual dos Direitos Sociais Analisada à Luz do Exemplo do Direito à Proteção e Promoção da Saúde**. In **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

In: \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

In: \_\_\_\_\_. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

In: \_\_\_\_\_. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Política**. In: SARMENTO, Daniel (org). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SILVA, Cecília de Almeida et al.; **Diálogos institucionais e ativismo**. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Interpretação Constitucional Operativa: princípios e métodos**. 1.ed., Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

In: \_\_\_\_\_. **Legitimidade Da Execução Orçamentária: direitos sociais e controle pelo poder judiciário**. ANPR online. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28.ed. São Paulo, Malheiros, 2007.

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

SMITH, Adam. **Wealth of Nations**. Nova York: P.F. Collier and Son, 1956.

SOARES, Ricardo Maurício freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Luciana Moessa. **O controle de reserva do possível x mínimo existencial: constitucionalidade em matéria financeira e orçamentária como instrumento de realização dos direitos fundamentais**. 2007. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane\\_moessa\\_de\\_souza2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luciane_moessa_de_souza2.pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

In: \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

In: \_\_\_\_\_. **Que é Isto-decido com a minha consciência?** 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

In: \_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

In: \_\_\_\_\_. **O que é isto — o sistema (sic) de precedentes no CPC?** São Paulo: Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

In: \_\_\_\_\_. **A interpretação do direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: a importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (Eigenschaften) solipsistas do direito**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 4 (2010/2011), Brasília, Instituto de Direito Público, 2011. Disponível: <[http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista66/versao-digital/revista-da-emerj-66.html#296](http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista66/versao-digital/revista-da-emerj-66.html#296)> Acesso em: 07 mai. 2015.

In: \_\_\_\_\_. **Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: Dilemas da crise do direito**. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>> Acesso em: 18 mar. 2015.

In: \_\_\_\_\_. **O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>> Acesso em: 24 ago. 2015.

In: \_\_\_\_\_. **O “decido conforme a consciência” dá segurança a alguém?** 2014. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-15/senso-incomum-decido-conforme-consciencia-seguranca-alguem>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TUSHNET, Mark. **Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos**. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

UNESCO. **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e Direitos Humanos.** Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf> >. Acesso em: 03 set. 2015.

URBINATI, Nádia. **O que torna a representação democrática?** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a07n67.pdf>> Acesso em: 17 ago. 2015.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIANNA, Maria Lúcia Teixeira Werneck. **Em torno do conceito de política social: notas introdutórias.** Disponível em:<<http://www.enap.gov.br/downloads/ec43ea4fMariaLucia1.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2015.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, jul./dez. 2008. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf> >. Acesso em: 03 out. 2015.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and the separation of powers.** Oxford: Clarendon press, 1967.

VILLERMÉ, Louis René. **Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie.** Paris: Union générale d'Éditions, 1971.

WALDRON, Jeremy. **A essência da oposição ao judicial review.** In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). Legitimidade da jurisdição constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

YOUNG, Katharine G. **A typology of economic and social rights adjudication: exploring the catalytic function of judicial review.** Oxford University, 2010, p.387/388. Disponível em: < <http://icon.oxfordjournals.org/content/8/3/385.abstract> > Acesso em: 18 mar.2015.