

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

HELTON KRAMER LUSTOZA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA:
O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS SOCIAIS**

**CURITIBA
2010**

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

HELTON KRAMER LUSTOZA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA:
O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS SOCIAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil.

Orientadora: Profa. Dra. Eneida Desiree Salgado
Co-orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

CURITIBA

2010

TERMO DE APROVAÇÃO

HELTON KRAMER LUSTOZA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA:
O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO
INSTRUMENTO DE GARANTIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS SOCIAIS**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora:

Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Co-Orientador:

Prof. Dr. Emerson Gabardo
***Pontifícia Universidade Católica do Paraná –
PUC-PR***

Membros:

Prof. Dr. Fabrício Motta
Universidade Federal de Goiás - UFG

Prof. Dr. Octávio Campos Fischer
Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Curitiba, 21 de fevereiro de 2011

AGRADECIMENTOS

Especialmente ao professor Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado, cuja orientação e confiança me trouxeram até aqui.

Saúdo todos os professores da Pós graduação (mestrado) da Unibrasil, em especial Marco Marrafon, Paulo Ricardo Schier e Octavio Campos Fischer, pelo incentivo e ajuda que despenderam em prol desta pesquisa.

Aos meus amigos de União da Vitória-Pr que me incentivaram a ingressar no programa de mestrado. Também agradeço ao apoio recebido da faculdade Uniguaçu e da Procuradoria Geral do Município de São José dos Pinhais-Pr, os quais possibilitaram que conciliasse o trabalho com o estudo.

Não posso esquecer as amizades que fiz na Facear, instituição que atualmente leciono, e que me receberam de braços abertos em 2010 no meu retorno à Curitiba-Pr.

À minha mãe e amigos que festejaram comigo os momentos felizes e por estarem mais perto nas horas ruins e angustiantes dessa jornada de trabalho e pesquisa.

RESUMO

O trabalho analisa as limitações impostas pela reserva do possível e a delimitação da garantia ao mínimo existencial, bem como a repercussão destes no controle das escolhas orçamentárias. Foca a questão polêmica da legitimidade do controle jurisdicional sobre as escolhas orçamentárias, identificando as principais decisões judiciais e doutrina pertinente. A conclusão final extraída da pesquisa realizada pode ser resumida na assertiva de que o Judiciário, na reinterpretação do princípio da separação dos poderes, possui a legitimidade de analisar se o exercício da discricionariedade administrativa atendeu aos seus pressupostos de validade, como a eficiência e a razoabilidade.

Palavras chave: Jurisdição Constitucional; democracia; orçamento, discricionariedade; eficiência.

ABSTRACT

The present thesis analyzes the limitations imposed by the reserve for warranty and delimitation of the existential minimum, as well as the impact of it in the control of budgetary choices. It focuses on the controversial question of the legitimacy of jurisdictional control over budgetary choices, identifying the main relevant judicial decisions and related doctrine. The final conclusion drawn from the survey can be summarized in the assertion that, considering the reinterpretation of the principle of separation of power, the judiciary has the legitimacy to examine whether the exercise of administrative discretionarity has met the conditions for its validity, such as efficiency and fairness.

Keywords: Constitutional Jurisdiction, democracy, budget, discretionarity, efficiency.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
Cap. 01 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88	14
1.1 AS BASES TEÓRICAS DA PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
1.2 FUNDAMENTABILIDADE E DISTINÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	36
1.3 A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS MEDIANTE AS POLÍTICAS PÚBLICAS	54
1.4 O PROBLEMA DA ESCOLHA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL	66
1.5 O CONTROLE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELO LEGISLATIVO E TRIBUNAL DE CONTAS.....	80
Cap. 02 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	100
2.1 O ATENDIMENTO AOS DIREITOS PRESTACIONAIS COMO CONDIÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA	100
2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS	117
2.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM DEBATE ENTRE PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS	133
2.4 O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÕES POLÍTICAS COMO CONDIÇÃO DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	148
Cap. 03 O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO UM MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS	162
3.1 O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	162

3.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DIANTE DA INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	174
3.2.1 A proteção dos direitos prestacionais como legitimidade da separação dos poderes	174
3.2.2 A superação do problema da insindicabilidade de escolhas técnicas	199
3.2.3 Da necessária identificação do mínimo existencial dos direitos prestacionais: a desmistificação da dignidade da pessoa humana	210
3.2.3.1 O direito subjetivo ao mínimo existencial como limite ao controle jurisdicional das escolhas orçamentárias.....	210
3.2.3.2 Possibilidades hermenêuticas como barreiras ao decisionismo judicial.....	222
CONSIDERAÇÕES FINAIS	238
REFERÊNCIAS	245

INTRODUÇÃO

Quando se trata da relação entre o Estado e o cidadão, os livros de Teoria do Estado estabelecem que a Revolução Francesa é entendida como o marco fundamental da transformação da convivência desses dois sujeitos (Estado e cidadão). O ideal revolucionário foi fundamental para sedimentar a idéia de proteção estatal dos direitos do homem, sendo que através dos ideais liberais o direito passou a aceitar as limitações dos poderes estatais, concretizando assim, feixes de direitos negativos, ou seja, proteções legitimadas do cidadão contra o Poder Público¹.

E com o passar do tempo o desenvolvimento do Estado passou por várias fases, chegando ao atual estágio onde se percebeu efetivamente a necessidade do Estado proteger não somente os direitos e liberdades individuais, que teve seu reconhecimento conquistado nas revoluções liberais, mas também de se preservar e fomentar o desenvolvimento social dos indivíduos mediante a implementação de direitos sociais. Com a sedimentação do constitucionalismo moderno, a dignidade da pessoa humana foi colocada como pilar de sustentação do ordenamento jurídico de forma a exigir um poder político extremamente atuante na esfera social.

Pode-se compreender que os direitos sociais podem ser classificados em dois grupos, sendo que de um lado ficam os direitos com caráter de defesa e do outro os direitos que geram um dever de prestação (fática ou jurídica)². É importante que não se confunda a terminologia “direitos sociais” com “prestacionais” na medida em que o primeiro é gênero do qual o segundo é espécie. Este último grupo se reporta à prestações materiais, vinculados prioritariamente às funções do Estado social, isto é, são aquelas obrigações de fazer, por parte do Estado, o que leva a investigação acerca da qualidade das políticas públicas que são adotadas. E um dos debates mais importantes no Direito Constitucional diz respeito à forma de

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992, p. 90.

² Cf. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 189-194.

vinculação do Estado – tripartido nas funções executiva, legislativa e judiciária – aos direitos fundamentais sociais que acarretam prestações positivas.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um Estado interventor extremamente comprometido com a concretização destes direitos, mediante a exigência de atuação eficiente da Administração Pública e a ampliação da Jurisdição Constitucional. Neste particular emerge como problema de pesquisa a tensão existente entre a função jurisdicional e os demais poderes constituídos no que tange a garantia dos direitos prestacionais.

Pela norma constitucional o Estado brasileiro é obrigado a prestar serviços públicos e assistência social aos menos favorecidos, como a educação, saúde, moradia, segurança, assistência aos desamparados, etc. Mas entre o “dever ser” da norma constitucional e a sua concretização efetiva, muitas variáveis devem ser ponderadas. Verifica-se que as normas prestacionais estabelecem mandamentos para que o Estado atenda a tais preceitos, na maioria das vezes, através da implementação de políticas públicas que serão executados de forma contínua e planejada. Ocorre que a Constituição não é precisa em estabelecer a perfeita simetria entre a previsão normativa e a conduta estatal para sua implementação. Isso faz com que se permita que haja uma discussão dualista, de fundamentos políticos e jurídicos sobre o tema³. Essa situação demonstra que, em muitos casos, a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais fica condicionado às ações políticas. Esta circunstância acabou propiciando o surgimento de um círculo vicioso em que o Estado se apóia no argumento de falta de condições financeiras para dar azo ao descumprimento dos mandamentos constitucionais.

A problemática está em encontrar um caminho para a efetiva concretização dos direitos prestacionais diante de um Estado omissivo, com recursos escassos e políticas públicas ineficientes. Frente a esta realidade, existe o desafio de lutar pela eficácia dos direitos do cidadão sob pena de deslegitimar os postulados do Estado Democrático de Direito.

A análise do aspecto do controle jurisdicional do orçamento público é de suma importância, na medida em que se deve averiguar a legitimidade frente ao princípio da separação dos poderes preconizado no atual Estado Democrático. Se é

³ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 237.

correto entender que de um lado a modernidade tem ocasionado certas complexidades sociais, exigindo do Estado um dispêndio financeiro na prestação de serviços cada vez maior, em contrapartida, a legislação financeira, em especial a Lei Complementar n. 101/2000, vem a frear os gastos ilimitados dos governantes. Essa realidade se traduz em um binômio que compreende de um lado a pretensão social em face do poder público e de outro a disponibilidade financeira para atender as necessidades sociais, chamada de “reserva do possível”.

Atente-se que há um flagrante risco de que os direitos constitucionais prestacionais previstos na Constituição se tornem mera enunciação numa “folha de papel”⁴, ausente de normatividade, sem que haja sua concretização real. Por isso, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”⁵. Dentro desse raciocínio, percebe-se que há inúmeros casos em que Ações Declaratórias de Inconstitucionalidades, Ações Cíveis Públicas e ações individuais foram ajuizadas, buscando a implementação dos direitos sociais de cunho prestacional pelo Judiciário, como casos em que se determina ao poder público a criação de vagas em escolas públicas. Mas é justamente neste ponto que o tema torna-se delicado, afinal, estaria um Poder constituído interferindo na área discricionária do outro?

Observa-se que durante a evolução histórica tem surgido inúmeras críticas ao princípio da separação de poderes, sendo que cada vez mais está se cogitando a criação de novos mecanismos de freios e contrapesos. O desenho constitucional concebido na modernidade resulta no estabelecimento de uma supremacia da Constituição, que engloba um catálogo de direitos, bem como a existência de um mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade. Essa discussão ficou ainda mais acirrada, a partir da do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, sob relatoria do ministro Celso de Mello, na qual foi

⁴ Cf. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 27.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 554.

apreciado o veto presidencial sobre recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Neste julgado ficou clara a intenção de que deve haver uma revisão do dogma da separação dos poderes em relação ao controle de políticas públicas em face da constante omissão do Estado quanto à concretização dos direitos prestacionais. Nessa linha o direito contemporâneo está em busca de fundamentos concretos para solucionar situações complexas relacionadas com a atuação do Judiciário no controle de decisões orçamentárias que atentem contra os direitos prestacionais⁶.

A jurisprudência tem oscilado bastante quanto à definição dos limites do controle das decisões orçamentárias. Existem decisões em que prevalece o entendimento da possibilidade do controle judicial em prol da efetividade dos direitos prestacionais⁷, até mesmo invertendo o ônus da prova, no sentido de que cabe ao ente federativo comprovar a inexistência de recursos orçamentários para cumprir o direito pleiteado na esfera judicial, conforme seguinte aresto:

No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação *in totum* dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche.⁸

Por outro lado, existem outros entendimentos jurisprudenciais que não vislumbram a possibilidade do Judiciário imponha aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação, tendo em vista pressupostos Lei de Responsabilidade Fiscal. Situação em que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o mérito da decisão discricionária que implementou políticas fiscais e econômicas escapa do controle do Poder Judiciário⁹.

Existe uma linha que separa a atuação judicial da atuação da Administração Pública, sendo que uma dessas funções típicas do chefe do Executivo seria a definição das políticas públicas para a sociedade. Face a essa indelegabilidade de

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 29/04/2004.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.197-PR. Rel.: Min. Luiz Fux. Julg. 04/05/2010.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 510.598/SP. Rel.: Min. João Octavio de Noronha. Julg. 17/04/2007.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344.331/PR. Rel.: Min^a. Ellen Gracie. Julg. 11/02/2003.

funções constitucionais é vedado a qualquer um dos poderes invadir o raio de atuação do outro, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, ferindo não simplesmente uma norma, mas sim, todo o sistema constitucional. A questão é: frente a ineficiência da Administração Pública, como garantir a efetividade dos direitos prestacionais através da intervenção jurisdicional sem ferir o princípio da separação dos poderes, sendo esta cláusula pétrea da Constituição Federal.

O Direito busca uma nova definição para a separação dos poderes, que atenda a essa evolução no Estado contemporâneo, sendo necessário uma revisão hermenêutica no seu conteúdo jurídico, de modo que venha a atender a atual realidade social. Mediante uma exploração doutrinária e jurisprudencial é possível encontrar um adequado papel do Poder Judiciário no atual Estado Democrático de Direito sem apegos radicais ao princípio da separação dos poderes. Com base na construção da ordem constitucional brasileira existem caminhos seguros e legítimos a serem trilhados pela Jurisdição Constitucional na correção da discricionariedade administrativa quando houver ineficiência do Executivo.

Deste modo, ao mesmo tempo em que a elaboração da Lei Orçamentária Anual é um ato de certo modo discricionário, também se deve levar em conta que a efetividade dos direitos prestacionais mediante políticas públicas é um papel do Estado (englobando Executivo, Judiciário e Legislativo). Porquanto, deve-se entender que “a discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento”, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 79.771/SP¹⁰.

Ao se colocar o Judiciário como protetor da ordem constitucional, mediante a função típica de fiscalizar o cumprimento dos deveres impostos ao Estado, é essencial ter um sistema de controle de constitucionalidade das normas que mantenha a Constituição viva e eficaz na ordem social. Pois, há uma necessidade imprescindível de se construir uma teoria da Jurisdição Constitucional que tenha legitimidade para controlar os atos discricionários do Estado frente à ineficiência do planejamento da Administração Pública. Na atualidade, a atividade do magistrado não pode mais ficar resumida ao mero exercício interpretativo convencional, mas

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 79.771/SP. Rel.: Min. Cid Flaquer Scartezini. Julg. 13/12/1995.

sua função consiste na decisão mais adequada, equânime e justa para o caso apresentado¹¹.

Partindo dessas premissas foi possível investigar autores e decisões judiciais que forneceram diferentes perspectivas acerca da atuação da Jurisdição Constitucional na atual conjuntura político-jurídica.

O primeiro capítulo tem por função apresentar um plano geral da construção constitucional dos direitos prestacionais, demonstrando as bases teóricas que fundamentam o processo de escolhas orçamentárias mediante políticas públicas e suas tradicionais formas de controle. Para isso, foi necessário analisar e compreender os postulados do Estado Democrático de Direito desenvolvido a partir do segundo pós-guerra, vez que houve a eliminação da rigidez formal em prol do atendimento à supremacia da vontade constitucional e a implementação da igualdade substancial na sociedade.

No segundo capítulo, parte-se da perquirição das situações que denunciam um aparente conflito entre a função jurisdicional e o regime democrático. O texto visa provocar uma reflexão acerca da atuação do Judiciário no regime democrático. Para isso, buscou-se estabelecer uma dialética entre as principais linhas doutrinárias e jurisprudenciais que giram em torno da possibilidade do controle judicial dos atos políticos, bem como sobre a legitimidade de decisões substancialistas na égide do Estado Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, a proposta é de mostrar que o controle judicial pode ser entendido como um meio eficaz e legítimo de se garantir a implementação de direitos prestacionais. Por derradeiro, cabe lembrar que o questionamento sobre a qualidade da atividade estatal e seu necessário controle para proteção do cidadão é uma medida indispensável para a conservação do regime democrático. E por isso que a proteção do mínimo existencial aparece como uma garantia e ao mesmo tempo como um limite à atuação da Jurisdição Constitucional, de forma a deixar claro a necessária delimitação do direito subjetivo no caso concreto para eventual sindicalização de decisões orçamentárias.

¹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 188.

Cap. 01 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 88

1.1 AS BASES TEÓRICAS DA PASSAGEM DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao se estudar a respeito do desenvolvimento do Estado é necessário compreender que ele não é um resultado, mas sim um processo que passou por várias mudanças paradigmáticas¹², ou seja, os modelos aceitos passaram a ser retrabalhados de maneira a permitir a formação de uma nova forma estatal que melhor atendesse a sociedade naquele dado momento histórico. Em muitas situações um novo paradigma pode ser desenvolvido por meio de uma ruptura com o sistema anterior, mas, em outros casos, também é possível que ocorra uma releitura das funções estatais, sem, no entanto, abandonar as premissas anteriores.

A partir de um recorte histórico é possível notar que durante o período medieval o poder existente se concentrava em um sistema político fundado essencialmente em vínculos pessoais, onde entre os senhores feudais e seus vassallos funcionava uma espécie de superioridade territorial como força legitimadora. Comenta Jorge Miranda que o período medieval é marcado por um ordenamento jurídico sob o regime patriarcal, colocando o príncipe, e não a cidade, como centro da vida política, o que possibilitou a existência de privilégios concedidos com base na vontade pessoal do governante:

E porque não há uma relação geral e imediata entre o poder do Rei e os súbditos, os direitos são a estes conferidos não enquanto tais, individualmente considerados, mas sim enquanto membros dos grupos em que se integram; são direitos em concreto e em particular, como expressão da situação de cada pessoa; direitos que se apresentam como privilégios, regalias, imunidades que uns têm e outros não, ou direitos institucionais, em vez de direitos atribuídos genericamente a todas as pessoas.¹³

¹² Para Thomas Kuhn a noção de paradigma passa a idéia de mudança, ou seja, uma revolução científica ocorre quando um novo paradigma vem a substituir um anterior, sendo que a cada revolução ocorre este novo ciclo e um novo paradigma é instalado. Podem existir varias razões para uma mudança paradigmática, podendo ser que o novo modelo responda com mais eficiência do que o anterior os problemas atuais. (Cf. KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43).

¹³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31.

A vontade do príncipe era a própria fonte da lei, predominava o entendimento de que o poder régio possuía fundamentação divina, como uma espécie de transferência de legitimidade em proveito do príncipe, de modo que sua vontade se tornaria inquestionável pelos súditos.

Na época medieval a população se mostrou extremamente impotente aos desmandos estatais e subordinada ao voluntarismo do governante absolutista, demonstrando o surgimento de insatisfações populares. A sociedade medieval se abre a questionamentos de cunho filosófico-religioso, reconhecendo a individualidade do ser humano e identificando uma possível falta de legitimidade no poder do príncipe¹⁴.

O anseio popular em busca de um sistema de proteção individual e de segurança foi crescendo com o tempo, abandonando continuamente o modelo que funcionava até então, no qual o poder estatal não encontrava limites efetivos ao seu exercício. A decadência do modelo feudal foi um fato determinante para a formação do Estado moderno, mediante a afirmação dos elementos da territorialidade, soberania e povo¹⁵. E cada vez mais os laços pessoais nas relações dos poderes estatais foram progressivamente sendo substituídos por uma espécie de hierarquia-administrativa em torno da soberania do Estado, o que, por consequência, estabelecia também em nível progressivo um rol de direitos e deveres dos indivíduos¹⁶.

A limitação e racionalização do poder estatal somente surgem com a inauguração do “Estado de Direito”, desenvolvido no fim do século XVIII e início do XIX, tradicionalmente atribuída às revoluções Americana e a Francesa, que vem a consolidar as doutrinas liberais. O pensamento burguês liberal traz como discurso a necessidade do Estado reconhecer os direitos individuais, mediante a proteção de cada indivíduo da intervenção do Estado.

As vésperas do movimento revolucionário francês, Emmanuel Joseph Sieyès publicou, na forma de manifesto político, a obra intitulada “O que é o Terceiro

¹⁴ Cf. NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 117 *et. seq.*

¹⁵ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71

¹⁶ Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 34

Estado?”, relatando que os privilégios existentes na sociedade francesa sufocavam o Terceiro Estado; isto é, refere-se o autor àquela classe de pessoas que não pertenciam ao clero e a nobreza, como a burguesia e a população sem representação política. Nesta obra, por ter sido escrita no auge deste movimento social, mostra a vontade popular, mais corretamente a burguesia, por mudanças, de modo a retirar todas as situações que contaminavam a legitimação do poder: “É completamente impossível que o corpo da nação, ou mesmo alguma ordem em particular, venha a se tornar livre, se o Terceiro Estado não é livre. Não somos livres por privilégios, mas por direitos, que pertencem a todos os cidadãos”¹⁷. Tentava-se estabelecer um plano de limitação e racionalização do poder estatal, que garantisse que sua atuação fosse previsível e que esta limitação fosse feita por regras gerais e abstratas.

Com base nos lemas “liberdade, igualdade e fraternidade” o povo francês busca uma nova forma de Estado que garantisse que os representantes fossem defensores dos verdadeiros interesses sociais, de maneira que houvesse a hegemonia dos direitos em detrimento dos privilégios. Este sentimento popular pode ser traduzido pelo preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem, onde ficou previsto que: “os representantes do povo francês, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis, e sagrados do homem”.

Com isso, o Estado de Direito desenhado pelo processo revolucionário francês representa o desenvolvimento de mecanismos que garantem o poder estatal vinculado e limitado juridicamente por uma ordem jurídica, reconhecendo a existência de garantias dos direitos fundamentais e o exercício do poder dentro de uma mecânica de separação de funções. A partir da concepção liberal do Estado de Direito se verifica uma conquista significativa no campo dos direitos individuais, provocando uma série de alterações da relação existente entre o Estado e a

¹⁷ SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte Burguesa**: Quést-ce que le Tiers État?. 4. ed. Trad. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 7.

sociedade civil, isto é, foi neste momento que houve a conversão de súditos em cidadãos livres, ainda que no aspecto formal¹⁸.

O movimento revolucionário francês simbolizou a quebra dos laços de submissão do povo (burguesia) aos desmandos do absolutismo, representando, a partir deste momento, a emancipação política e social da nação¹⁹. Note-se que enquanto que no período medieval os bens estatais eram vistos como propriedade do governante, o Estado Liberal rompe com esta situação, mediante a racionalização do poder. Por meio de um conjunto amplo de reformas anti-aristocráticas em defesa pela liberdade veio a ampliar a participação política, fazendo do Estado liberal um cenário ideal para o ressurgimento do espaço público, sem comprometer o espaço privado. Se de um lado o Estado teria o monopólio do uso legítimo da força e legitimidade para o exercício do poder de tributar, do outro o cidadão teria direitos individuais assegurados para ser utilizados como proteção em face do ente estatal²⁰.

O que se pode afirmar é que o liberalismo significou a limitação do poder da autoridade pública. Isso levou Norberto Bobbio a definir como “uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito a seus poderes quanto às suas funções”²¹, de modo que toda a intervenção estatal que extrapolasse a função abstencionista de proteção da liberdade individual seria considerada ilegítima, pois enfraqueceria a autonomia dos indivíduos. Com isso, a ascensão da classe burguesa fez com que houvesse a construção de um Estado fraco (Estado mínimo), com funções restringidas à vigilância da ordem social, ou seja, inaugura-se um modelo em que o poder estatal se transformou em instrumento de defesa da liberdade individual, através da utilização de meios despidos de substancialidade²².

Isso vem a modelar um sistema em que o poder estatal estará obrigado a garantir a liberdade individual, mas de forma a não comprometer a autonomia privada dos cidadãos. O momento inicial do movimento liberal ficou significativamente marcado pela posição estatal abstencionista, de modo que

¹⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45

¹⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28

²⁰ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64

²¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 17.

²² Cf. CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas...**, p. 107.

“convinha rodear-lhe de freios constitucionais a ação invasora, duramente sentida durante as épocas do absolutismo, mitigando-se-lhe assim a força coercitiva”²³. Com isso, promoveu-se a substituição do Estado forte do leviatã pelo Estado fraco liberal, uma vez que o império da lei veio a criar obstáculos jurídicos contra a tirania dos governantes.

A influência do liberalismo fez com que a proteção estatal estivesse essencialmente voltada para a liberdade individual em detrimento de uma visão dos interesses da comunidade, colocando o cidadão como responsável por seus atos e construtor dos valores morais da sociedade. O foco de atenção estaria sobre o indivíduo, de modo que não caberia ao Estado atrapalhar esse processo de desenvolvimento individual, defendendo-se que a presença estatal deveria ser a mais neutra possível, em atenção à regra de “quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse”²⁴, dando força a famosa ideologia liberal do *laissez-faire*, *laissez-passer*. Isso vem a estabelecer que o papel do Estado liberal era de apenas manter a segurança jurídica e a liberdade de iniciativa, de modo que o indivíduo pudessem por suas próprias qualidades atingir a sua potencialidade.

O ambiente desenvolvido, segundo adverte Jorge Reis Novais, é de que “a perspectiva material do Estado de Direito liberal assenta, portanto, não só na limitação da forma de agir do Estado, mas sobretudo, na limitação do seu próprio querer por valores cuja realização só pode ser garantida com a instauração de uma nova ordem”²⁵. As concepções liberais fizeram com que a conformidade de atos estatais com a lei fosse avaliada tão somente sob o aspecto formal, independente da concordância material e do seu conteúdo com um rol de valores. Com base nesta idéia, a burguesia rompia com o antigo regime, promovendo a limitação e racionalização do poder estatal, identificando o conceito de Estado de Direito atrelado com os seus elementos formais-instrumentais, especificamente com o princípio da legalidade da Administração (aspecto formal). Isto demonstrou que o

²³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...**, p. 87.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 60.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: Do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 102.

indivíduo transferiu para as leis as aspirações de luta como a defesa pela igualdade de tratamento e a extinção dos privilégios das classes nobres, mas ao mesmo tempo, as leis deveriam ser impessoais e despidas de valores, em razão do “constitucionalismo” surgido neste período.

Assim, o Estado de Direito, alinhado às Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789), concebeu a legalidade sob o aspecto de liberdade negativa, onde a sua principal função centra-se em atuar como garantidora das liberdades formais das pessoas frente aos abusos do Estado. Como consequência, a conduta seria entendida como justa na medida em que ela esteja enquadrada nos parâmetros da lei, havendo um critério de validade objetivo. Isso desencadeou um posicionamento em que, segundo Robert Nozick, os direitos individuais poderiam ser interpretados como restrições de ação e não como um estado final a ser realizado²⁶. Para este autor os direitos não determinam um ordenamento social, apenas criam uma situação para que as escolhas sociais possam ser feitas. Caso contrário, o Estado estaria tratando as pessoas como meios para alcançar seus próprios fins, não respeitando sua inviolabilidade pessoal.

Com isso, o pensamento liberal defende que as restrições morais devem ser respeitadas de forma absoluta, a fim de se evitar que as decisões individuais sejam condicionadas ou sofram qualquer tipo de intervenção. Em uma sociedade liberal o que deverá prevalecer são os interesses individuais, de modo que cada qual crie condições para atingir sua concepção de boa vida, desde que para isso não cause danos para outrem. Nesse mesmo sentido, Friedrich August Von Hayek defende que a liberdade somente existirá quando o homem for livre em esperar o imprevisível, condição oportuna para realizar seus objetivos²⁷. Em outras palavras, para este autor a liberdade individual pode ser entendida como o estado no qual o indivíduo não esteja sujeito ao arbítrio de outrem, isto é, a ausência de coerção, de modo que se evite as situações como aquelas em que “o coagido ainda possa escolher, as alternativas são-lhe impostas pelo coator de modo que ele escolha o que este pretende. Ele não é totalmente privado do uso de suas faculdades mentais,

²⁶ NOZICK, Robert. *Apud* VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

²⁷ Cf. HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade**. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983, p. 9.

mas é privado da possibilidade de utilizar seus conhecimentos para alcançar seus próprios objetivos”²⁸. Ser livre então seria a concepção de ter a liberdade de fazer escolhas, o direito de errar e acertar, livremente, sozinho, sem interferências, desde que tenha plena ciência de que deverá arcar com as conseqüências de suas ações²⁹.

Explica Álvaro Vitta que existem os deveres negativos e positivos, os primeiros são aqueles conhecidos como constringências morais, e os segundos referem-se aos auxílios a outras pessoas necessitadas. Para o liberalismo clássico somente os primeiros são deveres no sentido forte, sendo que os deveres positivos deveriam ser pautados no critério meritório³⁰. Isso deixa claro que a igualdade seria concebida na teoria liberalista, segundo pensamento de que todos deveriam ser submetidos a agir conforme as restrições colocadas pelo Estado da mesma maneira, sem distinções. Por efeito, a distribuição de benefícios se operará conforme a contribuição que aquela pessoa gerou para sociedade, de modo que haverá uma relação de proporção entre suas ações para com o Estado e o que receberá como reconsideração. Explica Nozick que “em uma sociedade livre, a distribuição será de acordo com o valor e não com o mérito moral, isto é, de acordo com o valor que as ações e serviços de uma pessoa mostram ter para outros”³¹.

Em linhas gerais, a doutrina liberal definia a igualdade formal no sentido de que a existência de restrições ou intervenções estatais na liberdade e nas oportunidades sociais não são admitidas. O progresso de vida dependeria da capacidade de cada um dos indivíduos, sendo que seria livre a concorrência de aptidões, e onde muitos concorrem ao mesmo prêmio, não há porque dar a vitória ao menos apto, ao mais fragilizado, em detrimento dos que tenham realizado maior esforço e mostrado mais habilidade, e poderão, com seu talento servir melhor à coletividade. Assim, o desenvolvimento dos indivíduos se escalona conforme a capacitação de cada um para atingir os melhores níveis e os benefícios somente seriam justificados caso houvesse uma contrapartida anterior pelo indivíduo

²⁸ HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade...**, p. 146

²⁹ Para Hayek, a liberdade é inseparável da responsabilidade. “A liberdade não apenas significa que o indivíduo tem a oportunidade de e, ao mesmo tempo, a responsabilidade de escolher; também significa que deve arcar com as conseqüências de suas ações.” (HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade...**, p. 76).

³⁰ Cf. VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos...**, p. 50.

³¹ NOZICK, Robert. *Apud* VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos...**, p. 64.

beneficiário, de modo que as instituições de um Estado liberal não podem se fundamentar em julgamentos de valores dos quais as pessoas individualmente não se empenharam para alcançar.

É comum encontrar na doutrina liberal a defesa do capitalismo do *laissez-faire*, sendo que a concentração de riquezas nas mãos dos indivíduos é resultado de seu talento e esforço pessoal. E as instituições sociais têm a finalidade de neutralizar as contingências sociais e culturais que condicionam as perspectivas que cada indivíduo tem de cultivar seus próprios talentos. O Estado apenas tem a finalidade de manter um ambiente propício para que cada indivíduo, dentro da sociedade, possa ter condições de desenvolver seus talentos e receber os benefícios. Assim, o poder público deverá proteger o princípio da igualdade, mas o que não pode haver é o estabelecimento de normas que pretendam impô-la aos indivíduos³², o que deveria se evitar que as pessoas contra sua vontade estejam obrigadas por normas igualitárias.

A respeito do mérito pessoal, Tom Campbell, com base na teoria de Sadurski, salienta que *“las teorías del mérito sostienen que una sociedad es justa cuando la distribución de cargas y beneficios concuerda con las distribución de aquello que está bien merecido (es decir, que es positivo) y de aquello que no se merece (es decir, que es negativo). Las acciones justas son aquellas que intenan mantener, alcanzar o restablecer esta proporcionalidad, a través de la administración de recompensas, castigos y compensaciones adecuadas”*³³.

Observe-se que para a corrente liberal do direito o mérito ou valor do indivíduo é entendido como aspecto absoluto na concepção de justiça, uma vez que cada um terá que despender esforços próprios e depender das condições existentes para alcançar seus objetivos de vida. E por consequência, a distribuição de rendas baseada no critério do mérito será aplicada valendo-se de uma equação, em que os esforços das pessoas sejam equivalentes aos seus benefícios³⁴.

Em linhas gerais a concepção liberal de Estado estava pautada na idéia de que a lei, como uma ordem geral e impessoal, seria capaz de evitar privilégios

³² Cf. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 44.

³³ CAMPBELL, Tom. **La Justicia: los principales debates contemporâneos...**, p. 157.

³⁴ *Ibid.*, p. 169.

hediondos, mas para atingir essa almejada segurança jurídica acabou se afastando dos fundamentos jusnaturalistas para se reduzir a um esquema formal. Isso justifica a razão pela qual as Constituições liberais regulavam somente a estrutura básica do Estado, prevendo uma sociedade de indivíduos e não de grupos, incorporando uma noção antioletivista³⁵. A partir desta análise, observe-se que o Estado de Direito inicialmente desenvolvido acabou reduzido a um Estado de legalidade, sendo que para o ato estatal ser legítimo bastava que este estivesse em conformidade com a lei sob o aspecto formal. Isto é, o império da lei traduzia-se em meras técnicas de realização de valores liberais, o que mostra a subordinação do Executivo e do Judiciário aos comandos do Legislativo.

Ocorre que a legalidade construída no Estado liberal vinha perdendo cada vez mais referência para com o seu objetivo de proteção dos direitos individuais. A insuficiência deste sistema como protetor dos cidadãos foi se agravando até o ponto de ser manipulado por governos, que utilizaram a força legitimadora deste modelo para construção de esquemas formais de governo. Exemplos clássicos podem ser observados nos Estados totalitários da Europa ocidental, onde os poderes marcadamente antiliberais foram desenvolvidos na edificação do Estado com o fim em si próprio. Com a utilização do aparato do Estado de Direito construído até aquele momento, o Estado fascista italiano e o nacional-socialismo na Alemanha promoveram a centralização do poder sem que houvesse uma quebra da “legitimidade legal”. No primeiro caso, o esquema formal-positivista de Direito foi utilizado pelo fascismo italiano para colocar os cidadãos como instrumentos dos fins do Estado, onde nenhuma pessoa ou valor existiria fora da soberania absoluta do Estado, ou melhor, dos interesses do governante. No regime do nacional-socialismo alemão (nazista) também se observa uma subversão do conceito do Estado de Direito, onde, embora, se negasse o caráter absoluto da lei, permitindo que os operadores jurídicos decidissem até mesmo *contra legem*, a decisão jamais poderia desrespeitar os princípios revelados pelo Führer, o que em certos termos permitiu a ascensão do governo nazista³⁶.

³⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 229.

³⁶ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: Do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 130.

Nestes casos, a legalidade foi convertida em instrumento legitimador da atuação dos fins dos Estados fascista italiano e nazista alemão, ou seja, não foi suficiente a ponto de evitar que os direitos individuais fossem flagrantemente violados. A concepção de Estado de Direito de primeira fase de certo modo forneceu legitimidade jurídica aos regimes politicamente orientados contra os ideais históricos do próprio Estado de Direito, permitindo com que o Direito fosse confundido com mero enunciado de lei, destituído de conteúdo e descompromissado com a realidade política, social e econômica³⁷.

Também não se pode esquecer que durante a revolução industrial, no século XIX houve arbitrariedades das empresas em face de seus empregados, cuja jornada de trabalho era absurdamente desmedida, criando condições de trabalho sub-humanas, razão pela qual os argumentos das correntes liberais foram ficando cada vez mais desgastados. Todo este panorama histórico leva Jorge Reis Novais a concluir que embora o primado da lei e a segurança jurídica sejam mecanismos de contenção do poder, sozinhos não podem ser considerados como garantias dirigidas a garantir os direitos fundamentais³⁸.

Frente a esta crise do modelo liberal foi possível perceber a necessária criação de um Estado solidário. Em outras palavras, Jorge Reis Novaes leciona que: “ao lado dos direitos e liberdades clássicos – moldados e comprimidos, particularmente no que se refere ao direito de propriedade, à medida das novas exigências de socialidade – avultam, agora, os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado”³⁹. Assume o Estado o encargo de buscar uma reconfiguração de sua atuação na sociedade, atendendo a necessidades até então sob a responsabilidade da autonomia privada, concebia-se, neste momento, o modelo do Estado do bem estar social.

A partir dos limites impostos ao exercício do poder estatal, José Joaquim Gomes Canotilho compreende haver uma espécie de associação do Estado Constitucional (recém inaugurado) com a justificação do poder. Com a intenção de garantir uma aplicabilidade imparcial e igualitária das normas jurídicas, a primazia

³⁷ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 114.

³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito...**, p. 126.

³⁹ *Ibid.*, p. 197.

dada à lei levou o autor a concluir que “o Estado de Direito francês como um Estado legal ou Estado de legalidade relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração, mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição”⁴⁰. É por isso e outras razões que o pensamento liberal foi taxado de ser uma corrente individualista e egoística, perdendo cada vez mais legitimidade na realidade social, conforme melhor detalha Lenio Streck e José Bolzan de Moraes:

O projeto liberal teve como conseqüências: o progresso econômico; a valorização do indivíduo, com centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder com poder legal, baseado no direito estatal (...) Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e forma da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre, e a formação do proletariado em conseqüência da Revolução Industrial e seus conseqüências, tais como urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde, etc.⁴¹.

As experiências vividas na primeira guerra mundial, juntamente com outros fatos, como a quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929, fez com que se repensasse acerca do papel do Estado na sociedade, a fim de se mudar novamente o seu fundamento paradigmático, pois se ao mesmo tempo em que o Estado reconhecia o direito do indivíduo ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre⁴². Em outras palavras, se com a inauguração do Estado liberal o indivíduo obteve o reconhecimento de direitos, ao mesmo tempo se percebeu que a garantia de tais direitos ficou apenas no plano formal, não havendo uma significativa melhoria de condição das pessoas em geral em relação com a situação anterior. Para Menelick de Carvalho Netto, é a partir deste descontentamento popular gerado durante a égide da concepção liberal que surgiram questionamentos, principalmente com base em idéias socialistas, comunistas e anarquistas, que de forma crescente

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 96.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 62.

⁴² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado...**, p. 277.

animaram “os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais”⁴³.

Diante das consequências geradas pelo descontentamento popular é que se identifica a crise do pensamento liberal, gerando um esgotamento do modelo vigente. Com o aumento das demandas sociais, principalmente com o fim da primeira guerra mundial, demonstrou-se que a sociedade dependeria de uma posição atuante (intervencionista) do Estado para a concretização dos direitos formalmente reconhecidos. Isso fez com que o Estado tomasse uma nova postura, gerando uma série das mudanças, como a flexibilização do sistema formal em prol do desenvolvimento de um Estado do bem estar social, o qual, por sua vez, vem a garantir direitos mínimos do cidadão, como a renda mínima, assistência social, saúde, moradia, etc. Embora houvesse previsão de algumas obrigações estatais positivas nas Declarações dos Direitos da Revolução Francesa, como por exemplo, nas áreas da educação e assistência social, foi somente neste novo modelo estatal que se buscou uma mudança radical na forma de conceber a relação de Estado e cidadão⁴⁴. Estes direitos não seriam mais entendidos como caridade, mas agora, como direitos políticos mínimos, que estariam englobados na “condição instrumento do Estado, compromisso com o bem comum e com a dignidade do ser humano, consolidando-se concretamente, conforme as condições expostas em cada sociedade e Estado e, tendo como conteúdo finalístico, a idéia de justiça social”⁴⁵. A partir desse momento se quebrou na crença da auto-suficiência da sociedade na seara social, demonstrando que as doutrinas liberais seriam incapazes de solucionar os problemas sociais.

Se por um lado, para o Estado liberal a presença estatal seria vista com receios e críticas, o Estado Social, fortemente influenciado pelas doutrinas econômicas de John Keynes, passou a absorver a ideologia de que é função estatal a promoção da distribuição dos resultados de forma equitativa e de maneira que

⁴³ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999, p. 478.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito...**, p. 190.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado...**, p. 72.

melhor atenda aos interesses sociais. Isso deixa bem evidente os novos objetivos estatais surgidos na fase social, conforme leciona Agustín Gordillo :

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.⁴⁶

Essas mudanças influenciaram profundamente toda a base de sustentação dos países, de modo que os institutos jurídicos passaram por uma leitura socializada, ou seja, o Estado assumiu um papel dirigista, mediante uma atuação de fomentador de políticas sociais. Estas mudanças de concepções foram essencialmente influenciadas por teorias econômicas, onde John Keynes foi um importante economista que teceu severas críticas à teoria do *laissez-faire*, *laissez-passer*, até então dominante, que defendia que a economia deveria se guiar autonomamente, sem a intervenção do Estado. Este economista defendeu um papel atuante do poder público, com a utilização de políticas fiscais para o alcance do pleno emprego e, via de consequência, o equilíbrio da economia nacional. Os fatos históricos demonstraram que a tese da “mão invisível”, defendida por Adam Smith, foi insuficiente para frear os impulsos egoísticos dos agentes econômicos, bem como incapaz de garantir o bem estar social, razão pela qual a prosperidade de um país dependerá necessariamente de medidas estatais de incentivo⁴⁷.

De forma inovadora no aspecto jurídico, a Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 são consideradas como o marco do constitucionalismo social, representando a crise do Estado liberal e a materialização dos ideais do Estado social. Estas cartas constitucionais previram os direitos chamados de segunda geração, como por exemplo, a Carta Magna mexicana que em seu artigo 123º trazia alguns assuntos inéditos como a limitação da jornada de trabalho para 8 horas

⁴⁶ GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 74.

⁴⁷ “O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir, em parte através de seu sistema de tributação, em parte por meio da fixação da taxa de juros e, em parte, talvez, recorrendo a outras medidas”. (KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 345).

diárias, a proteção do trabalho de menores de doze anos, direito de greve. Foi através dos ideais do constitucionalismo social que se percebeu efetivamente a necessidade do Estado proteger não somente os direitos e liberdades individuais, que teve seu reconhecimento conquistado nas revoluções liberais, mas também de se preservar e fomentar o desenvolvimento social dos indivíduos, passando a ser vistos como membros de uma sociedade e não somente como seres individuais e autônomos. É neste raciocínio que Karl Loewenstein defende que o novo papel do Estado vem a ser estabelecido como agente concretizador da dignidade humana, frente a sua responsabilidade social pela preservação do espírito de garantia da dignidade humana⁴⁸.

Dentro desse cenário político, John Rawls propõe uma estratégia contratualista em que defende que não é suficiente as sociedades serem apenas organizadas e eficientes, mas devem, além disso, serem justas. Com base nesse enunciado é que Rawls irá propor uma teoria de justiça, acreditando ser a melhor maneira das instituições públicas atuarem perante os cidadãos e, conseqüentemente, existirem sociedades justas e boas de se viver⁴⁹. Esse é um discurso plenamente válido, principalmente quando se trata do assunto do fundamentos teóricos do Estado do bem estar social.

Para este autor, conhecido como defensor da corrente igualitarista, a justiça de uma sociedade depende de como se regulamentará os direitos, obrigações, oportunidades econômicas e condições sociais⁵⁰. Por isso ele foge da definição de um conceito metafísico da justiça, mas procura definir um conceito político, sendo o resultado de uma pluralidade de concepções de justiça. O que se tentou foi quebrar com as soluções utilitaristas, ou seja, aquelas decisões que são tomadas por serem cômodas e, por agradarem a maioria de pessoas, muitas das vezes tomadas quando não se sabe qual seria a resposta correta⁵¹.

A teoria da justiça ora defendida visa alterar a estrutura básica da sociedade, modificando o modo como é despedido o tratamento das instituições sociais no

⁴⁸ Cf. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 401.

⁴⁹ Cf. KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: Uma teoria da justiça e seus críticos...**, p. 71.

⁵⁰ Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 8.

⁵¹ *Ibid.*, p. 4

momento da distribuição de direitos e deveres. Assim Rawls propõe um modelo de “justiça procedimental pura”, através da qual “seria considerada justiça processual perfeita se existisse tanto uma idéia independente e clara do que é um resultado justo, como um processo capaz de garantir esse resultado”⁵². E através de um processo de escolha imparcial, diz o autor, que se poderia criar um sistema de “justiça como equidade”. Seria estabelecido inicialmente um esquema procedimental, em que numa posição original e abaixo de um véu da ignorância seriam definidos os princípios da justiça que serviriam de diretriz para a atuação e para as escolhas dos cidadãos dentro de seus planos particulares de vida. Essa estrutura procedimental, segundo Rawls, irá garantir uma justiça substancial, promovendo uma estrutura social básica estável.

Como defensor do liberalismo igualitário, este autor americano entende que as desigualdades sociais atingem as possibilidades de vida dos seres humanos. É sobre tais desigualdades que a concepção da justiça deve ser aplicada, através da busca por uma equidade, sendo que a teoria de Rawls possui dois postulados condutores: “todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor eqüitativo garantido”. E também defende que “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos; (a) devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades; e (b) devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade”⁵³. Em outras palavras, deve haver uma garantia de igual liberdade na sociedade quanto ao exercício dos direitos civis. Diante da impossibilidade da concretização deste primeiro postulado, justifica-se a aplicação do segundo, esse de natureza distributiva, que autorizará uma maximização dos benefícios para os desfavorecidos, ou seja, aumentar as oportunidades para quem não as têm⁵⁴.

Na perspectiva de insuficiência na aplicação de liberdades civis, o segundo enunciado de John Rawls vai no sentido de se justificar a existência de uma justiça

⁵² GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política..., p. 20.

⁵³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47-48.

⁵⁴ Cf. KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls**: Uma teoria da justiça e seus críticos..., p. 60-61.

distributiva através da garantia de igualdade de oportunidades a todos e tratamento diferenciado aos menos favorecidos. Para Roberto Gargarella, na Teoria da Justiça de Rawls “as violações de uma idéia estrita de igualdade só são aceitáveis no caso de servirem para incrementar as parcelas de recursos em mãos dos menos favorecidos, e nunca de as diminuir”⁵⁵. Essa teoria não será avaliada sob o prisma de que as privações feitas de alguns serão justas na medida em que haverá benefícios a outros, mas haverá, sim, aplicação justa quando os benefícios maiores sejam destinados à melhoria das condições dos marginalizados, buscando alcançar a equidade. A idéia deste sistema é de que o bem-estar de todos depende de um sistema de cooperação, sem a qual não haveria possibilidade de atingir um bem comum na sociedade⁵⁶. No entendimento de Ana Paula Barcellos a equidade de oportunidades de Rawls é o conjunto de condições materiais mínimas que se reconhece como pressupostos da liberdade, uma vez que a inexistência desse “mínimo existencial” inviabiliza a utilização das liberdades públicas⁵⁷.

Nesse sentido pode-se identificar uma contraposição entre a corrente liberal, representada por Nozick e Hayek, e a corrente liberal igualitária, defendida por John Rawls. A primeira corrente não aceita a idéia de que políticas redistributivas sejam prioridades do Estado, sendo que Nozick chega a descrever a teoria de Rawls como “um modelo de maná vindo do céu, como se as partes na posição original comessem por privar as pessoas das suas posses e a seguir as redistribuíssem segundo um ideal estrutural”⁵⁸. Além disso, para que sejam implementadas essas políticas redistributivas o Estado teria que intervir continuamente na vida das pessoas, o que seria intolerável sob o ponto de vista dos liberais clássicos. Por outro lado, na teoria da justiça como equidade compreende-se que as pessoas somente conseguirão exercer suas liberdades civis se houver um mínimo necessário e suficiente de nível de vida, através de bens como educação, saúde, habitação, etc.

A forma “procedimental pura”, prevista na teoria da justiça como equidade, visa garantir a individualidade da pessoa, evitando que o indivíduo seja refém das

⁵⁵ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política..., p. 26.

⁵⁶ Cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça...**, p. 16.

⁵⁷ Cf. BARCELLOS, Ana Paula. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 28.

⁵⁸ KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls**: Uma teoria da justiça e seus críticos..., p. 104.

“fortes convicções da maioria, se forem de fato meras preferências sem nenhum fundamento nos princípios da justiça anteriormente estabelecidos, não tem peso algum”⁵⁹. Isso significa que poderá haver objeção contra a maioria, com base nos princípios da justiça, no momento em que a conduta das instituições públicas estiver contrariando esses postulados⁶⁰.

Com isso, é possível entender que o Estado Social vem a ser um modo de correção do individualismo liberal em prol da proteção dos direitos sociais e a concretização da justiça social⁶¹. E com este pensamento que “o Estado deve, na medida comportada pelas circunstâncias objectivas, procurar garantir: os serviços e os sistemas essenciais ao desenvolvimento das relações sociais na complexidade da sociedade actual”⁶², sendo que o poder estatal se transformou, a partir deste momento, em instrumento mais efetivo da sociedade para combater a desigualdade social e implementar políticas públicas⁶³. Isso não significa que na égide do Estado liberal não havia a previsão de serviços públicos, mas é que a partir deste momento essas tarefas foram colocadas em um nível superior de prioridade, através do qual, ao lado dos direitos individuais são inseridos os direitos sociais como deveres prestacionais do Estado, determinado que houvesse intervenções positivas estatais no sentido de não somente permitir o desenvolvimento da autonomia humana, mas também, de criar condições de um real progresso social.

A idéia de direitos sociais repercutiu numa espécie de “processo conjunto de estadualização da sociedade e socialização do Estado que se corporiza o princípio de socialidade enformador do novo Estado social e, por sua vez, é essa dupla dimensão que permite distinguir o Estado social dos conceitos afins”⁶⁴. O grande diferencial do Estado social é que por sua própria natureza, é estabelecido um Estado interventor, que exige um poder político extremamente atuante na esfera social, onde se identifica uma dependência da sociedade em receber serviços

⁵⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça...**, p. 499.

⁶⁰ Cf. KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: Uma teoria da justiça e seus críticos...**, p. 66.

⁶¹ Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 294.

⁶² NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito...**, p. 195-196.

⁶³ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 45.

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito...**, p. 197-198.

públicos⁶⁵. É nesse sentido que Fabrício Motta compreende que os postulados desenvolvidos no Estado liberal são insuficientes perante a atual Administração Pública, na medida em que se exige que o Poder Público esteja vinculada à efetividade dos direitos fundamentais e a consecução de resultados na prestação de serviços públicos⁶⁶.

A inauguração do Estado social sem dúvida firma um novo paradigma, não anulando as conquistas do Estado liberal, mas o complementando, na medida em que promove uma reinterpretação dos institutos jurídicos tradicionais à luz dos novos postulados sociais. Além das técnicas de defesa contra abusos da autoridade pública, o ordenamento jurídico também irá funcionar em função de valores integrados e dirigidos à realização da dignidade da pessoa humana. A supremacia da lei perde os contornos da concepção liberal, sofrendo uma significativa politização, implicando na análise de conformidade formal e material da lei com as normas constitucionais, conforme leciona Jorge Reis Novais:

[...] o império da lei e o princípio da legalidade sofrem os ajustamentos que decorrem necessariamente da invasão de todos os domínios da vida social por parte do Direito e do advento da nova dimensão de uma actividade administrativa empenhada na configuração da própria sociedade – a Administração constitutiva.⁶⁷

A Administração constitutiva, comentada acima pelo autor, representa uma função prestacional, abandonando aquela visão transcendental do sujeito. Se na primeira fase do Estado de Direito houve uma proteção aos direitos tidos como de primeira geração (liberdade e propriedade), na segunda fase, identifica-se uma superação desta visão individualista mediante a elevação da dignidade da pessoa humana e outros direitos sociais como os objetivos fundamentais do Estado. Nesta perspectiva, Mário Lucio Quintão Soares defende que a partir da ideologia do Estado

⁶⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social...**, p. 200.

⁶⁶ Cf. MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 42.

⁶⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito...**, p. 215.

social, o poder público assume uma função socialmente integradora, no qual se procurou compatibilizar o sistema capitalista-liberal com os ideais sociais⁶⁸.

Atualmente, percebe-se que várias cartas constitucionais prevêem a terminologia “Estado Democrático de Direito”, em especial a Constituição Federal brasileira de 1988, sendo que, inevitavelmente, busca-se responder a questão se esta construção seria a soma do Estado Liberal e do Estado Social ou se trata de um novo modelo constitucional, bem como, necessita-se esclarecer como os direitos individuais e sociais deveriam ser trabalhados neste (novo) cenário.

Luigi Ferrajoli identifica que até a Segunda Guerra Mundial a teoria jurídica que predominava era ainda a legalidade, onde a legitimidade das ações estatais estariam fundadas, exclusivamente, por previsões postas por autoridade competente, independente de discussões se tais condutas seria justas ou não. Com o término da guerra, houve um movimento denominado de neoconstitucionalismo que produziu um abandono do mero papel descritivo das realizações do processo de constitucionalização, passando a valorá-los positivamente a busca de sua ampliação. Assim, o controle da validade de uma lei que outrora estava dissociado da noção de justiça, agora passa a ser avaliada substancialmente sob o contraste de valores consagrados pela Constituição⁶⁹.

Por se tratar de um fenômeno ainda não consolidado, ou seja, que ainda está acontecendo, não é possível descrever todos os seus contornos. Mesmo assim, a doutrina costuma estudar alguns efeitos gerados pelo neoconstitucionalismo, agregando-o a noção de Estado Democrático de Direito, o que tem gerado uma notável evolução na releitura dos institutos jurídicos anteriormente criados⁷⁰. Nesta mesma direção, Luis Pietro Sanchis leciona que o neoconstitucionalismo implicou em um fortalecimento na ordem constitucional, mediante a superação do Direito ordinário. Este fortalecimento ficou evidenciado pela busca da construção de um modelo de direito constitucional além do positivismo, pois as mudanças ocorridas no

⁶⁸ Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 294.

⁶⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 16 *et seq.*

⁷⁰ Cf. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 90.

meio jurídico e econômico fizeram com que houvesse a necessidade de uma nova filosofia do Direito⁷¹.

Alguns efeitos dessas mudanças no constitucionalismo podem ser identificados como um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito constitucional, que assim são elencadas por Luis Roberto Barroso:

Como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁷²

Seria esta a efetiva transformação do Estado legislativo de Direito para o Estado constitucional de Direito, promovendo a reintrodução das idéias de justiça e legitimidade na aplicação jurídica. A consolidação do constitucionalismo democrático, assim denominado pelo autor, provocou um significativo impacto na figura do Estado perante a sociedade, o que propiciou que houvesse valiosas reflexões quanto ao verdadeiro papel do Direito na sociedade atual, a recepção de valores sociais na interpretação constitucional e a promoção dos direitos fundamentais, etc⁷³.

Mesmo diante de significativas mudanças no campo jurídico, Paulo Ricardo Schier entende que não se pode compreender o neoconstitucionalismo como uma nova teoria constitucional, mas sim, em uma nova técnica jurídica de solução dos conflitos sociais:

Aquilo que a doutrina tem designado como 'neoconstitucionalismo', em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria Constitucional ou um movimento doutrinário. Antes disso parece tratar-se, o 'neoconstitucionalismo', em verdade, de um momento teórico em que os Constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um

⁷¹ Cf. SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999, p. 16.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Brasília, no 23, n. 82, 4. Trim., 2005, p. 123.

⁷³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo...**, p. 262 *et seq.*

momento em que se buscam soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas.⁷⁴

O neoconstitucionalismo pode ser entendido como essa nova postura dos intérpretes perante o Direito, em que além de manter limites e induzir o Estado a promover ações positivas, também tem transformado o saber jurídico em uma ciência mais crítica a respeito da atuação do Poder Público. Este novo ambiente promoveu um processo de releitura e adequação dos direitos e deveres constitucionais clássicos, de modo que este estágio não representa necessariamente uma revolução do conceito de Estado social, mas vem a promover uma redefinição dos instrumentos utilizados para consecução do interesse público. Isso retrata muito bem o pensamento de Friedrich Müller, que defende que um verdadeiro Estado Democrático de Direito, para que “possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico)”⁷⁵

O Estado Democrático de Direito, desenvolvido com base neste fenômeno jurídico, tem melhores condições de promover a eliminação da rigidez formal em prol do atendimento à supremacia da vontade do povo e a implementação da igualdade substancial na sociedade. Com isso, o Estado passa a ter como pressupostos uma “organização flexível, que assegure a permanente supremacia da vontade popular, buscando-se a preservação da igualdade de possibilidades. Com liberdade, a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa”⁷⁶. Em outras palavras, pode-se compreender que as terminologias “Democrático e Estado de Direito”, neste estágio do constitucionalismo moderno, são entendidos como qualidades indissociáveis do Estado constitucional, isto é, se de um lado há uma legitimidade do direito e do processo legislativo, do outro há um círculo de legitimidade do poder político⁷⁷.

⁷⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no momento do neoConstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 5, n. 20. abr./jun.2005, p. 149.

⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 9, jul./dez. 1999, p. 26.

⁷⁶ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 307.

⁷⁷ Cf. CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 100.

Assim, a democracia política aparece como condição necessária do Estado social, de modo que os direitos fundamentais somente obteriam uma realização efetiva em um regime democrático⁷⁸, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito possibilita que vários interesses conflitantes, de determinados indivíduos ou grupos, ganhem um significado político e jurídico e sejam levados em consideração pelo Estado, conforme defende Marcelo Neves:

Pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito, pressupondo reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissensos contenciosos e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.⁷⁹

Agrega-se aos objetivos estatais anteriormente definidos um projeto sob o prisma da solidariedade, de modo que a “lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção”⁸⁰. Emerson Gabardo completa este entendimento, defendendo que a compreensão de solidariedade não irá se restringir a questões econômicas, mas criará uma forte referibilidade para as condutas do Estado e dos particulares⁸¹. Isso faz com que o Estado democrático intervencionista se preocupe com novos problemas, não necessariamente em somente limitar um poder estatal, mas em construir um poder previamente limitado, democraticamente legítimo e com eficiência em seu processo político, a fim de garantir a liberdade e a vida digna do cidadão. Por isso, entende Konrad Hesse que “já não basta o princípio da exclusão: o que os direitos fundamentais devem garantir depende não só da inexistência de tais intervenções, mas, numa dimensão considerável, da ação estatal, de que,

⁷⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito..., p. 221.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 156.

⁸⁰ MORAIS, José Luis Bolzan. O Brasil pós-1988. Dilemas do/para o estado constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando Direitos**: 15 anos da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

⁸¹ Cf. GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 185

mediante programação, intervenção e previsão estatais se dotem os cidadãos das condições materiais para uma vida livre e digna⁸².

Em razão disso é a que se “exige uma intervenção estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um limite mas como um fim do Estado”⁸³, exigindo esforços, tanto do poder público, quanto dos administrados, para conciliar as conquistas oriundas do constitucionalismo liberal com os ideais surgidos na égide da ideologia social. Coloca-se o Estado como instrumento de consecução da inclusão social e da participação efetiva dos indivíduos nas decisões estatais, fazendo com que a legitimidade do poder fosse fundada não somente na proteção dos direitos negativos, mas também na defesa dos direitos de participação popular, bem como na implementação dos direitos mínimos de dignidade humana através de meios adequados e eficientes. Por isso, concorda-se com o Ingo Wolfgang Sarlet quando afirma que os direitos fundamentais, individuais e sociais, podem ser entendidos simultaneamente como sendo pressuposto, garantia e instrumento do regime democrático da autodeterminação do povo, através do qual cada indivíduo é reconhecido como o fundamento funcional da democracia⁸⁴.

Portanto, a ordem constitucional contemporânea passa a trazer questões que vão muito além de uma simples ordenação normativa do poder público, vem estabelecer comandos principiológicos com vistas a estabelecer metas de concretização dos direitos fundamentais da sociedade. Esses comandos exigem uma posição construtivista do poder público, de modo que os atos estatais sejam elaborados de forma contínua e direcionados ao cumprimento de uma justiça social e do bem comum.

1.2 FUNDAMENTABILIDADE E DISTINÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

⁸² HESSE, Konrad. **Temais Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

⁸³ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...**, p. 1.399.

⁸⁴ Cf. SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 66-67.

Torna-se necessário identificar o tratamento que a Constituição Federal de 1988 fornece aos direitos prestacionais, tendo em vista que vem trazer um novo referencial para o ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando um novo projeto de sociedade. A atual ordem constitucional não se resume a meras normas que fixam competências e ordenam o poder estatal; vai além disso, enunciando metas, programas a serem realizados pelo Estado. Basta analisar o seu preâmbulo para perceber o caráter compromissório, demonstrando a preocupação constitucional para com os problemas existentes na sociedade brasileira.

Se no início da construção do Estado de Direito houve a implementação de um modelo de esquema formal, com o passar do tempo essa neutralidade estatal foi sendo substituída por um Estado solidário ou providencial. Em outras palavras, passou-se a defender, além dos direitos e liberdades clássicos, os denominados direitos sociais. A partir desse momento o Estado assume o encargo de buscar uma reconfiguração da sociedade, passando a ter o compromisso para com o bem estar social. A partir daí emerge como problema a identificação de como as instituições públicas e privadas deverão se portar frente aos direitos sociais, eis que a Constituição Federal 1988, em seu artigo 6º, traz um rol bastante significativo dessa espécie de direitos, como por exemplo: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, etc.

Contudo, para melhor compreender o texto constitucional é necessário analisar os procedimentos de discussão que antecederam a promulgação da Constituição Federal, pois a análise dos debates social e política em torno da definição dos direitos e deveres contribui para o entendimento do tratamento dispensado aos direitos prestacionais.

O discurso cheio de simbolismo do deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, no dia da promulgação da Constituição Federal de 1988, mostra que o anseio popular era por uma renovação nacional por meio de uma revolução democrática, conforme trecho de sua fala em que se refere à nova ordem constitucional: “É a Constituição coragem. Andou, imaginou, inovou, ousou, ouviu, viu, destroçou tabus, tomou partidos dos que só salvam pela lei. A

Constituição durará com a democracia e só com a democracia sobrevivem para o povo a dignidade, a liberdade e a justiça”⁸⁵.

Após longos anos sob o regime militar ditatorial, a sociedade brasileira acreditava que somente uma nova ordem constitucional poderia vir a garantir os direitos de cidadania abandonadas nos últimos anos. Fatos que antecederam a promulgação da Carta Constitucional de 1988 retratam a insatisfação popular que tomava conta da sociedade brasileira:

Foi também nesse contexto que a crescente mobilização popular passa a ditar o ritmo da transição do regime. Se na primeira fase ela é comandada quase exclusivamente pelos quartéis, agora tem como contrapeso a força das ruas. Razões para a insatisfação popular não faltavam.⁸⁶

Em um momento que gerou a motivação aos cidadãos, pode notar que o texto constitucional teve um efetivo comprometimento com o pensamento social, de modo que a assembléia constituinte comprova esta afirmação, uma vez que os debates travados na época demonstram uma inclusão de pensamentos que conformavam uma sociedade justa e uma estrutura normativa que a ela se adequava. Este mesmo entendimento é de José Afonso da Silva, identificando uma função eminentemente dirigista da Constituição Federal de 1988:

O constituinte (...) rejeitou a chamada constituição sintética, que é a constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, aposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição garantia (ou constituição-quadro). A função garantia não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de constituição dirigente, enquanto define fins e programas de ação futura.⁸⁷

A constituinte de 1987 foi fruto de um intenso processo de debates e propostas, em que os mais variados grupos sociais opinaram e sugeriram mudanças que deveriam ser materializadas no texto constitucional. Eneida Desirre

⁸⁵ GUIMARÃES, Ulysses. *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 202.

⁸⁶ PRIORE, Mary Del; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010, p. 287.

⁸⁷ SILVA, José afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 6.

Salgado comenta que houve uma significativa mobilização de entidades representativas, colocando como tarefa popular a construção do projeto democrático-constitucional, o que outrora ficava restrito somente a esfera política e acadêmica⁸⁸. Com esta mobilização o processo constituinte foi um espaço público de debates e discussões, onde se permitiu que os cidadãos e entidades de classe apresentassem propostas.

Cumprido esclarecer que a solução encontrada pela Assembléia Constituinte para ouvir todos estes grupos sociais foi dividir os trabalhos em oito grandes Comissões Temáticas, que se subdividiram em 24 Subcomissões. E a principal fonte do processo constituinte foram as audiências públicas em que diversos membros, como juristas, doutrinadores, cidadãos, conseguiram apresentar suas propostas. Tanto foi assim que o resultado deste trabalho foi batizado de “Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”⁸⁹.

O processo constituinte permitiu que o projeto constitucional tivesse participação das mais variadas classes sociais, fruto de um pluralismo jurídico, acompanhando a tendência do Estado moderno que surge com uma filosofia diferente, de modo que o ordenamento jurídico passe a aceitar as ordens jurídicas insurgentes, pertencentes ao convívio social⁹⁰. Neste panorama, é possível notar que a Constituição Federal Brasileira de 1988 identifica uma série de direitos que contemplam os direitos à educação, saúde, trabalho, segurança, previdência social, etc. Apesar dos direitos sociais já terem sido previstos em outras Cartas Constitucionais, foi efetivamente esta Carta Magna que foram entendidos como

⁸⁸ Cf. SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia** - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 140.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92.

⁹⁰ Cf. MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e Direito moderno**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 108.

prioritários, exigindo, na maioria dos casos, prestações positivas do Estado com o objetivo de diminuir as desigualdades e promover a inclusão social⁹¹.

Observe-se que a Constituição da República de 1988, ao estabelecer os princípios da ordem econômica mostra uma especial preocupação com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa. Isso, segundo Luis Roberto Barroso, demonstra o comprometimento que o texto constitucional teve para com a melhoria da condição social⁹². Basta analisar que, apesar da ordem capitalista vigente reconhecida pelo princípio da livre iniciativa, tem-se como prioridade a justiça social. Constata-se que o neoconstitucionalismo brasileiro adotou um sistema de valores híbridos, no qual conciliou elementos historicamente antagônicos, conforme consta no caput do art. 170, “valorização do trabalho humano” e “propriedade privada”, bem como “busca do pleno emprego” e “livre iniciativa”⁹³.

O modelo constitucional implantado pela Carta Magna de 1988 possibilita que dele se extraia um parâmetro de justiça, na medida em que o seu texto oferece idéias de justiça social que fundamentam a atuação do Poder Público e dos particulares⁹⁴. É evidente que a Constituição Federal de 1988 incorporou uma ideologia solidária ou providencial, mas o operador do direito precisa ir além desse entendimento, na medida em que se torna necessário encontrar a legitimidade para que o Estado pratique condutas em nome dessa solidariedade. Conforme alerta Marcelo Cattoni, “não há de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de responsabilidades na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. Uma ordem constitucional como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos

⁹¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 79.

⁹² “A Constituição de 1988 cuidou de concretizar o princípio da valorização do trabalho em regras concentradas em seu art. 7º, onde se pode encontrar um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. O elenco que ali figura não exclui outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, nos termos expressos do caput do mesmo artigo. O constituinte prestigiou, nessa mesma linha, o trabalho dos autores e inventores, através das garantias do direito autoral (art. 5º, XXVII) e da proteção patentária (art. 5º, XXIX), e daqueles profissionais que participam de espetáculos públicos ou de obras coletivas (art. 5º, XXVIII). O fundamento da proteção ao trabalhador e da valorização do trabalho encontra-se na própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III)”. (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 50).

⁹³ Cf. BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (Orgs). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 202.

⁹⁴ Cf. FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 21.

termos do paradigma do Estado Democrático de Direito exige dos operadores jurídicos uma maior consciência hermenêutica e uma responsabilidade ética e política para sua implementação⁹⁵. Com isso, exige-se um maior comprometimento das instituições públicas e dos operadores jurídicos com o objetivo de promover a mudança da realidade, mediante a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados. A atual ordem constitucional, por si só, simboliza a passagem para a democracia política brasileira, após anos de espoliação dos direitos individuais. Mas, além disso, vem criar meios para que haja o resgate das promessas da modernidade, através da qual o Direito se transformou em um campo de luta para implantação dos direitos pendentes de concretização⁹⁶.

Essa mudança da realidade social é retratada nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstas no art. 3º da Carta Constitucional. Note-se que este dispositivo constitucional prevê no inciso III o encargo do Estado em “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades” e, ao mesmo tempo, prevê nos incisos I e IV, que o Estado construirá uma “sociedade livre, justa e solidária”, promovendo o bem de todos, sem preconceitos. A forma com que os objetivos são elencados pela Carta Magna brasileira demonstra que o constituinte teve a preocupação em definir a finalidade do Estado como agente concretizador de direitos, bem como a forma com que a sociedade deveria ser organizada para a consecução de tais fins. Em outras palavras, isso significa que a justiça social não poderá ser feita a qualquer custo, mas respeitando os direitos e parâmetros constitucionais, sob pena da quebra da ordem jurídica.

O Estado Democrático de Direito brasileiro encampou a defesa tanto dos tradicionalmente chamados direitos de defesa, quanto dos direitos positivos, em especial os direitos prestacionais ligados à dignidade da pessoa humana. Enquanto os primeiros visam uma esfera de defesa individual do cidadão, os direitos fundamentais de prestação se propõem a assegurar a combater as desigualdades sociais através de um comportamento ativo do poder público⁹⁷. Defende José Joaquim Gomes Canotilho que são “direitos dos indivíduos a ações positivas do Estado, quer reconhecendo o direito a uma ação positiva de natureza fática [...]

⁹⁵ CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 99-100.

⁹⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional: uma nova crítica do direito...**, p. 29.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 169.

quer garantindo o direito a um acto positivo de natureza normativa⁹⁸. Isto é, o Estado deverá colocar os meios jurídicos e materiais necessários à disposição dos cidadãos, com fim de que possibilite que os mesmos tenham condição real de exercício dos direitos constitucionais. A finalidade dos direitos denominados de prestacionais fundamenta o dever das instituições públicas de buscarem concretizar uma ordem social justa, ou seja, busca impor ao Estado a tarefa de compensar os déficits da garantia jurídico-fundamental da liberdade⁹⁹.

Em outras palavras, os direitos fundamentais prestacionais sociais foram incorporados pelo Estado social de Direito como corretivos dos problemas apresentados pelo modelo liberal, razão pela qual são os direitos enquadrados nesta categoria que terão a incumbência de promover a melhoria da redistribuição dos bens materiais, serviços e benefícios existentes na sociedade¹⁰⁰. Há uma habilitação do individuo para que possa exigir do Estado uma postura ativa, pois ao mesmo tempo em que nasce uma obrigação estatal em concretizar tais direitos, junto com ela, também é possível defender que há o direito subjetivo do cidadão exigir, de forma imediata, a concretização¹⁰¹. A Carta Republicana de 1988 é expressa em estabelecer não somente um sistema de mera participação popular no poder, mas também ao formar instituições que garantam a participação de todos, bem como que assegurem os direitos dos cidadãos. Para Carlos Ari Sundfeld o Estado brasileiro constrói a noção de Estado Social e Democrático de Direito, sendo que além de garantir o funcionamento democrático e o respeito aos direitos individuais, também busca atender os direitos sociais, assegurando a possibilidade dos cidadãos exigí-los¹⁰².

Acerca das transformações dos Estados contemporâneos, leciona Jacques Chevallier que diante da crise das instituições e dos valores da modernidade parece conduzir a sociedade para um novo modelo de organização social, denominando-o de pós-modernidade. Apesar de o autor entender que o conceito de “pós-

⁹⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1.259.

⁹⁹ Cf. HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 52.

¹⁰⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 212.

¹⁰¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 199.

¹⁰² Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 56.

modernidade” não seja um modelo bem determinado, havendo na sua definição uma zona nebulosa, é possível utilizar esta terminologia para analisar as transformações que se passam na atual forma estatal¹⁰³. Observe-se que a definição de Estado pós-moderno é atribuída para identificar uma mudança perceptível no atual estágio do Estado, em que alguns doutrinadores apontam uma crise do modelo social diante das reformas neoliberais, apontando como causa a ineficácia das políticas assistencialistas diante da burocracia estatal e o seu alto custo para o poder público¹⁰⁴.

Luis Carlos Bresser Pereira retrata que na década de 80 vários países apresentaram redução nos índices de crescimento econômico, aumento do desemprego e elevação da inflação. Após vários estudos, chegou-se à causa da crise dos desequilíbrios na América Latina e no Leste Europeu: era uma crise do Estado, que não suportava a sobrecarga de demandas que foram colocadas sob seu encargo. Diante dessas crises fiscais, os países, principalmente, os latino-americanos entraram em uma encruzilhada: ou começariam a tomar medidas de forma a reduzir drasticamente seu déficit público ou continuariam prisioneiros da crise fiscal que então tendia a se transformar em hiperinflação. Com isso, o autor defendeu a solução adotada foi a reformulação no papel do Estado, que assim deve se desenvolver:

[...] a coordenação da economia, contudo, deve ser mista. Cabe ao mercado o papel básico de alocação de recursos, mas o Estado, após ter sido reformado e após o ajuste fiscal, deve assumir novas e importantes funções de coordenação não apenas no campo social, mas também na área de tecnologia e do comércio internacional, além de continuar a ser o principal responsável pelos investimentos em infra-estrutura.¹⁰⁵

A idéia era de que houvesse uma ampla reforma estrutural do Estado, a fim de diminuir suas funções e, manter sob a titularidade estatal somente aquelas

¹⁰³ “O conceito de “Estado pós-moderno” tem por função essencial fornecer um quadro da análise das transformações que sobre a forma estatal: ele visa a colocar em evidência, para além da extrema diversidade das configurações estatais, certas tendências marcantes de evolução que operam com maior ou menor intensidade em todos os Estados” (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 21).

¹⁰⁴ Cf. SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional...**, p. 298.

¹⁰⁵ PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. 34. ed. São Paulo: EDITORA, Ed. 34, 1996, p. 50.

atividades indispensáveis à sociedade. O objetivo das reformas estruturais não é atingir o Estado mínimo, mas reduzi-lo e definir uma nova estratégia de desenvolvimento, consistente com as novas realidades econômicas internacionais, inclusive buscando uma redução da capacidade de intervenção estatal. Defende Luis Carlos Bresser Pereira que “o Estado que surge a partir dessas reformas deverá ser, ao mesmo tempo pequeno e forte. Teria não apenas o papel político liberal clássico de garantir a propriedade e os contratos, e o papel social-democrático de promoção do bem-estar e de afirmação dos direitos sociais, mas também um papel econômico, particularmente na área da política industrial e do comércio exterior orientada para a promoção das exportações”¹⁰⁶.

No governo Fernando Henrique Cardoso, com a participação de Luis Carlos Bresser Pereira, foi elaborado um Plano Diretor de Reforma do Estado, com a idéia de desregulamentar e flexibilizar o setor público brasileiro, para dar mais liberdade à instalação do capital internacional. A justificativa desse plano de reformas foi assim definida:

Este “Plano Diretor” procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a “memória administrativa”, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental. É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna “cliente privilegiado” dos serviços prestados pelo Estado.¹⁰⁷

Defende Jacques Chevallier, mais do que um ponto de referência, o “Estado pós-moderno” promove uma reavaliação do *Welfare State* de modo que o

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 51.

¹⁰⁷ BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília, DF, 1995.

agravamento das finanças públicas implicou em uma re-análise dos programas sociais em vários países, como Reino Unido, França e Estados Unidos. Essa remodelação do papel do Estado traz a “idéia de que a administração pública deve ser, à semelhança do particular, 'eficaz' e que para tanto ela deve emprestar daquele as receitas de boa gestão”¹⁰⁸. Com isso, embora o autor identifique o fim do protetorado do Estado na vida social, tipicamente configurado no Estado Social, salienta que isso não representa a volta à um Estado mínimo ou liberal. O Estado continuará presente na conservação dos direitos sociais, mas isso se dará através de um novo modelo ou papel¹⁰⁹.

Apesar destas questões atinentes ao efeito neoliberal ainda serem polêmicas na doutrina nacional e estrangeira, certo é de que as políticas sociais praticadas no Brasil ainda estão muito precárias, longe de atingir todos os cidadãos. Isso retrata uma profunda desigualdade social e dominação por parte de elites econômicas, conforme leciona Marilena Chauí:

O autoritarismo social e as desigualdades econômicas fazem com que a sociedade brasileira esteja polarizada entre as carências das camadas populares e os interesses das classes abastadas e dominantes, sem conseguir ultrapassar carências e interesses e alcançar a esfera dos direitos. Os interesses porque não se transformam em direitos, tornam-se privilégios de alguns, de sorte que a polarização social se efetua entre os despossuídos (os carentes) e os privilegiados. Estes, porque são portadores dos conhecimentos técnicos e científicos, são os componentes, cabendo-lhes a direção da sociedade.¹¹⁰

A crítica neoliberal que tem gerado mais sustentação no Brasil seria a respeito da ineficiência das políticas sociais. Os governantes insistem em não tratar a questão social como caso de política, ou seja, as políticas públicas ainda carecem de desenvolvimento, não recebem a prioridade que deveria nos planos governamentais. É por isso e outros motivos que Cármen Lúcia Antunes Rocha defendeu que embora o Brasil possua uma ótima Constituição, o país tem uma péssima prática constitucional¹¹¹.

¹⁰⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno...**, p. 83

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 59.

¹¹⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 1995, p. 436.

¹¹¹ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**, Ano. 1999, n. 20, p. 8.

Frente aos problemas as críticas realizadas à eficiência das políticas sociais, o Estado Democrático de Direito pode ser compreendido como uma forma de correção de algumas falhas encontradas no Estado social, sendo que autores nacionais, como Eros Roberto Grau, defendem que um projeto neoliberal certamente não vingaria no Brasil, haja vista os obstáculos que encontraria nas bases constitucionais previstas, principalmente nos artigos. 1º, 3º e 170 da Constituição Federal de 1988¹¹². Ainda que se presenciem efeitos inevitáveis do movimento neoliberal, não se pode dizer que houve um esgotamento da ideologia do Estado social. Pois, atualmente, se torna imodificável o encargo do Estado de prover e manter as condições dignas dos seus cidadãos, de maneira a garantir efetivamente o cuidado existencial do indivíduo¹¹³.

Emerson Gabardo compreende que a tese do “Estado Gerencial”, apesar de útil e necessária, não pode ser considerada como uma inovação do estágio pós-social, apenas misturou-se idéias que já existiam no liberalismo com a carência de legitimidade e eficiência do Estado atual. Em razão disso, ainda permanece como papel estatal a função de um Estado social interventor¹¹⁴.

Um julgamento que retrata este pensamento é a ação direta de inconstitucionalidade n. 3.468-4, em que o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente e, por consequência, declarou constitucional o art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Este dispositivo assegura a gratuidade dos transportes coletivos públicos para maiores de 65 anos. Várias questões foram levantadas neste processo, como a injusta carga financeira que as concessionárias de transporte coletivo teriam que arcar diante da isenção dos idosos, bem como que essa previsão somente teria validade para relações jurídica futura, sob pena de quebrar o equilíbrio econômico-financeiro, conforme voto do Ministro Marco Aurélio: “O que decorre da gratuidade não há de ser sustentado pela sociedade em si. Esta já satisfaz, numa gradação insuplantável, os impostos e os tributos. Deve ser arcado

¹¹² “A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia”. (Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48).

¹¹³ Cf. HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional...**, p. 41.

¹¹⁴ Cf. GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiaridade...**, p. 118-119.

pelo próprio Estado (...) Ele não pode simplesmente cumprimentar com o chapéu alheio; ele não pode transferir a terceiros ônus que haja criado”¹¹⁵. Mas a fundamentação que prevaleceu, dentre outras questões, foi a que deu maior importância da solidariedade e da existência de políticas sociais que venham a garantir a dignidade dos cidadãos, devendo haver colaboração tanto do Estado, quanto dos particulares. Observe-se a fundamentação utilizada no voto da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha: “O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer, com menores dificuldades, seu direito de ir e vir”¹¹⁶.

Pode-se perceber que é necessário ou até mesmo indispensável a análise das circunstâncias da realidade social para obter uma decisão coerente. Pois, talvez a mesma medida não seria necessária em países desenvolvidos, onde a aposentadoria fosse mais condizente com as necessidades básicas dos idosos. Isso enuncia uma preocupação para com a realização dos direitos prestacionais, de modo que a dignidade da pessoa humana é colocada como fundamento dos direitos constitucionais.

Ao se analisar artigo 208, inciso V da Constituição Federal pode-se perceber que o ingresso no ensino superior possui regulamentação que determina que haverá o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”, o que, aparentemente, impõe um caráter meritório na admissão de acadêmicos, ao contrário do que ocorre que ensino fundamental e médio que se orientam pelo princípio da universalização.

Essa é uma discussão recente que pode ser travada à luz do princípio da justiça da Constituição Federal de 1988, pois existem discussões jurídicas e políticas, como as cotas raciais em universidades, que envolvem a questão de como o Estado deve se portar diante desse impasse constitucional. O resultado da solução dada a essa dúvida servirá de embasamento para a legitimação das políticas governamentais. Chama-se atenção a respeito da importância de se colocar os

¹¹⁵ BRASIL. STF. Plenário. Voto Ministro Marco Aurélio. ADI 3.768/DF. Julg. 19/09/2007, DJe 131, de 26/10/2007.

¹¹⁶ BRASIL. STF. Plenário. Voto Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha. ADIn 3.768/DF. Julg. 19/09/2007, DJe-131, de 26/10/2007.

direitos fundamentais como fundamento de qualquer análise que venha a ser feita. É possível identificar alguns entendimentos sobre a aplicação do art. 208 da CF, como por exemplo, aqueles que defendem haver uma exigência de caráter meritório, ou seja, somente haverá acessão acadêmica para quem exercer um esforço intelectual. Por outro lado, este mesmo dispositivo constitucional pode ser interpretado como uma ação afirmativa destinada a promover a igualdade de acesso à educação (art. 3º, III da CF), medida intermediária para se alcançar a justiça distributiva, através de uso do Direito como instrumento transformador

Quando o Estado vai atuar no campo social surgem diversos questionamentos, sendo que nestes casos, continuamente é invocado o interesse público para justificar medidas que venham a suprimir a vontade individual. Mas, Herbert Marcuse, em conferência proferida na Universidade do Kansas, faz um interessante indagação: “quem determina o interesse geral de uma coletividade e, assim sendo, o alcance e os limites da liberdade e da felicidade individuais e os sacrifícios impostos à liberdade e à felicidade individuais em nome e no interesse da coletividade?”¹¹⁷.

É possível perceber que a transformação do Estado liberal em social criou uma série de complicações. Explica Tércio Sampaio Ferraz Junior que, se de um lado o Estado estaria em uma situação de compromisso entre grupos sociais, a fim de garantir um mínimo de critérios comuns de valores que fossem admitidos por todos. Por outro, existe um quadro constitucional rigoroso, sem o qual o Estado estaria sujeito a pressão de interesses corporativistas. Assim expõe o autor:

As dificuldades dessa compatibilização (...) repousam afinal no inevitável reconhecimento de que ela têm caráter distinto. A exigência de um compromisso é um problema tipicamente político nos seus meios e nos seus fins, enquanto a exigência de um quadro constitucional rigoroso é um problema tipicamente jurídico formal.¹¹⁸

¹¹⁷ MARCUSE, Herbert. *Ética e revolução*. In: MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. Trad. Leo Maar de Wolfgang. Maria Loureiro Isabel e Robespierre de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra. V. 2, 1998, p. 137.

¹¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito*. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOL, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 210.

De forma semelhante, algumas dificuldades também são encontradas por Ronald Dworkin na inauguração do modelo social de Estado, o qual identifica um aparente conflito entre o princípio da liberdade e da igualdade, haja vista que o primeiro, concebido com sua natureza negativa, nega a possibilidade de concessões de privilégios ou diferenciações sociais. Ocorre que o autor vem a considerar esse conflito um mito, na medida em que a concepção de constitucionalismo que se tem atualmente não pode ser comparado com o anterior, sendo que nos dias de hoje se defende um governo que esteja empenhado a melhorar a vida das pessoas e não somente evitar privilégios¹¹⁹. Assim, na égide do Estado Democrático de Direito não se pode estabelecer um sistema em que a liberdade irá prevalecer sobre a igualdade, pois o pensamento jurídico contemporâneo é a favor de um Estado solidário, um Estado que intervém na sociedade para garantir a igualdade de oportunidades de todas as pessoas e não somente da maioria. Dessa maneira, a igualdade surge como uma técnica de saneamento de diferenças, isto é, um instrumento de combate as desigualdades sociais existentes na sociedade.

O momento histórico constitucional vivido pelo Brasil é relatado pela Ministra Carmém Lúcia, em voto proferido na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.649/DF: “Já não se pensa ou age segundo o ditame de a cada um o que é seu, mas a cada um segundo a sua necessidade. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda sociedade”¹²⁰. Isso demonstra que a solidariedade é um dos objetivos da cidadania constitucional, sendo através dela que os institutos jurídicos devem estar pautados.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro chama atenção para o fato de que o interesse público foi humanizado na égide do Estado social, sendo que o bem estar social passou a estar condicionado a valores considerados essenciais à existência digna¹²¹, o que deve ser levado em conta no momento em que se avaliam os conflitos sociais. Quando se trabalha com a defesa do “interesse público”, como teoricamente faz o Estado, deve-se analisar os postulados que servem de seu

¹¹⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 169.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649/DF. Voto Ministra Carmém Lucia Antunes Rocha. Julg. 08/05/2008.

¹²¹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, Ano 11, n. 56, jul./ago. 2009, p. 25.

fundamento, qual sejam: os direitos fundamentais. isso significa, conforme entende Emerson Gabardo, que a expressão interesse público não está relacionada efetivamente com a questão quantitativa, mas sim, “depende de uma adequada descrição axiológica; mas isso não basta, pois é preciso uma orientação normativa de carácter jurídico-político para o seu entendimento”¹²².

Certamente a corrente liberal clássica iria utilizar algum argumento de que nenhum indivíduo poderá ser responsabilizado pela pobreza, pela fome ou pela mortalidade¹²³, por conta disso não se poderia obrigar a ninguém carregar o fardo das políticas distributivas. Entretanto, o próprio texto constitucional expressamente adotou princípios que buscam demonstrar a “ideologia” inspiradora da sociedade, que está expressa nos objetivos constitucionais, previsto no art. 3º da Carta Magna. Mas, conforme alerta Dalmo de Abreu Dallari, deve-se tomar cuidado para não se aceitar a promoção de qualquer direito, sob pena de em muitos casos se praticarem injustiças e garantirem privilégios, sob a rotulação de solidariedade¹²⁴.

Nesta perspectiva, José Joaquim Gomes Canotilho entende que a existência de direitos fundados na solidariedade e na fraternidade sugere dimensões democrático-funcionalistas na teoria republicana dos direitos fundamentais, sendo essencial a presença dos seguintes elementos: a) reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos para serem exercidos como membros da comunidade e no interesse público; b) o exercício da liberdade como um meio de garantia e prossecução do processo democrático; c) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com

¹²² GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade...**, p. 309. O autor faz a seguinte ilustração para expor o tema: “Poderia ser assim ilustrada a situação: um sujeito menciona a palavra “janela”; outro sujeito menciona, igualmente, a palavra “janela”. Não há diferença, pois se trata do mesmo substantivo ou objeto. Contudo, se o primeiro acrescenta um adjetivo, mencionando uma “janela azul”, enquanto o outro age de forma idêntica, mencionando uma “janela amarela”, então agora há dois objetos distintos pela sua específica qualidade: a cor. E pode se tomado outro caso: dois sujeitos mencionam a palavra “manga”; não há, até este momento, qualquer diferença. Todavia, logo após o primeiro reporta-se a uma “manga curta”, enquanto o outro trata de uma “manga saborosa”. Neste caso, novamente surgem dois objetos distintos, todavia, a diferença não se restringe somente ao adjetivo, pois interfere no próprio substantivo. Enquanto a janela é uma janela seja azul ou amarela; a manga não é a mesma sendo curta (pois se refere a uma camisa) e sendo saborosa (pois se refere à fruta). Esta analogia com os homônimos ilustra bem a possibilidade que um adjetivo tem de alterar a própria natureza do substantivo, como ocorre com o interesse público e o interesse privado” (p. 306).

¹²³ VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos...**, p. 220-221.

¹²⁴ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e direitos fundamentais. *In*: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (Coords.). **Estudos de direito público**: em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 223.

a idéia de deveres; d) a dimensão funcional justifica, em caso de abuso, a intervenção restritiva dos poderes públicos¹²⁵.

Giselle Cittadino lembra que a constituinte de 1987 teve a participação de vários constitucionalistas, que atuaram ativamente para contribuir na elaboração de uma ordem jurídica que tivesse uma real vinculação com a criação de uma sociedade justa. Após a experiência amarga com a ditadura militar, a intenção era de superar o positivismo jurídico e atingir um pensamento comunitário, assim define a autora:

[...] esses constitucionalistas não pretenderam apenas participar do processo de reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar, mas fundamentalmente procuraram, contra o positivismo e revelando o seu compromisso com os ideais do pensamento comunitário, dar um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta. Neste processo, é tão significativa a influência do pensamento comunitário nos trabalhos desses autores – ainda que a adoção das concepções e compromissos comunitários derive do constitucionalismo ibérico – que nos pareceu razoável designá-los como representantes do “constitucionalismo comunitário brasileiro”. Ressalte-se, de outra parte, que este “constitucionalismo comunitário”, em face da atuação decisiva de seus representantes ao longo do processo constituinte, registrou a sua marca em nosso ordenamento constitucional. Na verdade, é possível identificar na Constituição Federal não apenas uma linguagem comunitária, mas um compromisso com o ideário comunitário.¹²⁶

Em linhas gerais, a autora defende uma idéia de justiça sob valores compartilhados, sendo que no Brasil vige uma espécie de “constitucionalismo comunitário”. Eneida Desiree Salgado critica esta leitura do texto constitucional, defendendo que: “Não se trata de uma Constituição comunitarista, mas uma Constituição republicana, que combina elementos liberais e elementos igualitários. O Estado e a Constituição não são axiologicamente neutros, mas não impõem um conteúdo fechado para os valores que elege a partir de uma deliberação democrática”¹²⁷.

¹²⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 34.

¹²⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 3-4.

¹²⁷ SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2010, Tese de Doutorado, p. 50.

É incontestável que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada sob um intenso debate pluralista e seu texto envolve um conjunto de valores, é obvio que para sua concretização haverá necessidade de analisar o debate constitucional como ordem normativa positiva. Mas não poderá o operador jurídico se furtar da função de averiguar as circunstâncias sociais que giram em torno da discussão, sob pena do empobrecimento do debate, conforme afirmou Michael Sandel¹²⁸. Deve-se entender que “o homem mesmo deve produzir uma comunidade comunitária, e precisa, além dos impulsos sociais naturais, um momento de racionalidade prática, e ainda um estágio bem avançado do desenvolvimento cultural”¹²⁹. Mas para isso, a construção de uma sociedade terá o indivíduo como o co-responsável e não o meio (instrumento) ou objeto, ele deve ser tratado como sujeito do desenvolvimento. Nesse sentido, concorda-se com posicionamento de Carlos Ayres Britto quando afirma que “todo ser humano não é somente parte de algo, mas algo à parte. Não apenas parte de um todo, mas um todo à parte”¹³⁰.

José Joaquim Gomes Canotilho expõe a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, defendendo que estes não possuem apenas uma função e não estão adstritos somente a uma teoria de justiça, mas várias teorias pré-compreendidas, iluminadoras da compreensão das normas constitucionais. No entendimento do autor é difícil um Estado operar suas condutas com fundamento exclusivamente em alguma teoria pura, o que se faz necessário identificar uma doutrina constitucional dos direitos fundamentais com base na Constituição escrita¹³¹. Com isso, passa-se a se reconhecer os valores emanados dos direitos fundamentais como demonstração das funções que os mesmos exercem no ordenamento jurídico, ou seja, “a dimensão valorativa dos direitos fundamentais constitui, portanto, noção intimamente agregada à compreensão de suas funções e importância num Estado de Direito que efetivamente mereça ostentar este título”¹³².

Observe-se que a Carta Constitucional brasileira de 1988 não estabeleceu nenhuma ordem jurídica neutra, pelo contrário, os direitos fundamentais deverão ser

¹²⁸ Cf. SANDEL, Michael. **O liberalismo e os limites da Justiça...**, p. 258.

¹²⁹ HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 218.

¹³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 189.

¹³¹ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 1.403.

¹³² SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 67.

interpretados como uma ordem axiológico-objetiva. Isso não quer dizer que se deve aceitar valores com caráter absoluto ou de forma puramente subjetiva. Apenas se entende que a aplicação/delimitação dos valores do texto constitucional deve ser feita à luz do sistema democrático, bem como em consonância com a realidade social¹³³.

O comprometimento social que se identificou na formulação da ordem constitucional também deve ser propiciado na aplicação dos direitos escolhidos, de modo que o Estado busque respeitar a real vontade popular, mas sem desvirtuar os postulados do ordenamento jurídico que foram criados como proteção do próprio sistema. Por isso, ao mesmo tempo em que o indivíduo deve agir como um membro da sociedade, possuindo um espírito solidário, também deve existir meios para que a sociedade respeite a identidade (objetivos pessoais) deste indivíduo, dentro dos objetivos constitucionais. Isso quer dizer que ao mesmo passo que o Estado deverá respeitar o planejamento individual dos cidadãos, também possuirá o encargo de tomar providências para que todos os cidadãos tenham oportunidades para alcançar seus objetivos de vida, sem desrespeitar os valores constitucionais conquistados.

Portanto, a ordem constitucional criada em 1988 promoveu o retorno do regime democrático e do Estado de Direito, juntamente com mecanismos que visam corrigir as desigualdades sociais. Observa-se que diante das críticas formuladas pelas correntes “neoliberais”, o Estado brasileiro passou por um forte impacto nos últimos anos, de forma a identificar a ineficiência das políticas assistencialistas no país. O Estado Democrático de Direito, criado pela Constituição Federal de 1988, não ficou imune a tais questionamentos, mas ele representa muito mais como um modelo de correção destas distorções, criando um plano de direitos prestacionais, direcionados pela solidariedade como um dos objetivos da cidadania constitucional. Ao mesmo tempo estabeleceu um Estado interventor extremamente comprometido com a concretização destes direitos, mediante a exigência de atuação eficiente da Administração Pública e a ampliação da Jurisdição Constitucional.

¹³³ Defende-se aqui uma compreensão da ordem constitucional em consonância com a realidade social ou fática de um determinado país. Utiliza-se como base a idéia de Konrad Hesse, o qual defende que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade”. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14).

1.3 A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS MEDIANTE AS POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova ordem jurídica baseada na ideologia solidária e providencial, de forma a condicionar a legitimidade do Estado na prática de condutas que atendam aos reais objetivos sociais. Em países de modernidade tardia, como o Brasil, o atendimento aos direitos sociais representa uma condição para a participação democrática, o que exige um comprometimento do poder público direcionado à promoção dos direitos constitucionalmente assegurados.

O Estado passou por várias fases, chegando ao estágio onde se entende que o poder público, dentre outros deveres, tem o encargo de garantir a promoção dos direitos prestacionais, que estão ligados a prestações materiais perante a sociedade.

De forma que “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação. Nesse sentido, o conceito de direito a prestações é exatamente oposto do conceito de direito de defesa, no qual se incluem todos os direitos a uma ação negativa, ou seja, a uma abstenção estatal”¹³⁴. Para Robert Alexy, os direitos de prestações (sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimento; c) direito a prestações em sentido estrito. Por exemplo, ao se analisar o direito fundamental ao meio ambiente, é possível notar que existe um feixe de posições que irradiam desse direito, como proteger o titular do direito fundamental (proteção), criar procedimentos relevantes para cumprir esta finalidade (procedimentos), bem como criar medidas fáticas benéficas ao meio ambiente (prestação fática)¹³⁵. Direitos à prestação em sentido estrito seriam deveres estatais utilizados com a finalidade de combater as desigualdades sociais através de um comportamento ativo do poder

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

¹³⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais...**, p. 443.

público¹³⁶, se referem, por exemplo, aos direitos como assistência social, saúde ou educação.

Explica Álvaro de Vita que a justiça distributiva toma como parâmetro três espécies de bens para orientar a atuação do Estado: “bens que são passíveis de distribuição, como a renda, a riqueza, o acesso as oportunidades educacionais e ocupacionais e a provisão de serviços; bens que não podem ser distribuídos diretamente, mas que são afetados pela distribuição dos primeiros, como o conhecimento e o auto-respeito; e bens que não podem ser afetados pela distribuição de outros bens, como as capacidades físicas e mentais de cada pessoa”¹³⁷. A Constituição Federal de 1988 os transformou em direitos fundamentais prestacionais em sentido estrito, utilizando-os como corretivos dos problemas apresentados pelo modelo liberal, razão pela qual os direitos enquadrados nesta categoria terão efeitos compensatórios, na medida em que terão a incumbência de promover a melhoria da redistribuição dos bens materiais, serviços e benefícios existentes na sociedade¹³⁸.

Identifica-se que os direitos prestacionais (sentido estrito) estão previstos em normas jurídicas de cunho programático, que enunciam diretrizes, programas e fins a serem atingidos pelo Estado e que terão a finalidade de reconstruir uma sociedade fundada no respeito aos direitos de todos os cidadãos¹³⁹. Basta analisar o texto constitucional brasileiro para notar que em vários momentos foram enunciadas ações estatais através de programas. Por exemplo, quando o artigo 174 da Carta Magna dispõe que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” está impondo ao poder público o dever de criar um planejamento, que se traduz numa administração dirigida para além do presente. Nesta concepção, segundo Carlos Valder do Nascimento, o Estado concebido pela moderna política econômica vai se guiar por três elementos: previsão, coordenação e consecução de objetivos determinados, sendo que o planejamento se tornou uma atividade normal

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 169.

¹³⁷ VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos...**, p. 234.

¹³⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 212.

¹³⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 131.

no âmbito estatal. Com isso, diz o autor que planejar seria o “conjunto ordenado e sistematizado de ações capazes de, em um tempo determinado, possibilitar o alcance das metas indispensáveis à consecução dos objetivos”¹⁴⁰.

É de se notar que “uma das características da Constituição de 1988 está em que ela é marcadamente principiológica - e, por consequência, programática -, no sentido de que dispõe não apenas regras, mas também princípios”¹⁴¹. Tendo em vista que um dos objetivos constitucionais seria a construção de uma sociedade justa e solidária, a ação planejada se mostra como o caminho que permitirá a equalização de múltiplos interesses a fim de obter o adequado agir estatal. E com a aproximação do Estado de Direito ao regime democrático deixa ainda mais evidente a relevância de que existam procedimentos de decisões estatais em relação às necessidades sociais, fato este que colocou o tema das políticas públicas não somente na agenda política da administração, mas também do Direito¹⁴². Isso porque, a implementação dos direitos prestacionais sociais de forma planejada se dá através de políticas públicas formuladas pelo governo, isto é, elas expressam “pretensão de planejamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas”¹⁴³.

Com a sedimentação do constitucionalismo do segundo pós guerra o Estado deixa de ser compreendido como um mero executor de ações concretas e passa a utilizar meios coordenados para atingir os fins públicos de suas ações, de modo que, segundo compreende Thiago Lima Breus, é a partir deste momento que as políticas públicas apresentam-se como um mecanismo de gestão pública¹⁴⁴, demonstrando ser um efetivo instrumento estratégico governamental. Neste sentido, Vanice Regina Lírio do Valle entende que a grande inovação do constitucionalismo social seria que a atuação do Estado passou a ser planejada dentro das políticas públicas¹⁴⁵:

¹⁴⁰ Cf. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42.

¹⁴¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988...**, p. 130.

¹⁴² Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 35.

¹⁴³ APPIO, Eduardo Fernando. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 136.

¹⁴⁴ Cf. BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 207-208.

¹⁴⁵ Observe-se que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 196, disciplina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem

O que há de inovação, a partir de um constitucionalismo que orienta valorativamente o agir do poder, é que as ações planejadas, enunciação de políticas públicas – hão de ser funcionalmente direcionadas à consecução dos resultados eleitos pelo Texto Fundamental. Significa dizer que o quadro normativo de ação da Administração há de ser teleologicamente orientado, num ambiente de formulação de decisões que incorpora o caráter pluralista da sociedade, num exercício de política constitucional que permita identificar o compromisso possível das alternativas.¹⁴⁶

Assim, defende Gilberto Bercovici que “o próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização dos direitos dos cidadãos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais”¹⁴⁷. Frente à importância que foi dada pelo regime constitucional moderno aos direitos prestacionais o Estado teve que se organizar de forma mais eficiente e organizada. Foi imposto ao poder público o dever de criação de uma estrutura de prestação de serviço com previsibilidade e comprometida com o interesse público. É por isso que as políticas públicas foram inseridas no quadro político brasileiro como programas governamentais destinados a realizar os objetivos constitucionais, conforme define Maria Paula Dallari Bucci:

Isso ilustra porque a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.¹⁴⁸

à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; e o artigo 205, por sua vez, estabelece que: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. A partir destes enunciados normativos se identifica deveres constitucionais do Estado que deverão ser efetivados por prestações positivas, em regra implementados, através de políticas públicas.

¹⁴⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...**, p. 75.

¹⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 144.

¹⁴⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 14.

As políticas públicas são programas governamentais destinados a planejar a realização de objetivos determinados, apresentando-se como instrumento adequado para a implementação dos direitos prestacionais, na medida em que teria condições de reunir grande parte dos interesses pluralistas existentes na sociedade.

Diante da construção teórica de que a política pública equivale a programas do governo direcionados ao cumprimento dos objetivos constitucionais, Thiago Lima Breus entende que as “escolhas das diretrizes da política pública e os objetos de determinado programa não são simples princípios de ação, pois a formulação da política consiste num procedimento de coordenação entre os programas e atos complexos de governo”¹⁴⁹. Por este raciocínio, as políticas públicas estariam assentadas na noção de programas a longo prazo ligadas a uma série de planejamentos realizados a nível governamental, o que impediria que o seu conceito fosse reduzido a um ramo jurídico.

Sob este aspecto pode-se notar que o planejamento desenvolvido pelo governo expressa um âmbito de tomada de decisões que se constrói a partir do signo da multiplicidade, e deve ser entendido dentro de uma perspectiva de continuidade, isto é, de projeção para o futuro¹⁵⁰. Se a política pública é resultado de um programa governamental é evidente que ela decorre de uma decisão político-administrativa do chefe do Executivo, razão pela qual deve ser adequadamente analisada e compreendida pelo Direito constitucional. O estabelecimento de uma política pública vai ocorrer a partir de uma decisão da autoridade competente, com maior ou menor participação popular, dependendo da situação, sendo que esta deliberação deverá ser materializada através da adequação da estrutura administrativa para o desenvolvimento da atividade¹⁵¹.

É neste ponto que se identifica que diante de tarefas programáticas estabelecidas pelo texto constitucional o administrador público possuirá, em regra, a discricionariedade no que diz respeito a qual conduta a ser praticada para atingir a finalidade pública. Isso significa que deve ser reconhecida uma margem de

¹⁴⁹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 222.

¹⁵⁰ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 37.

¹⁵¹ Cf. DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 135.

flexibilidade na atuação do gestor público, desde que não represente uma autorização genérica de atuação. Em outras palavras, a utilidade da política pública é individualizar as unidades de ação administrativa, dentro dos objetivos que se tenta alcançar¹⁵², nos termos que dispõe o art. 25 da Lei n. 4320/64 (lei que regulamenta as finanças públicas):

Art. 25. Os programas constantes do Quadro de Recursos e de Aplicação de Capital sempre que possível serão correlacionados a metas objetivas em termos de realização de obras e de prestação de serviços.
Parágrafo único. Consideram-se metas os resultados que se pretendem obter com a realização de cada programa.

Por isso que se entende que a decisão tomada pelo administrador público no regime orçamentário é uma decisão política, através da qual é elaborado um plano, apontando os meios disponíveis. Esse planejamento pode variar de governo para governo, haja vista que o plano de gastos vai depender das prioridades apontadas nas leis orçamentárias¹⁵³.

Nesta ordem, a eleição de uma despesa pública, em regra, demandará uma decisão que se concentrará em dois momentos: quanto disponibilizar e a quem atender¹⁵⁴. Pois, mostra-se impossível que todas as necessidades sociais estejam expressamente previstas na lei orçamentária anual, sendo esta elaborada com um ano de antecedência. A discricionariedade é uma forma que permite que o administrador público tenha uma margem de atuação a fim de atender a estes problemas mediante um planejamento governamental, por isso que se entende que a elaboração de políticas públicas pertence à função de governo, adstrita à esfera política.

Também tem que se levar em conta a disciplina estabelecida pelo art. 167, II da carta constitucional que traz algumas vedações ao regime orçamentário, sendo que um deles é impedir a vinculação de receitas de impostos *a priori*, salvo: a) percentuais de gastos inseridos como obrigatórios no texto constitucional, como para a educação (art. 198), saúde (art. 212) e serviços essenciais da Administração

¹⁵² Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito...**, p. 40.

¹⁵³ Cf. OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

¹⁵⁴ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 150.

Pública (art. 167 II); b) repartição tributária obrigatória (art. 158 e 159); c) pagamentos condicionados por obrigações embasadas em precatórios judiciais e de contratos firmados pelo poder público (art. 165, §8º) e; d) despesas com pessoal¹⁵⁵.

Assim, somente haverá vinculações orçamentárias para situações expressamente previstas pela carta constitucional, de modo que no restante prevalecerá a discricionariedade do administrador público, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que são inconstitucionais as normas que estabelecem vinculação de parcelas das receitas tributárias a órgãos, fundos ou despesas, seja porque desrespeitam a vedação contida no art. 167, inc. IV, da Constituição da República, seja porque restringem a competência constitucional do Poder Executivo para a elaboração das propostas de leis orçamentárias. Precedentes. As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.¹⁵⁶

Segundo aponta Pedro Germano dos Anjos, no decorrer do tempo a discricionariedade do administrador público vem sofrendo um processo de restrição nos dois momentos de sua ocorrência: planejamento e execução. Mesmo assim, há que se reconhecer um “espaço de livre apreciação” e escolha das várias alternativas possíveis e válidas no qual o gestor público poderá desenvolver seu plano de governo¹⁵⁷. O que ocorre muitas vezes é que essa “liberdade de escolha” é banalizada, onde se constata desperdício dos recursos públicos em despesas supérfluas, deixando de lado áreas essenciais, como saúde, educação e segurança pública.

Observe-se que o conceito clássico de discricionariedade acontece quando há um “campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer

¹⁵⁵ Também existem outras despesas vinculadas, como a aplicação da receita do Empréstimo Compulsório (Art. 148, da CF), das Contribuições Previdenciárias (Art. 167, XI, da CF), CIDE combustíveis (art. 178, § 4º, da CF), contribuição destinadas ao serviço de iluminação pública (art. 149-A, da CF), despesas referentes à obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias (art. 9º, § 2º da Lei Complementar n. 101/2000).

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC-ADIn n. 4.102/RJ. Rel.: Min^a. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julg. 26/05/2010.

¹⁵⁷ Cf. ANJOS, Pedro Germano dos. **Os graus da discricionariedade da Administração Pública no âmbito do Direito orçamentário**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília: CONPEDI, p. 3.507.

no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada¹⁵⁸. Dessa maneira a decisão discricionária é identificada diante de uma margem de relativa liberdade para o administrador fazer a escolha mais adequada à satisfação da finalidade legal dentre ao mínimo de duas alternativas a serem tomadas diante do caso concreto. Contudo, ainda que defenda que a escolha seja baseada num certo grau de subjetivismo, Celso Antonio Bandeira de Mello compreende que sempre haverá referenciais objetivos, tanto da identificação dos fatos, quanto para balizar a liberdade valorativa do juízo da autoridade decisória¹⁵⁹.

Tendo em vista que a consonância da escolha discricionária com a lei é verificada através dos motivos da decisão tomada, torna-se necessário ter em mente a diferenciação entre o motivo, que é um dos elementos da decisão administrativa, com o móvel. Enquanto o primeiro seria algo externo ao sujeito, cujo correspondentes são os pressupostos de fato ou de direito, o móvel seria a intenção do sujeito, isto é, “corresponde ao intento, ao propósito, do agente, à sua finalidade subjetiva, pessoal – e por isso sua perquirição ganha relevo na teoria do desvio de poder com intenção viciada – ao passo que o motivo é a realidade objetiva cuja existência precede o ato e é condição de sua validade¹⁶⁰”.

No exercício dos poderes públicos é vedada a utilização de qualquer vontade particular para embasar condutas estatais, porquanto ser inadmissível a personalização indevida do poder, conforme dispõe o art. 37 da Constituição da República. Da mesma maneira é inviável utilizar aspectos subjetivos, ligadas puramente a intenção do agente, como elemento de validade de decisões tomadas no âmbito da Administração Pública. O que demonstra que nenhuma espécie de elemento puramente subjetivo pode ser utilizada como fundamento de decisões no âmbito administrativo.

¹⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 38.

¹⁵⁹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo : Malheiros, 2006, p. 92.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 87-88.

O planejamento transforma a antiga função orçamentária de mera previsão de receitas e despesas em um plano de previsão de tarefas a serem executadas pelo gestor público, sendo que a Lei n. 4.320/64, em seu art. 2º, disciplina que o regime orçamentário seria elaborado com vistas a demonstrar o “programa de trabalho do Governo”. Com isso, é possível identificar que as políticas públicas seriam programas que estariam inseridos no âmbito orçamentário e, por uma imposição legal e constitucional devem estar condicionadas à metas, isto é, aos resultados que se pretendem obter com a realização do programa (art. 25 da Lei n. 4320/64). Neste sentido, Fernando Rezende enumera quatro características que normalmente existem na definição de planejamentos dentro do regime orçamentário: a) a avaliação e comparação de diferentes programas do governo, considerando sua contribuição para os objetivos públicos; b) a determinação das ferramentas mais econômicas para a realização dos objetivos preestabelecidos; c) a projeção das ações do Poder Público para determinado lapso de tempo, que, geralmente, coincide com o exercício financeiro, e d) a comparação e revisão dos objetivos, das ações e das despesas, tendo em vista as experiências passadas, a fim de realizar modificações, se necessário¹⁶¹.

As políticas públicas possuem o conteúdo finalístico de buscar a idéia de boa administração, através da qual se “pressupõe o direcionamento das ações estatais para a efetividade dos direitos sociais e para o encaminhamento de soluções a problemas sociais que encontrem os objetivos fundamentais da sociedade”¹⁶². Isso significa, segundo enuncia Juarez Freitas, que ao agir discricionariamente, estará o administrador com o dever jurídico de “avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis)”¹⁶³.

Neste aspecto, tem o administrador público a prerrogativa de agir discricionariamente na alocação de recursos públicos no âmbito orçamentário, mas,

¹⁶¹ Cf. REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 106.

¹⁶² MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 59.

¹⁶³ FREITAS, Juarez. **Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24.

ao mesmo tempo, não poderá haver dotações orçamentárias tão genéricas a ponto de permitir qualquer conduta¹⁶⁴. Isso representa que nem toda decisão tomada pelo administrador público será legal ou legítima, o que demanda que existam controles sociais e institucionais para testar sua eficiência.

A prestação positiva estatal, como no caso de implementação de políticas públicas, já por natureza é difícil de ser fiscalizada pelos meios tradicionais de controle administrativo, o que revela uma impossibilidade, segundo Fábio Konder Comparato, de compelir o Estado a garantir os direitos prestacionais a todos que postulem individualmente esta espécie de prestação, *in verbis*:

Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização desses direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.¹⁶⁵

É compreensível que a política pública não se resuma em uma só ação governamental, mas sim a um conjunto articulado de programas. Mas não se pode abandonar o fato de que a discricionariedade está comprometida com obrigações jurídico-constitucionais, ainda que tais decisões estejam vinculadas com questões políticas de gestão, de fixação de planejamentos, pois todos os atos e condutas administrativas devem ser passíveis de aferição quanto a eficiência e razoabilidade¹⁶⁶. Em linhas gerais, esse posicionamento pode se traduzido na definição de política pública como “um conjunto de atos unificados por um fio

¹⁶⁴ Cf. MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 257.

¹⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In*: CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). **Estudos de Direito Constitucional**: Em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249.

¹⁶⁶ Cf. DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública**: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 146.

condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País”¹⁶⁷.

No âmbito jurisprudencial a questão é extremamente polêmica, haja vista que ainda existe uma corrente muito forte que defende a existência de discricionariedade ampla na implementação de políticas públicas, conforme aresto do Superior Tribunal de Justiça abaixo citado:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA DE OBRAS DE MODIFICAÇÃO E REFORMA NO MORRO DA URCA E NO MORRO DO PÃO DE AÇÚCAR E LICENÇA PARA A INSTALAÇÃO DE ELEVADORES DESTINADOS A DEFICIENTES FÍSICOS. ALEGADA OMISSÃO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. NÃO-EVIDENCIADA A PRESENÇA DE SUPOSTO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE. NÃO-CABIMENTO DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESPÉCIE. [...] Ainda que assim não fosse, com fulcro no princípio da discricionariedade administrativa e na supremacia do interesse público, a Municipalidade tem liberdade para decidir pela conveniência ou não da execução da obra. Como ensina Hely Lopes Meirelles, “só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos [...]. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo.”¹⁶⁸

Contudo, o conceito jurídico de discricionariedade enuncia que não existe uma ampla liberdade, uma vez que o ordenamento jurídico não aceita qualquer decisão para o caso concreto; ao contrário, significa que “a lei considera que algumas delas são adequadas para alguns casos e que outras delas são adequadas para outros casos”¹⁶⁹. É neste cenário que foi possível encontrar alguns entendimentos no âmbito jurisprudencial que os direitos constitucionais-prestacionais não podem ficar a mercê de avaliações meramente discricionárias, conforme julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, *in verbis*:

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

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 808.

¹⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.535/RJ. Rel.: Min. Franciulli Netto. Julg. 01/09/2005.

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]”.¹⁷⁰

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreia. 7. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à saúde das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais. (...) As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.¹⁷¹

Nesse sentido, a noção moderna de discricionariedade não pode ter como ponto de partida a liberdade subjetiva do administrador, mas sim uma técnica normativa que delegue a função de escolher, de forma motivada, mediante critérios objetivos e racionais, a solução mais adequada àquele caso, ou seja, aquela que

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 603.575/SC. Rel.: Min. Eros Grau. Julg. 20/04/2010.

¹⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 577.836/SC. Rel.: Min. Luiz Fux. Julg. 21/10/2004.

melhor atenda ao interesse social¹⁷². Por isso, conforme leciona Carmem Lúcia Antunes Rocha, é possível compreender a discricionariedade administrativa como conduta objetiva, pautada nos princípios constitucionais e passível de análise social e institucional¹⁷³.

E somente haverá um controle administrativo ou social eficaz se houver uma concepção de que toda a política pública, ainda que entendida como planejamento e cumprida a longo prazo por atos complexos governamentais, esteja estritamente comprometida com os objetivos constitucionais.

As políticas públicas representam decisão de cunho político-administrativo, mas que não devem se afastar dos objetivos constitucionais, pois ao mesmo tempo em que o administrador público terá garantida a discricionariedade no que diz respeito à “forma como fazer”, não o permite desconsiderar as prioridades estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

1.4 O PROBLEMA DA ESCOLHA ENTRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

No âmbito estatal a implementação dos direitos prestacionais ocorrerá por meio de decisões políticas inseridas no orçamento público, o que traz uma série de questionamentos acerca da viabilidade de se concretizar o maior número de preceitos constitucionais (princípio da universalidade) com o menor gasto possível (princípio da economicidade).

Ao momento em que a Constituição Federal de 1988 estabelece o dever do Estado de concretizar um rol bastante significativo de direitos prestacionais em sentido estrito, também fixa que o maior número possível de pessoas devem ser beneficiadas por estes direitos.

¹⁷² Cf. DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 127.

¹⁷³ Cf. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 117.

Enquanto os direitos denominados de negativos não dependem, em geral, de muitos recursos públicos, os “direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos”¹⁷⁴. Isso representa que toda ação estatal, como a implementação de políticas públicas, provoca um gasto financeiro, com pessoal, investimentos, etc. Tendo em vista que os recursos públicos são limitados, deverá haver escolhas administrativas acerca das formas que serão implementados os direitos prestacionais, que não estarão integralmente reservadas a esfera política, uma vez que recebem importante direcionamento das normas constitucionais. Com a estruturação administrativa brasileira, pode-se analisar que caberá ao gestor público promover as escolhas orçamentárias, que terá a prerrogativa de implantar um plano de governo para o cumprimento das finalidades públicas, mas sem perder de vista que tais deliberações recebem a influência direta das normas constitucionais¹⁷⁵.

Diante deste raciocínio o sistema tributário assume especial relevo diante das políticas públicas na medida em que se apresenta como a fonte primordial de manutenção dos benefícios sociais. Neste sentido, a face oculta dos direitos fundamentais é o dever da sociedade contribuir para com os custos financeiros da aplicação destes mesmos direitos, configurando “como um dever-direito, pois se, de um lado, impõe a todos os membros da comunidade contribuir para o seu suporte financeiro, de outro lado, confere-lhes direito de exigir do estado que todos os membros da comunidade sejam constituídos em destinatários desse dever e, bem assim, que todos eles sejam efectivamente obrigados ao cumprimento do mesmo”¹⁷⁶. A partir da Revolução Francesa houve um aparelhamento do Estado com a monopolização da tributação e da violência física mediante um regime jurídico impessoal. A substituição do modelo absolutista por um sistema de racionalidade

¹⁷⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 481.

¹⁷⁵ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. 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 (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

¹⁷⁶ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Pública da Economia**. Belo Horizonte, n. 20, out./dez. 2007, p. 181.

promoveu a instalação de instrumentos que exigiram que a atuação do Estado passasse por critérios de previsibilidade e calculabilidade¹⁷⁷, isso fez que cada vez mais os gastos estivessem dentro de um plano de estratégia governamental.

Dentro deste critério, o pagamento do tributo deve ser analisado sob a perspectiva de um dever fundamental instituído pelo ordenamento constitucional, o que indica que o sistema tributário não pode ser entendido como uma simples relação de imposição. A tributação não é mero poder para o Estado nem um simples encargo para os cidadãos, mas uma contribuição indispensável para a vida em comum de uma sociedade organizada, isto é, é o instrumento que o Estado utiliza para a cumprir suas finalidades¹⁷⁸.

Esse é um estudo importante e necessário para a compreensão correta de como deverá ocorrer a aplicação das políticas públicas. Pois, como adverte Flávio Galdino, são as condições econômicas do ente federativo que irá definir como será o cumprimento dos direitos prestacionais, uma vez que a aferição dos custos permite trazer maior qualidade às escolhas públicas em reação aos direitos¹⁷⁹. A escassez de recursos é uma realidade que não pode ser desprezada, na medida em que a efetivação de direitos prestacionais “encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor”¹⁸⁰.

A tese da reserva do possível foi desenvolvida no direito alemão, aparecendo diante de um cenário que existia uma previsão de um número de direitos infinitamente maior do que os recursos públicos disponíveis. O Tribunal Constitucional alemão em um caso paradigmático na década de 1970 apreciou sobre o direito de acesso à vagas no ensino superior à vista do problema de escassez de recursos públicos, firmando entendimento de que a pretensão judicial

¹⁷⁷ Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37.

¹⁷⁸ Cf. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 679.

¹⁷⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 205.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 294.

deveria corresponder àquilo que o indivíduo poderia razoavelmente exigir do Estado¹⁸¹.

Dentre outras questões, a tese da reserva do possível trouxe um debate válido para a operacionalização das políticas públicas, mediante a compreensão da relação existente entre a prestação de direitos fundamentais e a realidade econômica e orçamentária estatal. Juntamente com os argumentos desenvolvidos apareceu uma série de polêmicas como a discricionariedade governamental, uma vez que a disponibilidade de recursos se encontra no âmbito das decisões administrativas e parlamentares, sintetizadas no orçamento. O que leva a concluir que a reserva do possível estaria condicionada em duas esferas importantes: na disponibilidade fática e na disponibilidade jurídica, sendo que esta última engloba possibilidade financeira e administrativa para realização do direito¹⁸².

A limitação fática teria uma conotação absoluta, como por exemplo, a falta de órgãos para transplantes, não há como obrigar o Estado a conseguir mais órgãos imediatamente para cumprir o direito a saúde. Também existe a impossibilidade denominada técnica, que ocorre, segundo aponta José Reinaldo de Lima Lopes, quando, por exemplo, da escassez de medicamentos ainda em fase experimental, por estar fora da produção industrial não teria disponibilidade suficiente para atender a população¹⁸³. Contudo, note-se que essa limitação está inserida no gênero da reserva fática, em razão de não depender exclusivamente da atuação prestacional do Estado, mas sim de condições técnicas de comercialização.

Por outro lado, existe a limitação sob aspecto jurídico, com conotação relativa, aqui se concentra a escassez de recursos, o que dependeria de planejamento e da concretização contínua dos direitos. Na limitação jurídica estão inseridos as reservas atinentes à impossibilidade econômica (ausência de recursos suficientes) e administrativa -financeira, quando se baseia na escolha de beneficiar uma situação

¹⁸¹ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da 'reserva do possível'. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 179.

¹⁸² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

¹⁸³ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da 'reserva do possível'. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 181.

em detrimento de outra. É por isso que no plano das demandas sociais, compreende Gustavo Amaral, as decisões alocativas das finanças públicas serão denominadas de “escolhas trágicas”, pois, implicam “na negação de direitos que, no campo da saúde, pode redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte”¹⁸⁴.

Estes entendimentos levam à reflexão sobre o engano popular de que os direitos fundamentais dependeriam tão somente de um administrador com boa vontade ou de que o Estado teria todo o recurso necessário para o cumprimento constitucional, o que não ocorre na realidade, principalmente a brasileira. O Estado possui uma arrecadação limitada, com uma possibilidade de gastos determinados e, conforme alerta José Casalta Nabais, todos os direitos, por não serem dádivas divinas nem frutos da natureza, não podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado¹⁸⁵.

Esta reflexão deve ser feita diante das situações onde os cidadãos obtiveram do Estado o direito de receber medicamentos ou tratamentos de saúde extremamente onerosos de significativo impacto orçamentário. A concessão desta espécie de serviço para alguns indivíduos pode impedir com que outras pessoas possam receber o mesmo direito, pois com a criação de uma despesa elevada é natural que se faça cortes financeiros de outras áreas, podendo atingir a escassez dos recursos¹⁸⁶.

A linha teórica da tese da reserva do possível segue no sentido de que o indivíduo somente terá um direito fundamental diante da análise de seus custos e a comprovação de recursos públicos suficientes. Isso mostra que a decisão a respeito da aplicação de um direito fundamental deve ser aferida conforme as possibilidades reais orçamentárias do poder público, isto é, o indivíduo pode possuir um direito abstrato, mas que em *in concreto* não será realizado¹⁸⁷. Neste panorama qualquer investimento tem o condão de gerar comprometimentos ao erário público, sendo que

¹⁸⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 147.

¹⁸⁵ Cf. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Pública da Economia-RDPE**. Belo Horizonte, n. 20, out./dez. 2007, p. 164.

¹⁸⁶ Cf. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008, p. 169.

¹⁸⁷ Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 342.

a irresponsabilidade fiscal pode gerar imensas injustiças sociais, como deferir solicitações particulares em detrimento do real interesse coletivo. O que faz se tornarem questionáveis a legitimidade da concessão de benefícios individuais, como através de ações judiciais, sem analisar se outros indivíduos terão a possibilidade de obter o mesmo direito, sob pena de quebrar o postulado da isonomia.

Comparado ao que ocorre no setor privado, a escassez de recursos é inerente a atuação do Estado, de modo que, segundo Gustavo Amaral, “a alocação de recurso envolve decisões de três ordens, relativas a quanto disponibilizar, a quem atender e, ainda, a condutas dos potenciais beneficiados, e que não há um critério único que possa balizar todas essas decisões. Ao contrário, as decisões tendem a ser políticas e locais”¹⁸⁸. Este autor ainda toma como base de seu argumento o entendimento dos professores americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, os quais defendem a relativização dos direitos em relação aos recursos públicos:

Os direitos costumam ser descritos como invioláveis, peremptórios e determinados. Todavia, isto é mero floreio retórico. Nada que custa dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja eficácia pressupõe o gasto seletivo dos recursos dos contribuintes pode, em última instância, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem observância das consequências orçamentárias que afetam a competência dos outros Poderes.¹⁸⁹

A abordagem dos direitos fundamentais mediante análise das condições orçamentárias promove uma aproximação entre o Direito e a economia para o sentido de se reconhecer que o conflito de pretensões positivas seria um conflito 'quase' que não jurídico, pois como adverte Gustavo Amaral: “não se nega o direito de todos, apenas não se tem como atender”¹⁹⁰.

Outra corrente doutrinária que busca analisar os custos dos direitos é a teoria da Análise Econômica do Direito, denominação de um movimento surgido a partir de 1960 na Universidade de Chicago, que busca a aplicação das regras da

¹⁸⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 172.

¹⁸⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *Apud* AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 103.

¹⁹⁰ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126.

teoria econômica na interpretação do Direito¹⁹¹. Dentre seus principais expoentes está Richard Posner que analisa o comportamento das pessoas sob ponto de vista da economia, visando resultados eficientes de alocação de recursos, o que mostra ser uma tentativa de equiparar a justiça política à benefícios da maximização da riqueza¹⁹².

Além de analisar as estruturas legais sobre o ponto de vista econômico, o aspecto inovador desta teoria é a defesa da fundamentação econômica da teoria do Direito, sendo que toda a atuação estatal deve estar centrada na consecução da eficiência econômica, inserindo-a como critério de validade das condutas jurídicas, a fim de que os ideais neoliberais fossem interpretados como nortes da atuação do Estado¹⁹³. A base de sustentação da teoria é a maximização dos benefícios ao menor custo, sendo que isso vem embasar o sentido de que a proteção de um direito vai impor um preço a decisão do poder público. Nestes termos Tom Campbell explica que *“las tesis de Posner, entonces, es que el método del derecho es adjudicar responsabilidades entre las personas involucradas en actividades interactivas, en modo tal de maximiar el valor comum o, lo que es lo mismo, minimizar el coste común de las actividades”*¹⁹⁴.

Ocorre que esta maximização das relações custo-benefício ocorrerá em detrimento dos critérios de justiça social, na medida em que a análise econômica irá se transformar em uma fonte dogmática do Direito e a eficiência econômica em único valor social a ser atingido pelas decisões estatais; isto é, a redução da motivação jurídica a um fundamentação econômica¹⁹⁵.

É evidente que os ideais sedimentados a partir do Estado social promoveram uma desvinculação das finalidades do Estado da economia, enquanto o primeiro deverá estar orientado pelo interesse geral da realização da justiça social, a

¹⁹¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 29, jul./dez. 2006, p. 67.

¹⁹² Cf. POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

¹⁹³ Cf. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 39.

¹⁹⁴ CAMPBELL, Tom. **La justicia: los principales debates contemporáneos**. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 145.

¹⁹⁵ Cf. ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 29, jul./dez. 2006, p. 61.

economia continuou a ser guiada pelo critério do lucro¹⁹⁶. Já ficou mais do que demonstrado que a economia de mercado, base do pensamento liberal, foi incapaz de preservar os direitos dos cidadãos, de modo que os ideais neoliberais tornam mais dificultosa a implementação de políticas públicas baseadas em direitos prestacionais¹⁹⁷.

No que se refere ao direito brasileiro não se pode simplesmente aceitar a importação de uma doutrina estrangeira sem verificar se a mesma se adapta ao ordenamento jurídico nacional. Por isso concorda-se com Lênio Luiz Streck, quando afirma que não é possível falar em uma teoria geral da constituição idêntica para todos os Estados, de modo que cada nação desenvolverá seu sistema mediante suas peculiaridades e sua tradição histórica, sendo que “afora o núcleo mínimo universal que conforma uma teoria geral da Constituição, que pode ser considerado comum a todos os países que adotaram formas democrático-constitucionais de governo, há um núcleo específico de cada Constituição, que, inexoravelmente, será diferenciado de Estado para estado”¹⁹⁸.

A reserva do possível não pode ser aplicada no direito brasileiro da forma que foi originalmente concebida, pois a realidade constitucional e sócio-econômica nacional é muito diferente do regime constitucional alemão. Basta analisar o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 para compreender o caráter compromissório que foi colocado como diretriz estatal, sem falar no significativo rol de normas programáticas e diretivas constitucional sujeitas à justiciabilidade¹⁹⁹. Tanto é assim que Ingo Wolfgang Sarlet interpreta a teoria da reserva do possível desenvolvida a partir da jurisprudência alemã no sentido de que “a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo

¹⁹⁶ Cf. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Pública da Economia**. Belo Horizonte, n. 20, out./dez. 2007, p. 172.

¹⁹⁷ Cf. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 72.

¹⁹⁸ STRECK, Lênio Luiz. A baixa constitucionalidade e a inefetividade dos direitos fundamentais sociais em terrae brasilis. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 4, jul./dez. 2004, p. 279.

¹⁹⁹ Cf. KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 36, n. 144, out./dez. 1999, p. 244-247.

poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”²⁰⁰.

Por isso que a construção da reserva do possível no Brasil segue uma lógica própria na medida em que a realização de qualquer despesa ou assunção de obrigações deve estar limitada aos créditos orçamentários (art. 167, II da CF). Ao seu turno, a Lei Complementar n. 101/2000, conhecida como a Lei de Responsabilidade Fiscal, impõe o dever de o administrador público manter o equilíbrio das receitas e gastos estatais, mediante uma gestão pública planejada, transparente e obediente aos limites e condições de geração de despesas²⁰¹. Essa legislação é extremamente rigorosa a ponto de considerar irregular uma despesa que não esteja adequada às autorizações orçamentárias ou que superem as expectativas de arrecadação.

Este postulado, por ser o fundamento das finanças públicas, deve ser respeitado, situação que também foi debatido em julgado do Superior Tribunal de Justiça, ficando assente a obrigatoriedade do respeito aos limites orçamentários, *in verbis*:

Requer o Ministério Público do Estado do Paraná, autor da ação civil pública, seja determinado ao Município de Cambará/PR que destine um imóvel para a instalação de um abrigo para menores carentes, com recursos materiais e humanos essenciais, e elabore programas de proteção às crianças e aos adolescentes em regime de abrigo. (...) Ainda que assim não fosse, entendeu a Corte de origem que o Município recorrido

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 276.

²⁰¹ “Art. 1º. [...] § 1º. A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.”

“Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º. Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.”

“demonstrou não ter, no momento, condições para efetivar a obra pretendida, sem prejudicar as demais atividades do Município”. No mesmo sentido, o r. Juízo de primeiro grau asseverou que a Prefeitura já destina parte considerável de sua verba orçamentária aos menores carentes, não tendo condições de ampliar essa ajuda, que, diga-se de passagem, é sua atribuição e está sendo cumprida.²⁰²

Não há dúvidas que a Lei de Responsabilidade Fiscal preveja a obrigatoriedade do atendimento ao princípio do equilíbrio orçamentário, concebido a partir da ideologia do Estado liberal, sendo que uma de suas facetas foi o limite do poder, incluído o limite de gastos.

Esta é uma faceta da moeda, mas que deve ser interpretada à vista da construção constitucional brasileira. Com a inauguração do Estado Democrático de Direito, houve a absorção da ideologia da justiça social, mediante o fortalecimento dos mecanismos de correção do individualismo liberal em prol da proteção dos direitos sociais. É com este pensamento que o Estado tem o papel de garantir os serviços essenciais ao desenvolvimento humano²⁰³, sendo que a dignidade da pessoa humana e o combate a desigualdade social foram inseridos como objetivos constitucionais. Ao se referir aos direitos prestacionais, Carlos Ari Sundfeld defende que a prestação de tais serviços é dever do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los, sendo que “o objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi o de reservá-las, mas sim obrigar a seu exercício”²⁰⁴. É por isso que o Estado brasileiro está extremamente comprometido na esfera social, onde se identifica uma necessidade da sociedade em receber serviços públicos.

Frente a esta construção constitucional a questão da reserva do possível foi levantada na jurisprudência pátria já na década de 90, através da Petição n. 1246 perante o Supremo Tribunal Federal, ajuizada pelo Estado de Santa Catarina, através da qual se impugnou decisão que deferiu o transplante de células mioblásticas para uma criança portadora da Síndrome de *Duchene*. Neste caso, houve a apreciação das seguintes questões no caso concreto: a singularidade do caso em exame (doença rara); a necessidade do tratamento para conservar a vida

²⁰² BRASIL. STJ, REsp. 208.893/PR, 2ª Turma, Rel.: Min. Franciulli Netto, DJ 22/03/2004.

²⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito..., p. 195-196.

²⁰⁴ SUNDFELD, CarlosAri. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84.

do paciente; e, o dever do Estado garantir o direito à saúde. Ao final, o Supremo Tribunal determinou que o Estado de Santa Catarina custeasse o tratamento, sob argumento que se deveria privilegiar a vida humana ainda que em detrimento das razões de ordem financeira:

O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), 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: o respeito indeclinável à vida.²⁰⁵

Um caso como o que foi apresentado tem o condão de provocar uma série de polêmicas no meio jurídico, na medida em que a concessão de um direito social-prestacional em uma sociedade com recursos escassos demanda uma decisão difícil, também definida como “escolha trágica”²⁰⁶, haja vista que haverá um dilema entre situações semelhantes que dependam de atendimento do poder público, mas que somente uma delas terá a devida atenção, em razão dos valores disponíveis. E desconsiderar este dilema, a fim de implementar direitos sem levar em conta o seu custo, segundo Flávio Galdino, acaba por desenvolver pontos negativos no ordenamento jurídico, como a desvalorização dos direitos fundamentais, irresponsabilidade dos administradores públicos e injustiça social²⁰⁷. É neste ponto que se concentra o maior dilema das políticas públicas: como resolver o impasse do problema da escassez orçamentária e o imperativo em se cumprir com os direitos prestacionais?

A partir da análise paradigmática da ADPF n. 45 no Supremo Tribunal Federal, o ministro Celso de Mello fez uma leitura interessante sobre o problema da “reserva do possível” como um dos obstáculos do Estado na concretização dos

²⁰⁵ BRASIL. STF. Pet. 1.246. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 31/01/1997.

²⁰⁶ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 83.

²⁰⁷ Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 325.

direitos prestacionais, conforme se observa da fundamentação de sua decisão monocrática:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.²⁰⁸

Neste julgamento há o reconhecimento de que o direito à saúde, como todo direito fundamental, não é absoluto, pois estaria limitado de certa maneira pela escassez de recursos públicos. Mas não houve um aprofundamento no sentido de definir o que seria um pedido razoável e quais seriam os pressupostos para se comprovar a impossibilidade financeira. Apesar disso, ficou consignado que não é lícito ao poder público invocar a reserva do possível como defesa, salvo justo motivo, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento dos direitos indispensáveis a conservação das condições mínimas de dignidade da pessoa humana²⁰⁹,

²⁰⁸ “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 consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 29/04/2004).

²⁰⁹ No entendimento de Ricardo Lobo Torres: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”.

denominando-o de mínimo existencial, isto é, compreende “o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”²¹⁰. Neste mesmo sentido, Ana Paula Barcellos fornece o seguinte entendimento acerca da identificação do mínimo existencial:

O mínimo existencial, como exposto, é exatamente o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana. É portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios (menor interferência possível da competência de legislativo e executivo e menor curso possível para a sociedade).²¹¹

No entendimento de Vicente de Paulo Barreto os fundamentos neoliberais inseridos na linha de defesa da reserva do possível como obstáculo da concretização dos direitos sociais não devem prevalecer, na medida em que esta categoria de direitos vai muito além de instrumentos compensatórios da desigualdade social, são “núcleos integradores e legitimadores do bem comum, pois será através deles que se poderá garantir a segurança, a liberdade, a sustentação e a continuidade da sociedade humana”²¹². A atual ordem constitucional brasileira dedicou significativo espaço no seu texto para as condições materiais ligadas à dignidade da pessoa humana, e na matéria de direitos prestacionais somente diante de situações excepcionais é que o governante poderá alegar a impossibilidade de prestação em razão da reserva do possível.

O Estado tem o encargo de garantir os direitos fundamentais sociais básicos dos cidadãos, sendo que é através da elaboração de políticas públicas adequadas que as classes minoritárias terão condições de alcançar níveis mais dignos de existência. Quando se comenta acerca “daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado”, conforme decidiu o Tribunal Constitucional alemão, está se

(TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36).

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008, p. 25.

²¹¹ BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In: BARCELLOS, Ana Paula; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45.

²¹² BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119.

referindo ao fato de que a finalidade do Estado arrecadar recursos é de gastá-los, posteriormente, na prestação de serviços nos moldes dos objetivos fundamentais da Constituição, no sentido em que defende Ana Paula de Barcellos:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.²¹³

No atual estágio do Estado, a reserva do possível acaba sendo uma figura de retórica do neoliberalismo, na medida em que as teorias que defendem o custos dos direitos, de um modo geral, buscam basear a implementação de políticas públicas por meio de argumentos econômicos. É bom que se lembre que isso não significa que o administrador deveria aplicar os direitos de maneira irresponsável, mas sim de alocar inteligentemente recursos limitados²¹⁴.

O confronto entre a reserva do possível e o mínimo existencial, em um primeiro momento, ocorrerá na definição das políticas públicas. A escolha orçamentária tomada pela autoridade pública será decisiva para se verificar se houve atendimento ao bem jurídico protegido (segurança, saúde, educação, etc), sendo que antes de verificar as circunstâncias ligadas a reserva do possível haverá a necessidade de constatar se os objetivos constitucionais foram satisfeitos²¹⁵. É certo que com a análise da reserva do possível abandona-se a concepção absoluta dos direitos prestacionais e, por outro lado, o mínimo existencial quebra com o dogma da onipotência discricionária do Executivo e do Legislativo na alocação

²¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002, p. 245-246.

²¹⁴ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 104.

²¹⁵ Cf. SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. **Revista Interesse Público**. São Paulo, n. 39, set-2006, p. 194.

orçamentária²¹⁶. Mediante a situação popularmente denominada: “entre a cruz e a espada”, que retrata o dilema no momento das escolhas trágicas, há uma espécie de estímulo de atuação responsável dos gestores públicos, pois há o dever de implementar direitos prestacionais sem criar expectativas irrealizáveis na promessa de direitos absolutos, pois, caso contrário, estar-se-ia, promovendo o exercício irresponsável e muitas vezes abusivo dos direitos²¹⁷.

É por isso que no exercício de seu papel de implementador de direitos prestacionais o Estado deverá avaliar a existência da razoabilidade da concessão do direito juntamente com a disponibilidade financeira estatal, pois na ausência destes elementos estar-se-ia relegando toda construção jurídico-financeira. Mas diante de situação que ofereça um receio de ofensa ao mínimo existencial ligada aos direitos fundamentais é de se concretizar o respectivo direito, ainda que de forma imediata não exista disponibilidade financeira, até porque, a existência do Estado somente se justifica para garantia da existência digna dos seus cidadãos.

1.5 O CONTROLE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NO ÂMBITO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELO LEGISLATIVO E TRIBUNAL DE CONTAS

A disciplina básica de orçamento estatal é uma dimensão do Estado de Direito, a qual surge e se desenvolve a partir da concepção de Estado moderno²¹⁸. Influenciada pela ideologia liberal da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já previa instrumentos de controle das despesas do

²¹⁶ “Os direitos fundamentais e o mínimo existencial não se encontram no âmbito da discricionariedade da Administração Pública ou do Legislativo, mas se compreendem nas garantias institucionais da liberdade, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização dos estabelecimentos públicos” (TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 95).

²¹⁷ Cf. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 230.

²¹⁸ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 171.

Estado, o que demonstra que não é recente a preocupação sobre as finanças públicas²¹⁹.

O limite dos gastos do administrador público foi positivado pela atual ordem constitucional brasileira, de modo que toda e qualquer despesa, programa ou projeto estatal deve estar obrigatoriamente incluído no orçamento público (art. 167, I da CF). Com base em diretrizes constitucionais, a Lei n. 4320/64 – formalmente lei ordinária, mas que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 ganhou status de lei complementar - estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, também prevê a obrigatoriedade de que todos os programas e planejamentos governamentais devem estar discriminados no orçamento, a fim de que seja possível o controle e transparência da Administração Pública.

A discussão acerca da atuação do Estado está ligada a necessária compreensão da natureza e operacionalização do orçamento público, pois se trata de ponto estratégico no que se refere a investimentos sociais.

O artigo 165 da Constituição Federal de 1988, com a finalidade de cumprir com os objetivos constitucionais de garantia dos direitos fundamentais e maior transparência da gestão pública previu a obrigatoriedade da elaboração do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei do Orçamento Anual (LOA).

Segundo disposição constitucional o Plano Plurianual tem a finalidade de estabelecer as diretrizes, objetivos e metas que a Administração Pública está comprometida, isto é, é através deste instrumento orçamentário que é definido o planejamento das atividades governamentais. A Lei de Diretrizes Orçamentárias, por sua vez, tem a função de priorizar as metas anteriormente estabelecidas no PPA e, também, orientar a elaboração da lei orçamentária anual, além de dispor sobre as alterações na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Em outras palavras, “a lei de diretrizes, o próprio

²¹⁹ “Art. 13. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades; Art. 14. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração; Art. 15. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.”

nome está dizendo, deve traçar regras gerais para a aplicação ao plano plurianual e também aos orçamentos anuais²²⁰, devendo traçar metas e prioridades para orientar o gestor público. Por último, a Lei Orçamentária Anual deverá compreender o orçamento de todos os poderes, fundos, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, inclusive fundações mantidas pelo poder público. Ou seja, em obediência ao princípio da universalidade, a lei Orçamentária Anual “conterá o orçamento de todas as entidades que detenham ou recebam direito público”²²¹.

Tanto a Carta Constitucional quanto a legislação infraconstitucional pertinente visam garantir que o orçamento público seja equilibrado, isto é, que os valores referentes as despesas não sejam superiores aos recursos disponíveis. Por isso que há uma obrigação explícita do gestor público definir prioridades de aplicação dos recursos do Estado, o que vem a comprovar a utilidade operacional das leis orçamentárias, pois é através delas que os planos de governo deverão ser realizados.

Em linhas gerais é possível compreender que a elaboração do orçamento público possui um aspecto tridimensional. Em um primeiro plano se identifica uma dimensão econômica, na qual é analisada a questão financeira do gasto; no segundo, a dimensão institucional, onde se verifica competência ou responsabilidade pelo gasto; e por último a dimensão da classificação funcional-programática dos objetivos dos gastos²²². Todas estas informações deverão ser reunidas e repassadas para o Chefe do Executivo, que tem a competência definitiva de elaboração do plano de ação governamental, materializado pelo orçamento público.

A elaboração da proposta orçamentária, por expressa imposição da Lei Complementar n. 101/00²²³ (Lei de Responsabilidade Fiscal) e da Lei n. 10.257/01²²⁴

²²⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito financeiro...**, p. 96.

²²¹ *Ibid.*, p. 101.

²²² Cf. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 53.

²²³ “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante: (Redação dada pela Lei Complementar n. 131, de 2009). I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; (Incluído pela Lei Complementar n. 131, de 2009).

(Estatuto da Cidade), deve passar por audiências públicas, onde, em tese, ocorrerão discussões sobre os planos e projetos que poderiam ser agraciados nas leis orçamentárias. Trata-se do denominado orçamento participativo, sendo que, apesar do chefe do Executivo não estar legalmente obrigado a aceitar as sugestões da audiência pública, poderá utilizá-las como parâmetro para a definição dos investimentos sociais²²⁵.

A possibilidade da população interferir, ainda que indiretamente, no rumo da implementação de políticas públicas é um exemplo de processo de democracia direta em que o gestor público está obrigado a compreender os problemas locais da sociedade. O orçamento participativo deve ser defendido, uma vez que ele rompe com a ordem política clássica, na qual as autoridades públicas, externas e superiores à sociedade, impõem, verticalmente uma definição do que seja o interesse geral. Com a participação popular essas autoridades públicas figuram como atores que negociam com a população acerca dos interesses gerais e dos dispositivos de políticas públicas, cada vez mais localizados e estáveis²²⁶.

Em linhas gerais, a audiência pública é um instrumento que atende ao espírito da democracia direta, permitindo que haja a participação popular de forma a influenciar as decisões da Administração Pública. Não se trata de mera formalidade, o orçamento participativo é uma forma de gestão democrática da sociedade. Nesta esteira, Odete Medauar afirma: “certo é que, mais efetivos se mostrassem os mecanismos de controle sobre a administração, menor seria o índice de corrupção”²²⁷.

Um dos objetivos da democracia contemporânea é buscar uma conscientização dos cidadãos a ponto de que todos notem a relevância da efetiva participação popular no controle das condutas administrativas, de modo a evitar que hajam defesas tão somente sob aspectos particulares e pessoais ao invés do

²²⁴ “Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4o desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.”

²²⁵ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da participação política legislativa, administrativa e judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 141.

²²⁶ Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 58-59.

²²⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 369.

interesse comum. Contudo, em pesquisa realizada pela Coordenação de Relações Comunitárias (GRC/PMPA), FASE/RS, CIDADE (órgão que presta assessoria à Prefeitura de Porto Alegre) em convênio com a pesquisadora americana Rebecca Abers, sobre as audiências públicas realizadas entre 1989 a 2000 em Porto Alegre, foram demonstradas algumas distorções. Uma das questões polêmicas foi que nos debates realizados nas audiências públicas as ações nas áreas sociais (saúde, educação, assistência social, etc.) não estavam entre as prioridades de investimentos públicos. Também foi possível perceber que diante de perguntas realizadas aos cidadãos sobre a motivação de sua participação nas audiências públicas, apareceram as seguintes respostas: a) “para conseguir alguma coisa” representaram 18,7%; b) para votar: 13,5%; c) o fato de ser liderança ou pertencer a uma entidade: 12,5%; d) conhecer, informar-se, esclarecer-se: 9%; e) referências a cidadania, direitos, união, luta: 7%²²⁸.

Em outro estudo feito sobre o controle social da Administração Pública, Luciana Tatagiba comentou que os conselhos gestores tem a função de influenciar nas decisões estatais sobre a definição de políticas públicas dentro de suas atribuições, o que seria a chamada gestão participativa. A conclusão de sua pesquisa aponta, infelizmente, é de que tais conselhos apresentam uma baixa capacidade propositiva, exercendo um poder reduzido de influência sobre o processo de definição de políticas públicas:

Para além dos fatores que constroem e limitam o potencial democratizante desses novos arranjos participativos, conforme apresentado no decorrer deste estudo, é necessário lembrar que os conselhos estão na contramão de um processo histórico-conjuntural marcado pela ação deliberada de redução da esfera pública, com as grandes decisões nacionais sendo tomadas a partir de acordos, em geral, não publicizáveis.²²⁹

As situações acima apresentadas levam a conclusão de que o controle social, apesar de indispensável para a democracia, não é suficiente para garantir a

²²⁸ Cf. CHAVES, João Freitas de Castro. **Orçamento e participação popular no modelo porto-alegrense**. Breves comentários. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1278>>. Acesso em: 14/09/2010.

²²⁹ TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. *In*: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade Civil e espaços públicos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 98-99.

lisura na aplicação dos recursos públicos, haja vista que a fiscalização de um orçamento estatal é complexa e seria desproporcional exigir que somente através de audiências públicas (orçamento participativo) estivesse satisfeito o controle de conteúdos extremamente técnicos.

Em razão disso, após a elaboração da proposta orçamentária o projeto de lei deve ser encaminhado ao Legislativo para ser apreciado e, caso esteja de acordo, aprovado. Cabe notar que os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias e ao orçamento anual, no âmbito federal, serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional. Dispõe o art. 166, § 1º da Carta Magna que “caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: I - examinar e emitir parecer sobre os projetos referidos neste artigo e sobre as contas apresentadas anualmente pelo Presidente da República; II - examinar e emitir parecer sobre os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição e exercer o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, criadas de acordo com o art. 58”, sendo possível, inclusive, apresentar emendas, dentro dos pressupostos previstos no §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo constitucional. Em obediência ao princípio constitucional da simetria, essa também deve ser a sistemática a ser aplicada nos Estados, Distrito Federal e Municípios, aceitando adaptação ao seu devido contexto.

A aprovação das leis orçamentárias pelo Legislativo, além de uma autorização, representa um controle político sobre as decisões administrativas materializadas no orçamento público. Por isso que muito se discute se as leis orçamentárias teriam efetivamente natureza jurídica, até mesmo para ser passíveis do controle concentrado de constitucionalidade. Em outras palavras, a investigação sobre a natureza jurídica do orçamento centra-se na idéia de sua juridicidade, no sentido de que o orçamento como lei em sentido material tivesse a força de obrigar o Executivo a realizar os investimentos e metas previstas (efeito vinculativo), bem como se existiria a possibilidade dos cidadãos exigirem da Administração Pública o cumprimento do orçamento.

Superados alguns posicionamentos acerca da definição de orçamento público, pode-se identificar três teorias fundamentais sobre o tema: a) a primeira que define o orçamento como lei somente em aspecto formal; b) a segunda que

considerada como teoria intermediária, a qual compreende o orçamento como lei formal quando trata das despesas e material quando trata das receitas públicas, e; c) a terceira que o define como uma lei em sentido material²³⁰.

Definir a lei orçamentária como uma lei formal, a equiparia a um mero ato administrativo que formalmente se apresentaria com características de lei, mas não suficientes para ser considerada como tal. Como um dos defensores dessa corrente doutrinária, Hely Lopes Meirelles lecionou antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988 que o orçamento público é um ato administrativo da espécie “ato-condição”, defendendo que “não importa que, impropriamente, se apelide o orçamento anual de lei orçamentária ou de lei de meios, porque sempre lhe faltará a força normativa e criadora de lei propriamente dita”²³¹. Este raciocínio foi defendido também por Pontes de Miranda que assim compreendeu a natureza do orçamento público:

O orçamento é lei em sentido só formal o que cria o impacto e a taxa é a lei, em sentido material; portanto, nele e por ele, se podem criar tributos. O que só orça não cria. Não cabe trazerem-se para o Distrito Nacional hesitações de sistemas jurídicos que não chegaram ao ponto de precisão a que chegam o Direito Constitucional brasileiro: mapa de coordenação da receita e da aplicação de seus recursos e das despesas.²³²

Na doutrina mais recente, esse entendimento também é defendido por Ricardo Lobo Torres que, apoiado na tese de Gaston Jèze, se manifesta sobre a aplicação da teoria formal do orçamento público brasileiro: “A teoria de que o orçamento é lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias e financeiras, é, a nosso ver, a que melhor se adapta ao direito constitucional brasileiro”²³³.

A respeito da segunda teoria existe um parecer publicado em 1963, através do qual Francisco Campos critica a teoria que trata o orçamento público somente como um mero ato administrativo, defendendo que na verdade que ele possui uma eficácia dúplice, onde de um lado, a previsão de despesa pública funcionaria como

²³⁰ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário...**, p. 176-178.

²³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.160-161.

²³² MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda de 1969**. Vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 194.

²³³ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário...**, p. 176.

uma condição para que a Administração Pública pudesse realizar o gasto e, portanto, seria entendida como ato administrativo de condição. E de outro, o Estado não está autorizado a exigir do cidadão qualquer tributo, exceto se esta receita estiver autorizada em orçamento, neste caso, em razão da tributação a receita seria entendida como lei²³⁴, o que faz lembrar do princípio da anualidade que era aplicado na égide da Constituição Federal de 1967. Diante deste raciocínio é possível perceber que somente as receitas estariam abarcadas pelo aspecto material do orçamento público, haja vista estar endereçado à generalidade dos indivíduos e, poderia ser utilizado como objeto em discussões sobre esta obrigação tributária.

Frente a estas teorias doutrinárias, Aliomar Baleeiro observou que a lei orçamentária teve sua finalidade modificada no decorrer da história brasileira. Se num primeiro momento o orçamento foi criado para servir de escudo dos contribuintes em face do Estado, posteriormente ele também irá servir de plano de governo, instrumentalizando a plataforma política. Assim, defende este autor que o planejamento passou a fazer parte das funções do orçamento, sendo que ele “já não é apenas uma ato político: tende a envolver toda a economia nacional, inclusive o setor privado”²³⁵.

Neste sentido é possível encontrar posicionamento de Kiyoshi Harada que defende a natureza jurídica da lei orçamentária, na medida em que o próprio art. 165 da Constituição Federal de 1988 traz previsão expressa do orçamento com natureza de lei²³⁶. Entendimento compartilhado com Regis Fernandes de Oliveira e Estevão Horvath que assim lecionam:

Sintetizando, podemos dizer que o orçamento é a lei que estabelece a previsão de receitas e autorização das despesas, traçando os rumos de ingerência do Estado na ordem econômica. [...] que o orçamento não é uma lei como qualquer outra. Dada sua relevância econômica, política e até social, tem forma de tramitação diversa das demais leis, uma vez que apenas admite emendas sob certas condições. Dada sua relevância, a Constituição deu-lhe tratamento especial, tanto que previsto nos arts. 165 e 169.²³⁷

²³⁴ Cf. CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Indústrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre Vendas e Consignações. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, vol. 71, jan./mar. 1963, p. 335.

²³⁵ BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.309-312.

²³⁶ Cf. HARADA, Kiyoschi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 85.

²³⁷ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito financeiro...**, p. 90-91.

Com isso, o orçamento público não se trata apenas de um documento de arrecadação e gastos públicos, mas sim um instrumento legal-especial que contém programas e ações vinculadas a um processo de planejamento, com metas a serem alcançadas pelo Estado. Seria entendida como uma lei ordinária, já que a Carta Magna não previu *quorum* qualificado, bem como uma lei temporária, tendo em vista a previsão de prazo limitado de vigência²³⁸. É evidente que o orçamento público (leis orçamentárias) é uma lei, pois a partir do momento que um documento cria uma vinculação da conduta humana, isto é, uma obrigação de cumprimento, é porque ele possui um valor imperativo²³⁹, ainda mais se tal instrumento passou pela aprovação do Legislativo.

Apesar desta última corrente doutrinária ser mais convincente, ainda gira muita polêmica entre os juristas acerca da existência da natureza jurídica do orçamento público. A insatisfação quanto à falta de cumprimento do orçamento é uma preocupação tão evidente que existe uma Proposta de Emenda Constitucional n. 281/2008, apresentado pelo Deputado Luiz Carlos Hauly, a qual visa alterar o § 9º, do artigo 165, da Constituição Federal, a fim de inserir o caráter vinculativo das leis orçamentárias. Pela justificativa apresentada no projeto, percebe-se que se tenta mudar o caráter das leis orçamentárias, inserindo expressamente a obrigatoriedade de cumprimento, a qual já deve estar implícito na própria função orçamentária²⁴⁰.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal foi possível encontrar a ação declaratória de Inconstitucionalidade n. 1905/98, cuja relatoria ficou a cargo do ministro Sydney Sanches. Nesta ação se discutiu sobre a destinação da CPMF no âmbito da Lei Orçamentária Anual de 1997. O entendimento predominante nesta decisão foi que a Lei Orçamentária não era equivalente à norma, mas sim “de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-

²³⁸ *Ibid.*, p. 90.

²³⁹ Cf. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito financeiro...**, p. 66.

²⁴⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/586732.pdf>>. Acesso em: 26/09/2008. De acordo com a proposta, o § 9º passaria a apresentar a seguinte redação: “§ 9º. As receitas previstas na Lei Orçamentária Anual para a realização da sua programação serão de execução obrigatória, vinculadas às despesas nela previstas, e deverão ter caráter participativo, impositivo e inclusivo, sob pena de caracterização de crime de responsabilidade”.

administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade com os precedentes desta Corte, descabe controle concentrado de constitucionalidade”²⁴¹.

No julgamento da ação declaratória de inconstitucionalidade n. 2033-2, ajuizada em face da Lei de Diretrizes Orçamentárias do Rio Grande do Sul (Lei n. 11.324/99), buscava-se demonstrar, através deste expediente processual-constitucional, que havia uma inconstitucionalidade na mencionada lei, haja vista existir vinculação de receita de imposto, o que é vedado pelo art. 167, IV, da Constituição Federal. Neste caso, a ADin não foi conhecida, sob a argumentação de que a LDO é lei somente sob o aspecto formal, não podendo ser objeto do controle de constitucionalidade concentrado²⁴².

Contudo, quando o assunto parecia estar pacificado, o Supremo Tribunal Federal, na análise da ação declaratória de inconstitucionalidade n. 2925/04, julgou procedente no sentido de determinar interpretação conforme a Constituição à Lei Orçamentária n. 10.640/03, sob o entendimento que a matéria orçamentária possuía caracteres de norma geral e abstrata e, por conseguinte, seria passível de controle de constitucionalidade²⁴³. O entendimento que prevaleceu neste julgamento é de que poderá ocorrer o controle de constitucionalidade concentrado de leis orçamentárias quando estas regularem matérias que estavam revestidas de “contornos abstratos e autônomos”.

Embora existam alguns posicionamentos jurisprudenciais clássicos que se inclinam pela impossibilidade da realização do controle de constitucionalidade concentrado sobre as leis orçamentárias, os recentes entendimentos fundamentam um sensível progresso para se aceitar este controle. E ainda que afastado o controle abstrato, alternativa restante é questionar cada ato individualizado que infrinja disposição orçamentária, nas instâncias processuais ordinárias.

Classicamente o orçamento público caracterizava-se somente como um instrumento contábil de controle financeiro das despesas e receitas do governo. Mas com a Carta Constitucional de 1988 se estabelece um papel muito mais importante,

²⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.905-01, Rel.: Min. Sydney Sanches. Julg. 12/02/1998.

²⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 2.033. Rel.: Min. Néri da Silveira. Redator para o Acórdão: Min. Nelson Jobim. Julg. 17/12/1999.

²⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 2.925. Relatora originária: Min^a. Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Min. Marco Aurélio. Julg. 19/12/2004.

sendo que o orçamento deverá estar orientado pelos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF), materializado pelos planos governamentais. Assim, o orçamento público “deixa de ser mero documento estático de previsão de receitas e autorização de despesas para se constituir no documento dinâmico solene de atuação do Estado perante a sociedade, nela intervindo e dirigindo seus rumos”²⁴⁴.

Isso faz com que se entenda que o orçamento tenha, além de seu aspecto técnico e econômico, o aspecto político de revelar desígnios sociais e regionais de combate à desigualdade social, de modo que “o Estado Orçamentário, que procura através do orçamento fixar a receita tributária e a patrimonial, redistribuir rendas, entregar prestações de educação, saúde, seguridade e transportes, promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia, baseia-se no planejamento”²⁴⁵.

Até mesmo antes da promulgação da Carta Magna de 1988 José Afonso da Silva comentava acerca da existência do orçamento-programa, sendo que além da função contábil e financeira com a análise da relação entre receitas e despesas, o orçamento-programa denota um instrumento de política fiscal, que permite a programação econômica do Estado com a finalidade de alcançar o desenvolvimento nacional²⁴⁶. Nesta mesma esteira, Celso Ribeiro Bastos defende que muito além de um mero controle contábil do poder público, o orçamento “é de se tornar um instrumento de exercício da democracia pelo qual os particulares exercem o direito, por intermédio de seus mandatários, de só verem efetivadas as despesas e permitidas as arrecadações tributárias que estiverem autorizadas na lei orçamentária”. E assim conclui o mencionado autor: “o orçamento é, portanto, uma peça jurídica, visto que aprovado pelo legislativo para vigorar como lei cujo objeto disponha sobre a atividade financeira do Estado, quer do ponto de vista das receitas, quer das despesas”²⁴⁷. De nada adiantaria conceber a lei orçamentária como mero ato administrativo ou como lei somente no aspecto formal, pois seria a mesma coisa

²⁴⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito financeiro**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 89.

²⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário...**, p. 172.

²⁴⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. **Orçamento** - programa no Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 40.

²⁴⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 74.

que esvaziá-lo de juridicidade. Esse é o entendimento de Celso de Barros Correia Neto:

Representar o orçamento como lei formal nessa perspectiva, é esvaziá-lo de qualquer conteúdo de juridicidade que esta lhe pudesse ter. No plano formal, as disposições orçamentárias convertem-se em mera promessa, em mera possibilidade, que não obriga o Executivo e hoje não convence mais ninguém. A solução, imagina-se, estaria num “orçamento impositivo”, em que todos os compromissos normatizados fossem efetivados pelo Poder Público.²⁴⁸

Mediante o entendimento de um caráter vinculante e impositivo do orçamento, toda a população teria a titularidade de exigir a realização dos programas concretamente previstos pelo administrador público. O ideal seria a existência de uma ampla participação popular na elaboração e no controle do orçamento público, pois diante da “ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo”²⁴⁹. O que se verifica na atual sociedade é um ciclo vicioso que vem se repetido no decorrer dos anos a ponto de implicar em um significativo desperdício de recursos públicos ao invés de serem empregados na promoção dos direitos prestacionais, através de políticas públicas.

É por isso que na égide de um sistema republicano é natural que existam mecanismos fiscalizatórios da atuação dos agentes públicos, a fim de garantir que todos eles exerçam corretamente as funções públicas. Nestes termos defende Carlos Ayres Brito:

Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão. E tal responsabilidade implica o compromisso da melhor decisão e da melhor administração possíveis. Donde a exposição de todos eles (os que decidem sobre a *res publica* e os que a gerenciam) à comprovação do estrito

²⁴⁸ CORREIA NETO, Celso de Barros. **Orçamento Público: uma visão analítica**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 05/09/2010.

²⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. 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 (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

cumprimento dos princípios constitucionais e preceitos legais que lhes sejam especificamente exigidos.²⁵⁰

De forma a garantir a imperatividade do dever estatal e o bom funcionamento dos programas sociais, principalmente aqueles referentes aos direitos prestacionais, a Constituição Federal de 1988, aperfeiçoando mecanismos previstos na anterior ordem constitucional, estabelece dois sistemas de controle e fiscalização orçamentários: controle interno e externo. O controle interno ocorre quando o próprio órgão ou entidade será gestor e ao mesmo tempo controlador da legalidade e eficiência de seu orçamento, inclusive verificar a questão da oportunidade²⁵¹. Este controle é realizado sob o aspecto meramente administrativo, exercido, na maioria das vezes, pelos superiores hierárquicos no interior de cada órgão, sendo que a forma que se realizará a fiscalização poderá variar conforme a estrutura administrativa que cada ente federativo venha a adotar. Segundo José Afonso da Silva, “se a Constituição alarga a autonomia administrativa dos outros poderes, é coerente que também exija, de cada um deles, o exercício do controle interno, que tem como uma de suas finalidades, apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”²⁵².

Paralelamente, existe a previsão do controle externo do orçamento, o qual será realizado em regra pelo Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, mas que também, excepcionalmente, poderá ser fiscalizado pelo Ministério Público e Judiciário. Observe-se o art. 70 da Constituição Federal:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Pode-se notar que é atribuído ao Legislativo - no âmbito federal se refere ao Congresso Nacional - com auxílio do Tribunal de Contas, o papel de realizar a

²⁵⁰ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Direito tributário e finanças públicas**: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 184.

²⁵¹ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 741.

²⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 634.

fiscalização financeira e orçamentária de todas as entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta. O controle externo, em regra, é efetuado através de duas análises, sendo que a primeira de natureza técnica-contábil, realizada pelo Tribunal de Contas²⁵³ e a segunda de natureza política, realizada pelo Legislativo. Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o controle legislativo sobre as escolhas administrativas se apresenta sob a natureza política, de modo a ser possível “apreciar as decisões administrativas sob o aspecto inclusive da discricionariedade, ou seja, da oportunidade e conveniência diante do interesse público”²⁵⁴. Este entendimento deve ser interpretado com ressalvas, na medida em que controle da decisão não é sinônimo de permissão ao Legislativo substituir o Executivo na decisão, sendo que a discricionariedade administrativa não pode ser anulada ou usurpada.

As modalidades do controle externo alcançarão as seguintes atividades do Estado: contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Para alguns doutrinadores, como Eduardo Marcial Ferreira Jardim, o controle externo representa o exercício de uma função administrativa, “daí porque toda a atividade controladora do orçamento, efetivada externamente pelo Parlamento, reveste a natureza de função administrativa, razão pela qual seu âmbito competencial se limita ao exame de legalidade. Nada mais”²⁵⁵. Com este raciocínio, o autor vem a compreender que o Legislativo, juntamente com o Tribunal de Contas, ao realizar o controle externo sobre o orçamento, estaria exercendo uma função tipicamente administrativa, por isso estaria restringida a análise da legalidade.

²⁵³ É preciso compreender que o Tribunal de Contas não está subordinado ao Legislativo. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 4.190-MC. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 10/03/2010).

²⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 635.

²⁵⁵ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 78.

Em regra o controle externo é exercido mediante a análise de conformidade dos atos e decisões estatais com a legalidade. Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, o controle externo, em especial o Tribunal de Contas, teve suas atribuições ampliadas. Segundo dispõe o art. 70 da Carta Magna, a análise terá como parâmetro o atendimento aos princípios da legalidade, economicidade e legitimidade. No primeiro caso não há maiores problemas de interpretação, haja vista que o controle irá analisar se o orçamento atendeu aos comandos legais. No segundo caso, é permitido se averiguar se foi obedecida a melhor relação custo-benefício, evitando, com isso, o desperdício de dinheiro público. E por último, e mais polêmico, seria o “controle de legitimidade, que a Constituição tem como diverso da legalidade, de sorte que parece assim admitir exame de mérito a fim de verificar se determinada despesa, embora não ilegal, fora legítima, tal como atender a ordem de prioridade estabelecida no plano plurianual”²⁵⁶.

Fabricio Macedo Motta compreende que “em razão do dever de se fiscalizar a legitimidade (art. 70, *caput*) de qualquer atuação da Administração que implique envolvimento com recursos públicos, o espectro de atuação dos Tribunais de Contas abrange a verificação do respeito aos princípios e valores constitucionais, transcendendo, como visto, a mera atestação formal”²⁵⁷. Além do exame da legalidade, a legitimidade exige que as atividades desenvolvidas pela Administração Pública estejam em consonância com os objetivos constitucionais, ficando o gestor público comprometido com resultados de programas e metas. Pois se o próprio texto constitucional “distingue legitimidade de legalidade é exatamente para sublinhar que aquela concerne à substância do ato. O ato legítimo não observa apenas as formas prescritas ou não defesas pela lei, mas também em sua substância se ajusta a esta, assim como aos princípios não-jurídicos da boa administração”²⁵⁸.

Convém notar que não só é permitido como é missão constitucional elencada ao controle externo de que a avaliação seja realizada muito além do

²⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 751.

²⁵⁷ MOTTA, Fabricio Macedo. Direitos fundamentais e concurso público. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 1, 2010, p. 79-80.

²⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 125-126.

exame da adequação dos fatos à legalidade, mas, se constate se existe uma “conformação da gestão pública ao princípio da boa administração e aos demais princípios constitucionais, sempre norteados pela concretização da dignidade da pessoa humana”²⁵⁹. Neste sentido, no controle de legitimidade pelo Tribunal de Contas sua atribuição é de analisar a adequação da decisão administrativa. Assim argumenta Marçal Justen Filho:

A Constituição alude a legitimidade e economicidade, ângulos complementares da liberdade de atuação do gestor da coisa pública. Cabe aos órgãos de fiscalização verificar se inexistiu desvio de finalidade, abuso de poder ou se, diante das circunstâncias, a decisão adotada não era a mais adequada²⁶⁰

Ainda que a doutrina vede a possibilidade do Tribunal de Contas interferir nos juízos de conveniência e oportunidade, é permitido que, muito além do controle de legalidade, seja feito o controle de legitimidade, que equivale à análise do mérito administrativo:

A legitimidade diz respeito não à obediência formal do preceito superior, mas ao real atendimento das necessidades públicas, efetuando-se o contraste da norma com as finalidades encampadas no sistema financeiro, para saber-se do atingimento do bem público que se pretendeu alcançar. Passa a ser admitido o exame de mérito.²⁶¹

A partir desse entendimento é possível defender que o Tribunal de Contas superou a tradicional análise técnico-contábil, passando a ter a atribuição de avaliar se as decisões administrativas foram tomadas com base nas prioridades estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Nota-se que o constituinte buscou criar instrumentos que impedissem que a vontade constitucional ficasse adstrita ao voluntarismo das conveniências momentâneas ou baseadas em maiorias instáveis e nem sempre legítimas. Em outras palavras, o controle externo visa evitar situações em que o administrador público, com base em uma suposta tecnicidade específica, maliciosamente tenta “cortinar” os atos administrativos através de uma subjetivação,

²⁵⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 15.

²⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo...**, p. 752.

²⁶¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito financeiro...**, p. 122.

quando na verdade deveria haver o estabelecimento de critérios objetivos²⁶². É por isso que a liberdade legítima (discricionariedade constitucional) seria o exercício da oportunidade e conveniência com base em escolha justificadamente realizável dentro dos objetivos constitucionais²⁶³, o que se permite que haja uma análise de legitimidade da decisão administrativa.

Observe-se que em várias situações o Tribunal de Contas da União, através da análise do orçamento público, utilizou da atribuição constitucional para verificar o atendimento da legitimidade das decisões administrativas, conforme demonstram os seguintes acórdãos:

Se pode concordar, entretanto, com a brevidade argumentativa dos responsáveis, por meio da qual o simples fato de se deixar de pagar as remunerações dos empregados já foi tomado como uma vantagem econômica. O âmbito de 'oportunidade e conveniência' a que se credita determinados atos de gestão não pode servir de pretexto à prática de 'liberalidade' no dispêndio de recursos públicos, o que toma obrigação para qualquer administrador a fundamentação e justificação de suas decisões, de acordo com os princípios constitucionais insculpidos nos arts. 37 e 70 da CF. Nesse sentido, não nos parece razoável que a Resolução nº 004/2002 e Ordem de Serviço 70/2002 [...] tenham prescindido de estudos prévios que justificassem a amplitude e o conteúdo do programa, ainda mais quando se percebe que muitos beneficiários estavam bem próximos de se aposentar.²⁶⁴

O âmbito do controle de economicidade do ato administrativo - respaldado pelo art. 70, caput, da CF/88, e que compreende a avaliação da legitimidade dos aspectos relacionados à eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública -, é cabível ao Tribunal adentrar o mérito administrativo, nos casos em que a decisão adotada pelo gestor se mostrar nitidamente em descompasso com o princípio da economicidade, tendo em vista as demais opções legais que estiverem ao seu alcance. (...) No âmbito do controle de economicidade do ato administrativo - respaldado pelo art. 70, caput, da CF/88, e que compreende a avaliação da legitimidade dos aspectos relacionados à eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública -, é cabível ao Tribunal adentrar o mérito administrativo, nos casos em que a decisão adotada pelo gestor se mostrar nitidamente em descompasso com o princípio da economicidade, tendo em vista as demais opções legais que estiverem ao seu alcance.²⁶⁵

²⁶² Cf. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 90.

²⁶³ Cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35.

²⁶⁴ BRASIL. TCU. AC 1.487-09/09. 2ª Sessão: 31/03/2009. Rel.: Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

²⁶⁵ BRASIL. TCU. AC 1.195-12/08. 1ª Sessão: 22/04/2008. Rel.: Min. Augusto Nardes.

Pelas atribuições constitucionalmente definidas ao Tribunal de Contas é possível identificar uma função efetivamente de controle da legalidade, economicidade e também da legitimidade das decisões políticas. Essa situação demonstra que o mérito das decisões da gestão pública são analisadas no controle externo, como por exemplo, questões atinentes: a) aplicação do percentual mínimo de gasto em educação; b) aplicação do percentual mínimo de gasto em saúde; c) análise do conteúdo das tais despesas com educação e saúde, dados as práticas reiteradas dos Governos no sentido de tentar fazer incluir entre os gastos com saúde as despesas e investimentos em saneamento básico, e entre os gastos com educação as despesas com merenda escolar e transporte²⁶⁶; d) dispositivos de leis orçamentárias que autorizam, via decreto, o Executivo fazer remanejamentos de 10%, 20% até 30% das despesas previstas e aprovadas previamente pelo Legislativo²⁶⁷.

Interessante posicionamento é defendido por Vanice Regina Lírio do Valle, quando leciona que a análise de uma irregularidade envolvendo omissão estatal no que se refere a implementação de políticas públicas deve se pautar em uma investigação objetiva sobre os resultados projetados e os efetivamente alcançados:

A idéia que se quer fixar é tão-somente aquela segundo a qual a análise da existência de uma omissão culpável por parte da Administração, em relação à promoção de uma política pública que decorra de seus cometimentos constitucionais, envolve uma aproximação objetiva, que deve ter por foco prioritário de investigação, a existência em si de uma política pública projetada, o estágio de desenvolvimento em que ela se encontre, e a compatibilidade entre os resultados projetados e aqueles efetivamente alcançados.²⁶⁸

²⁶⁶ “Consulta. Não obrigatoriedade do fornecimento de transporte gratuito aos alunos das escolas públicas, porém, o município não deve deixar de fazê-lo caso se encontre em condições desde que não prejudique outras atividades fundamentais. Tais despesas com transporte podem vir a fazer parte daquele percentual mínimo destinado a educação que é tratado no art. 212 da Constituição Federal. O Tribunal de Contas responde à Consulta de acordo com o previsto nos artigos 208, VII e 212 da Constituição Federal”. (BRASIL. TCE/PR - Resolução 9.440/93-TC - Sessão: 04/05/93. Relator: Conselheiro João Cândido F. da Cunha Pereira).

²⁶⁷ “Denúncia. L.O.M. que previa a abertura de crédito adicional suplementar no valor máximo de um por cento do orçamento. Decreto baixado por ex-prefeito extrapolando o limite determinado sem a devida autorização legislativa. Procedência da denúncia”. (BRASIL. TCE/PR - Resolução 7.817/91-TC - Sessão: 04/07/91. Relator: Conselheiro Artagão de Mattos Leão)

²⁶⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47.

A corrente doutrinária defensora da atuação do Tribunal de Contas sobre as decisões administrativas toma com base a visão global sobre a situação orçamentária e financeira do ente federativo, compreendendo os limites de despesa, o que em tese evitaria que a discussão fosse feita somente de aspectos com repercussão individuais. Isso ilustra muito bem que o controle externo é um método que garante um entendimento amplo do orçamento do ente federativo e “parece claro que esta forma de verificação, que procura analisar o ato administrativo vinculando-o com o sucesso de seu objetivo, bem como analisando se os meios utilizados pela Administração foram os mais adequados, traz grande realce às auditorias no julgamento dos atos administrativos”²⁶⁹. a fim de se comprovar se a Administração Pública alcançou adequadamente o objetivo constitucional. É por isso que na concepção de Carlos Ayres Brito, diante da tamanha importância definida pela Carta Magna de 1988 os Tribunais de Contas assumiram um caráter político e administrativo, pois caso contrário, não teriam legitimidade de controlar as contas administrativas²⁷⁰.

O orçamento público é formado por um feixe de decisões político-administrativas, em sua maioria discricionárias, dentre elas estão as definições de políticas públicas, as quais devem estar em perfeita sintonia para com os valores e princípios consagrados pela Constituição Federal. Estas escolhas orçamentárias passam pelo controle externo que é de “natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais”²⁷¹.

Isso mostra que além do controle interno, o orçamento público, elaborado pelo chefe do Executivo, submete-se a um duplo julgamento no âmbito do controle externo: um político perante o Legislativo e outro técnico perante a Corte de Contas. E frente a polêmica à respeito da natureza jurídica do orçamento público e seu critério de vinculação no cumprimento, os controles de fiscalização (social e

²⁶⁹ CITADINI, Antônio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 18.

²⁷⁰ BRITO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 183.

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo...**, p. 752.

institucional) assumem um papel de suma importância na democracia atual, possuindo a legitimidade de avaliarem o cumprimento dos preceitos fundamentais.

Cap. 02 CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1 O ATENDIMENTO AOS DIREITOS PRESTACIONAIS COMO CONDIÇÃO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

É possível encontrar uma série de fatos sociais ligados ao desvio de condutas dos representantes políticos que geram uma apatia popular quanto ao sistema democrático contemporâneo, de modo que o doutrinador Agustín Gordillo defende que um dos maiores dilemas que o direito público enfrenta é a resolução coerente dos conflitos entre poder público e cidadão²⁷². O que se verifica na realidade social é uma verdadeira repulsa popular pelas entidades públicas, o que acaba, segundo análise de Zygmunt Bauman, por gerar sentimentos como incertezas e inseguranças nos cidadãos em relação a problemas com o Estado e a perseguição de um interesse social²⁷³.

A democracia moderna está baseada no consentimento dos governados, o que leva os governantes a se preocuparem com o controle da opinião pública para garantir a submissão dos indivíduos. Noam Chomsky identifica um sério descontentamento popular quanto ao atual regime democrático, haja vista que os governantes continuamente utilizam a opinião pública como mecanismo de submissão, transformando a população em espectadora ao invés de participante²⁷⁴.

Apesar de diversas decisões judiciais e discursos de juristas renomados deixarem evidente que o país se encontra numa onda de constitucionalismo

²⁷² “Neste aspecto pode encontrar-se amiúde – em livros, decisões, acórdãos – variados reflexos de uma certa insensibilidade humana e uma certa insensibilidade em relação à justiça. Quando quem analisa a controvérsia concreta entre indivíduo e o Estado se deixa levar pela comodidade da solução negativa para o primeiro; quando na dúvida condena, resolvendo contra o particular ou administrado. Quando na dificuldade de problema jurídico se abstém de abordá-lo e resolve favoravelmente ao poder público, certo de que essa simples circunstância lhe dará alguma cor de legalidade” (GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 50).

²⁷³ Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 13.

²⁷⁴ Cf. CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Trad. Pedro Joergensen Jr. São Paulo: Bertdrand Brasil, 2006, p. 50-51.

democrático e, que isso representa uma das maiores conquistas da humanidade, ainda é possível notar uma ausência de sentimento constitucional-democrático em grande parte da população brasileira. Em razão disso que se torna necessário delimitar o conceito “Estado Democrático de Direito” para que seja possível alcançar a verdadeira vontade constitucional²⁷⁵, ou seja, para se identificar como a sociedade civil e o Estado devem se conduzir frente aos problemas cotidianos. Em outras palavras, quando a Constituição Federal de 1988 dispõe que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”, ela enuncia uma qualidade ao Estado brasileiro. Mas para isso é necessário se apurar o significado real de democracia e como ela foi moldada pela carta constitucional brasileira. Somente através do resultado desta análise é que se poderá identificar qual é a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional.

Apesar de saber que a democracia não surgiu com o Estado de Direito ele foi importante por ter a função de racionalizar e limitar o poder. Para José Joaquim Gomes Canotilho há uma relação recíproca de dependência entre o Estado de Direito e democracia. Neste momento se identifica uma primeira função da democracia: se de um lado o Estado de Direito foi importante por desenvolver a liberdade no sentido negativo, o Estado democrático, por outro, serviu para trabalhar com a liberdade no sentido positivo, inerente ao exercício democrático do poder. Isso enuncia que o Estado de Direito é democrático, e o Estado constitucional só é constitucional se for democrático²⁷⁶.

Sob o panorama histórico se identifica que a origem terminológica da palavra democracia é encontrada na Grécia antiga, significando o poder de *demos*, ou seja, o poder nas mãos do povo. Embora de origem grega, a democracia não era considerada como melhor forma de governo por Platão e Aristóteles²⁷⁷. Em várias passagens de suas obras, estes filósofos gregos deixam transparecer uma simpatia por uma espécie de aristocracia, defendendo que enquanto este regime privilegiava

²⁷⁵ Cf. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 22.

²⁷⁶ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003, p. 99.

²⁷⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 375.

o governo daqueles que tem uma qualificação diferenciada, na democracia o povo poderia ser corrompido pelos demagogos, o que, neste último caso, impedia o alcance do bem comum. Acreditava-se que o exercício do poder por homens inexperientes, sem o necessário preparo, não conseguirá solucionar os problemas da vida pública²⁷⁸. Segundo Norberto Bobbio pode-se entender que existiu uma profunda oposição entre a compreensão sobre aristocracia e democracia na Grécia antiga, de modo que o primeiro defendia um governo dos ricos e o segundo um governo dos pobres. Em linhas gerais, o bom regime seria aquele que proporcionasse a cidade sua auto-suficiência e bem estar, e nem a democracia nem a oligarquia iriam proporcionar isso, pois não seria baseado nos interesses dos ricos ou de todos os indivíduos que iria se alcançar a virtude²⁷⁹.

O sistema democrático desde sua essência teve como missão a conservação da liberdade dos indivíduos, estando sobre este direito o maior foco de discussões doutrinárias para delimitação do conceito da democracia. É por isso que se identifica que a democracia surge de um apelo pela liberdade e justiça, visando barrar o poder ilimitado das classes dominantes e do Estado²⁸⁰. É nesse sentido que Hans Kelsen compreende que a síntese dos princípios da liberdade e da igualdade formará a essência da democracia, uma vez que somente através da conservação destes direitos que se poderá deduzir que ninguém pode mandar em ninguém, exceto o governo, que teria o monopólio da criação de normas gerais por meio de um processo democrático²⁸¹.

O Estado foi concebido com a função primordial de proteger a liberdade, e por estar numa posição acima dos cidadãos o Poder Público tem legitimidade na medida em que carrega prerrogativas para atuar como ordenador e pacificador dos conflitos sociais. É neste momento em que a “liberdade natural transforma-se em liberdade social ou política”. Pois, “é politicamente livre aquele que está submetido,

²⁷⁸ “Os governos viciados são: a tirania para a realeza, a oligarquia para a aristocracia, a demagogia para a república. A tirania constitui uma monarquia sem outra finalidade senão o interesse do monarca; a oligarquia vê o interesse dos ricos; a demagogia apenas vê o dos pobres”. (ARISTÓTELES. **Política...**, p. 90).

²⁷⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 377.

²⁸⁰ Cf. TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 37.

²⁸¹ Cf. KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

sim, mas à vontade própria e não alheia”²⁸². Por isso, o surgimento do Estado não representa a anulação da liberdade individual; pelo contrário, a partir deste momento o indivíduo tem sua liberdade garantida pelo governo, de modo que possa adequá-la na sociedade mediante obediência à normas gerais que eles mesmos elaboraram. Nesse sentido, uma sociedade seria democrática quando implantasse um sistema em que o povo seria governando por ele mesmo, bem como que garantisse a liberdade de desenvolvimento do indivíduo, pois como adverte Robert Dahl: “o que você especificamente deseja provavelmente difere do que outra pessoa quer. [...] A democracia protege essa liberdade e essa oportunidade melhor que qualquer sistema político alternativo que já tenha sido criado”²⁸³.

Após a experiência de governos totalitários, grande parte dos Estados resolveram aderir ao sistema democrático, considerando como o processo político que melhor legitima o poder, de modo que permite o próprio povo escolher os caminhos da sociedade. Inicialmente a democracia era desenvolvida de forma direta, através da qual cada cidadão exercia o processo de escolha pessoalmente. Mas esse sistema somente funcionava em pequenos centros, nos quais havia possibilidade física para realização destes debates. Com o passar do tempo as sociedades tornaram-se maiores e complexas, de maneira que ficaram reduzidas as possibilidades de participação direta dos cidadãos²⁸⁴. Por isso, que a democracia teve que se adaptar a esta nova realidade, o sistema de participação direta foi substituído pelo sistema representativo, também chamado de democracia indireta, sendo que o poder passou a ser exercido por representantes eleitos através do sufrágio popular.

No sistema democrático indireto os cidadãos elegem os seus representantes que irão defender a vontade popular dentro do poder estatal, assim as eleições democráticas são aquelas que ocorrem através de uma escolha popular. Os representantes eleitos, normalmente, se identificam com os anseios ou desejos de

²⁸² KELSEN, Hans. **A Democracia...**, p. 29.

²⁸³ DAHL Robert. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 65.

²⁸⁴ “A substituição da democracia direta pela democracia representativa deveu-se a uma questão de fato; o distinto juízo sobre a democracia como forma de governo implica uma questão de princípio. As condições históricas alteraram-se com a transição da cidade-Estado para os grandes Estados territoriais”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 376).

um grupo social e defendem diferentes opiniões acerca dos problemas da comunidade.

É com tal concepção que a democracia possui respaldo de garantir que o cidadão possua a liberdade de escolher as ordens que estará submetido, ou seja, ter a possibilidade de participar do processo político que ordenará a sociedade. Seria a forma ou regime político que “os exercentes de funções políticas (executivas e legislativas) representam o povo e decidem em seu nome, fazendo-o com responsabilidade, eletivamente e mediante mandatos renováveis periodicamente”²⁸⁵, direitos-deveres estes que foram sistematizados na construção moderna dos países que aderiram ao sistema republicano democrático.

As próprias palavras “República e Democracia” contêm a idéia de gestão pública, opondo-se a idéia de propriedade que predominava na Idade Média. Ruy Cirne Lima lembra que a palavra “administração” designa o exercício de uma atividade por alguém que não seja o proprietário, ou seja, no exercício do poder público o administrador não o tem a sua disposição, pois a atividade administrativa deve obedecer ao império da lei, de modo que o dever legal e a finalidade pública são preexistentes à vontade pessoal do governante²⁸⁶.

A Carta Constitucional brasileira de 1998 consagrou expressamente um sistema democrático que será realizado através do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos²⁸⁷, estabelecendo alguns pressupostos para a representação política, como por exemplo, alistamento eleitoral, nacionalidade brasileira, filiação partidária e a pessoa ser alfabetizado, etc²⁸⁸. Mesmo assim, a ordem constitucional previu algumas formas de participação direta, como o referendo, plebiscito, audiências públicas, orçamento participativo, etc.

²⁸⁵ Cf. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 13.

²⁸⁶ Cf. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20-22.

²⁸⁷ Constituição Federal de 1988: “Art. 14. 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: [...]”.

²⁸⁸ “§ 3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. § 4º. São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.”

Deve-se notar que o conceito de democracia passou por várias releituras com o passar do tempo, de modo que se pode identificar uma significativa expansão da participação popular nas decisões estatais. Conforme entende Hans Kelsen, a concretização de um sistema democrático se faz com a presença de uma participação popular no governo, independente se tal participação é direta ou indireta (representação). A democracia deve ser compreendida dentro de uma evolução histórica, sendo que definição clássica somente admitia participação direta e o modelo representativo refere-se a uma definição moderna, cujo representante é eleito pelo povo, através do voto da maioria²⁸⁹, muito embora, o próprio conceito de povo também tenha passado por modificações históricas. O exercício do poder estatal representa uma transferência da liberdade natural a uma subordinação perante o Estado, de modo que o sistema democrático do exercício deste poder somente terá legitimidade quando advém da participação do indivíduo. Ou seja, a democracia será legitimadora do poder quando o indivíduo participa da criação da ordem que ele estará submetido. Enunciando, segundo diretrizes da teoria positivista, que não importaria o grau que a liberdade individual era diminuída, mas sim, se houve participação dos indivíduos de maneira legítima na formulação das regras que eles estarão submetidos²⁹⁰.

Acerca do sistema representativo, Norberto Bobbio comentou que “na democracia moderna, o soberano não é o povo, mas são todos os cidadãos”²⁹¹, pois a terminologia povo se mostra abstrata e insuficiente para defini-lo, considerando, também, que na sociedade moderna esse conceito vem com fundamentos fortes numa concepção participativa. A respeito deste tema, Friedrich Müller escreveu que a democracia deve formar um ciclo de legitimação (estrutura de legitimação), onde, primeiro, o povo elegerá os seus representantes, os quais, por sua vez, irão tomar decisões “em nome do povo”, através das quais a população, enquanto destinatários sofrerão as consequências de tais condutas²⁹². Desse modo, para melhor visualização desta questão, é feita a classificação do conceito de povo como ativo e

²⁸⁹ Cf. KELSEN, Hans. **A Democracia...**, p. 143.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 32.

²⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 380.

²⁹² Cf. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60.

destinatário: “o povo enquanto cidadania ativa abrange apenas os eleitores; o povo enquanto instância de atribuição compreende, via de regra, os cidadãos do respectivo país”²⁹³, sendo que embora somente os cidadãos ativos tenham participado efetivamente na tomada de decisões da sociedade, as consequências sociais de tais deliberações repercutirão sobre a esfera dos outros que serão apenas os destinatários da medida.

Existem severas críticas à operacionalização do sistema democrático representativo moderno, na medida em que somente se verifica uma participação ativa dos cidadãos em épocas festivas e eventuais²⁹⁴. Apesar de toda participação demonstrar em sua essência a defesa por objetivos comuns, manifestações eventuais são insuficientes para se considerar como concretizado o princípio da democracia, pois o processo democrático participativo deve existir em todos os momentos, de modo que a vontade do povo possa influenciar de forma efetiva as decisões do Estado em questões do cotidiano. A ordem constitucional fornece diretrizes concretas para a formação de um Estado que “[...] vê a liberdade de seus cidadãos não exatamente como liberdade negativa face às coerções mas como um poder capacitante, como liberdade de participar; uma instituição que tenta, sempre de forma inconclusiva mas com zelo e vigor não abatidos, obter um equilíbrio entre a liberdade individual contra a interferência e o direito do cidadão intervir”²⁹⁵.

Isso faz lembrança a clássica classificação feita por Isaiah Berlin, o qual define que a liberdade no sentido negativo vem a fornecer a idéia de ausência de obstáculos à ação humana para a realização dos fins que o homem objetivar²⁹⁶. E a liberdade positiva fornece a noção de liberdade “como um atributo ou princípio constitutivo da imposição da vontade sobre um meio maleável. Sou livre não só quando ninguém me impede, mas quando ajo, alternando coisas, impondo um padrão, imprimindo minha personalidade em pessoas ou objetivos, e disso segue-se a noção de volição como central na determinação de fins ou propósitos, do que é

²⁹³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia..., p. 75.

²⁹⁴ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia...**, p. 57.

²⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política...**, p. 168.

²⁹⁶ Cf. BERLIN, Isaiah. **Idéias políticas na era romântica: ascensão e influência no pensamento moderno**. Lisboa: Companhia das letras, 2009, p. 228.

bom e mau, certo e errado”²⁹⁷. Neste panorama, a noção de valor do indivíduo é graduada segundo a medida em que ele é capaz de impor sua vontade ao seu ambiente, utilizando para isso do seu direito de participação. É nesse sentido que Chantal Mouffe propõe uma reformulação do processo democrático moderno, sugerindo uma revolução democrática radical de modo que haja uma superação do universalismo abstrato da natureza humana, afim do reconhecimento da diferença²⁹⁸. Defende esta autora que haja a proliferação de espaços políticos, superando as concepções insuficientes do liberalismo e do republicanismo cívico, a fim de desenvolver uma forma de individualidade essencialmente plural e democrática²⁹⁹.

Para que a concepção de cidadania seja compatível com a democracia moderna não pode mais se restringir a leitura da liberdade como sendo mera ausência de restrições, sendo que as cartas constitucionais, em especial a brasileira de 1988, impõem uma releitura de modo que o conceito de cidadania passa a ter como função indispensável a participação do cidadão na definição dos papéis das instituições públicas.

A dificuldade democrática se concentra no ponto de se reconhecer uma causa comum pela sociedade que seja capaz de motivar a defesa contínua dos direitos populares. Mas é exatamente diante da ausência de motivação contínua dos cidadãos é que surgem as falhas do regime democrático, como a apatia política e o desvirtuamento do interesse público. Isso demanda o desenvolvimento de mecanismos corretivos, com a finalidade de se garantir o atendimento de todos os cidadãos, sejam participantes ou destinatários.

Em razão disso, torna-se necessário analisar a estrutura da democracia, a fim de direcionar a reflexão sobre as formas em que os interesses sociais devem ser discutidos em uma sociedade. Para se estabelecer um panorama doutrinário inicial, parte-se do entendimento de Norberto Bobbio, para quem a democracia é compreendida como um conjunto de regras, dentro de um procedimento

²⁹⁷ BERLIN, Isaiah. **Idéias políticas na era romântica**: ascensão e influência no pensamento moderno. Lisboa: Companhia das letras, 2009, p. 254.

²⁹⁸ Cf. MOUFFE, Chantal. **O regresso político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 27.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 36.

estabelecido, destinado a autorizar a tomada de decisões da coletividade³⁰⁰. Com isso, “para que uma decisão tomada por indivíduos (um, poucos, muitos, todos) possa ser aceita como decisão coletiva é preciso que seja tomada com base em regras (não importa se escritas ou consuetudinárias) que estabeleçam quais são os indivíduos autorizados a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos”³⁰¹. No seu entendimento para ser cumprida a essência democrática se torna necessário que as pessoas conheçam as chamadas “regras do jogo” em momento anterior ao procedimento de tomada de decisões.

Em relação à posição procedimentalista, de que a democracia seria definida como “regras do jogo”, traz-se um questionamento de Alain Touraine que enuncia que “se a democracia não passa de um conjunto de regras e procedimentos, por que razão os cidadãos deveriam defendê-la de forma ativa?”. E assim conclui este autor “as regras de procedimento não passam de meios a serviço de fins nunca alcançados, mas devem dar seu sentido às atividades públicas: impedir o arbitrário e o segredo, responder às demandas da maioria, garantir a participação do maior número de pessoas na vida pública”³⁰². A visão deste autor se contrapõe à visão procedimentalista, buscando analisar a democracia sob a perspectiva material, mediante a investigação de condições que a torne um real sistema de participação popular e não simples regras para tomada de decisões. A democracia não pode ser encarada como mero procedimento de tomada de decisões, pois “[...] para modernidade democrática, isso já não bastará. Na democracia o voto não é mero procedimento (como o sorteio), e sim a expressão da igualdade e liberdade. Somos livres e, portanto, decidimos nosso destino político. Somos iguais, e por isso nenhum voto vale mais do que outro”³⁰³.

Esse entendimento permite compreender, conforme salienta Robert Dahl, que não existe somente um modelo democrático, mas vários, desde que presentes alguns critérios que este autor julga como indispensáveis para considerar um Estado como democrático, tais como uma participação efetiva dos membros desta

³⁰⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 31.

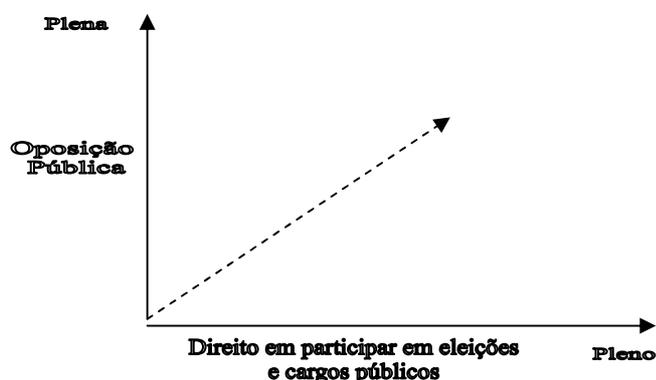
³⁰² TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?...**, p. 20.

³⁰³ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia...**, p. 32.

sociedade, igualdade de voto, entendimento esclarecido dos cidadãos, exercer controle definitivo do planejamento e a inclusão dos adultos³⁰⁴. Apesar de não existir um Estado integralmente democrático (perfeito), com base nos elementos acima fornecidos, é possível utilizá-los como meio de orientação para estudar as instituições políticas, bem como para encontrar respostas dos principais problemas sociais³⁰⁵. Reflexões sobre esses elementos permite que haja um planejamento pelo Estado a ponto de se revisar os atuais procedimentos a fim de adequá-los a realidade social. Apesar do objetivo da democracia ser o mesmo para todas as linhas doutrinárias acima apontadas - participação popular - é somente a partir da análise substancialista que se torna possível avaliar as falhas materiais e encontrar um real aperfeiçoamento do sistema.

É impossível avaliar o problema de um carro analisando apenas sua lataria, da mesma forma que se torna difícil solucionar os problemas da efetiva representatividade popular mediante análise somente da democracia procedimental.

A partir de um estudo que também englobe uma leitura dos direitos que servem de base para o sistema democrático possibilita-se que todos os órgãos estatais, que são entidades representativas da vontade popular, tenham condições de reverem seu verdadeiro papel como agentes de discussão de interesses públicos. Assim, Robert Dahl defende que para se considerar que um Estado, efetivamente, se encontra dentro de um processo de democratização é necessário identificar dois elementos, em especial: contestação pública e direito de participação. De modo que assim ficou demonstrado graficamente em sua obra³⁰⁶:



³⁰⁴ Cf. DAHL, Robert. **Sobre a democracia...**, p. 50.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 54

³⁰⁶ Cf. DAHL, Robert. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 29.

Ao momento em que o Estado crie um ambiente que garanta a possibilidade de existência de oposição pública e participação popular, conseqüentemente, o grau democrático desta sociedade atingirá níveis mais elevados. E o grau mais elevado dessa democracia possível seria denominado pelo autor de “poliarquia”, que seriam aqueles “regimes que foram substancialmente popularizados e liberalizados, isto é, fortemente inclusivos e amplamente abertos à contestação pública”³⁰⁷ e, que as preferências dos cidadãos sejam realmente levados em consideração nas decisões políticas.

As idéias de oposição e participação popular são colocadas como condições de uma forma de governo que permita com que os interesses dos cidadãos sejam considerados politicamente iguais, ou seja, todos os indivíduos da sociedade devem ter o direito de expressar suas preferências através de ações individuais e coletivas, bem como, de ter suas opções consideradas pelo governo no momento da tomada de decisões³⁰⁸. Estas condições, ainda que sozinhas sejam insuficientes, são indispensáveis para se sustentar um regime democrático, que deverá criar instrumentos para que o cidadão tenha efetiva possibilidade de influenciar as decisões políticas.

Deve-se atentar que o sistema adotado na democracia moderna, cujo caráter é representativo, demonstra-se ser a única forma de exercício que seria compatível em sociedades de grande amplitude territorial. O problema é de que o sistema representativo se desenvolve baseado no método da vontade da maioria, o que gera o efeito de que os interesses das classes minoritárias não tenham expressão adequada para fazer valer seus direitos, conforme alerta Boaventura de Souza Santos³⁰⁹. Saliente-se que na ótica da democracia moderna, a identificação das classes minoritárias não pode ser feita sob ponto de vista numérico, mas sim sob o viés da expressão política dos cidadãos, que continuamente manifestam-se a partir de grupos ou classes. Através da influência que cada uma das classes identificadas exerçam o poder é que se pode identificar os níveis de participação e oposição popular da sociedade.

³⁰⁷ DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição...**, p. 31.

³⁰⁸ *Ibid.*, p.26

³⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 49-50.

Para Hans Kelsen todo o debate político sob a égide do modelo de democracia majoritário irá criar uma situação em que se formam duas classes: a maioria e minoria. Se a segunda classe (minoritária) não for eliminada do processo democrático, ou seja, se ela ainda existir sempre permanecerá a possibilidade de que se influencie na vontade da maioria. Neste caso, a democracia formal concebida pelo autor permite entender que diante da existência, ainda que fictícia, das classes minoritárias haverá legitimidade do regime democrático³¹⁰. Ocorre que se a democracia pode ser entendida como uma forma de governo baseada em regras fundamentais pré-estabelecidas é natural que se questione como se legitimar todas as decisões coletivas tomadas com base na regra da maioria. Suas premissas tradicionalmente aceitas renunciaram a decisões unânimes, aderindo ao sistema de decisões majoritárias, mas em algum determinado momento a decisão da maioria poderá anular os interesses da minoria, ou seja, a minoria estará submissa à vontade da maioria. Será que esta situação não geraria uma ofensa ao princípio da liberdade da classe minoritária?

O perigo da tirania da maioria foi a preocupação que sempre acompanhou os teóricos estadistas. Com essa situação, a solução foi pensada sobre os mecanismos de acesso do poder, permitindo a livre escolha dos governantes, mas sem perder de vista a preocupação de que os representantes fossem instruídos e comprometidos com o bem público, o que acabou gerando uma forma de representação elitista³¹¹. Isso fica mais evidente quando Tocqueville revela a preocupação de que o trunfo das massas poderia representar um perigo à democracia, pois ele temia as revoluções e rupturas de regimes vigentes, afirmando que: “a própria maioria não é onipotente. Acima dela, no mundo moral, encontram-se a humanidade, a justiça e a razão; no mundo político, os direitos adquiridos”³¹². Mesmo nas correntes democratas é possível notar que a soberania popular era limitada, utilizando esta sistemática como forma de se evitar a instabilidade no governo.

³¹⁰ Cf. KELSEN, Hans. **A Democracia...**, p. 69-70.

³¹¹ Cf. TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 117.

³¹² TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 294.

Neste panorama, é de grande valia trazer a contribuição de Norberto Bobbio que comenta que a regra da maioria possui dois argumentos justificadores importantes: primeiro, o axiológico, que a regra admite a concretização dos princípios da liberdade e da igualdade; e o segundo de ordem técnica, que leva em consideração os objetivos que a regra visa atingir. Em geral, erroneamente, a democracia poderia ser compreendida como dependente da regra da maioria, ou seja, a existência de uma relação necessária³¹³. Imagine-se o fato de que uma sociedade adote a democracia como regra da maioria e, embora haja o respeito ao sufrágio universal impeça que as mulheres participem das eleições. Neste caso, a regra da maioria não estará em consonância com a estrutura da essência democrática construída, isto é, irá contrariar sua essência (liberdade e igualdade). Esses questionamentos levam o autor a defender que a base de um sistema como democrático não é a regra da maioria, mas sim o sufrágio universal:

Em outras palavras, para que se possa afirmar que um sistema é democrático não basta saber que o princípio da maioria maximiza a autodeterminação e porquanto o consenso, mas é necessário saber quantos são aqueles que se beneficiam dessas vantagens [...] Em suma, o que caracteriza um sistema político democrático não é o princípio da maioria, mas o sufrágio universal, ou, se quisermos, o princípio da maioria aplicado a votações conduzidas com o sufrágio universal.³¹⁴

É nesse sentido que John Hart Ely defende que ocorrerá o mau funcionamento da democracia quando o processo não merece nossa confiança, em situações quando:

(1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém, se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses - e, portanto negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos³¹⁵.

³¹³ Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos..., p. 432.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 435.

³¹⁵ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

Interessante entendimento é encontrado em Renato Janine Ribeiro que comenta que: “para nós, modernos, a democracia não é só a decisão que o demos toma, o resultado das votações populares. Nem toda decisão da maioria é democrática. Não o será, se violar os direitos humanos”³¹⁶. Em outras palavras, enquanto na democracia antiga o primordial seria puramente o resultado dos debates públicos, na democracia moderna tem-se que se atentar a outras condições para o perfeito funcionamento do regime político, como por exemplo, a limitação imposta pelos direitos humanos³¹⁷.

Isso mostra uma diferenciação que atualmente se utiliza entre a liberdade concebida na antiguidade clássica e sua releitura feita pelos modernos. Benjamin Constant elaborou essa diferenciação com a finalidade de salientar a importância da liberdade individual em face da liberdade praticada anteriormente. Assim, enquanto “entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos seus assuntos privados. Como cidadão, ele decide sobre a paz e a guerra; como particular, permanece limitado, observado, reprimido em todos seus movimentos [...]”³¹⁸, para os modernos a liberdade “é para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos”³¹⁹.

Durante a antiguidade a liberdade era sinônimo de autonomia, baseada no direito do indivíduo escolher as normas que irão regulamentar suas condutas, o que faria com que as deliberações coletivas vinculassem totalmente os interesses individuais dos cidadãos. A partir destas questões que a concepção moderna da liberdade veio a perceber que os indivíduos seriam considerados livres se houvesse limites ou condicionamentos para as deliberações coletivas, de modo que tanto as normas quanto o Estado respeitassem sua esfera particular, delineado pelos direitos do indivíduo.

³¹⁶ RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia...**, p. 22.

³¹⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63.

³¹⁸ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. **Revista de Filosofia Política**. Porto Alegre, n. 2, Rio de Janeiro, 1985, p. 11.

³¹⁹ CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos...**, p. 10.

Os direitos humanos, funcionando como proteção do indivíduo, por natureza são considerados invioláveis, de modo que eles devem ser respeitados, não podendo haver sua desconsideração nem que isso seja feito por uma decisão tomada pela maioria. Em razão disso Ronald Dworkin defende que a regra da maioria não pode ser considerada nem uma meta, nem uma definição de democracia, mas sim um sistema em que está sujeito às chamadas “condições democráticas”, ou seja, condições de participação moral dos indivíduos no processo de deliberações políticas³²⁰.

Assim, na doutrina de Ronald Dworkin é possível encontrar duas concepções de democracia: democracia majoritária e democracia comunitária. Enquanto a primeira estaria baseada em critérios puramente estatísticos, onde as decisões são tomadas de acordo com os votos ou desejos de uma função, uma maioria ou uma pluralidade; a segunda estaria fundamentada numa interpretação constitucional, que também pode ser entendida como comunitária, onde decisões políticas são tomadas efetivamente pelo povo (participação moral), independente de um conjunto qualquer de indivíduos³²¹. Esta lógica fornece um entendimento de que a decisão a ser tomada no sistema democrático não poderá ser baseada somente na regra da maioria, pois assim não se estaria preservando a liberdade e a igualdade, e sem estes princípios não há que se falar em Estado Democrático de Direito. É importante que se estabeleça que ao momento em que se restrinja a hegemonia da “regra da maioria” não se está abandonando ou sacrificando a liberdade positiva, pois é a partir da defesa da efetiva igualdade política e valores constitucionais que se encontra a verdadeira concepção constitucional de democracia. É nesse sentido que Alain Touraine vem a compreender a existência de: “[...] três dimensões da democracia – respeito pelos direitos fundamentais,

³²⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte Americana. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 26.

³²¹ “A primeira interpretação é estatística: numa democracia, as decisões políticas são tomadas de acordo com os votos ou desejos de uma função – uma maioria ou uma pluralidade – de cidadãos individuais. A segunda interpretação é comunitária: numa democracia, as decisões políticas são tomadas por uma entidade distinta – o povo enquanto tal – e não por um conjunto qualquer de indivíduos encarados um a um”. (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte Americana..., p. 31).

cidadania e representatividade dos dirigentes – completam-se; aliás, é sua interdependência que constitui a democracia”³²².

Com base neste raciocínio é possível até mesmo questionar uma decisão que a maioria dos indivíduos tenha tomado, caso venha a ofender de maneira ilegítima os direitos constitucionais das minorias. Com base em uma interpretação da ordem constitucional “quando um país democrático inflige uma injustiça, mesmo seguindo procedimentos democráticos, o resultado continuará sendo uma injustiça. O poder da maioria não faz o direito da maioria”³²³, isso demonstra que a escolha da maioria não pode ser tomada no sentido absoluto, podendo ser relativizada em certos momentos, sem que isso se constitua uma ofensa ao sistema democrático.

Em uma democracia é temerário se trabalhar com modelos de onipotência, onde existam direitos tão sagrados que não encontrem limites constitucionais. Não se poderá aceitar que um direito, seja de um rei ou do próprio povo (regra da maioria), possibilite o exercício do poder estatal de qualquer forma³²⁴. É preciso compreender que a regra do jogo democrático deve ser interpretada de modo inteligente, a fim de cumprir as finalidades constitucionais. A partir do momento em que se reconheça a onipotência de uma maioria, sem levar em conta que os benefícios do Estado pertencem a todos é neste momento em que se pode identificar a ausência da legitimidade democrática.

Com propriedade pode-se ter a segurança em se afirmar que o povo não pode ser concebido como um conglomerado de pessoas. Isso fica muito claro ao se analisarem as diretrizes colocadas pelo constituinte de 1987, a qual foi além de um valor mínimo de processo político, com a superação da definição formal de democracia firmou um compromisso com os valores democráticos, criando um ambiente propício para a participação efetiva do cidadão.

O sistema representativo poderia em certas horas gerar uma sensação de ausência de legitimidade, em razão de não se conseguir visualizar uma efetiva participação do povo. Há pertinência em haver uma preocupação de que as instituições públicas respeitem os espaços destinados a manifestação popular de

³²² TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?...**, p. 43.

³²³ DAHL, Robert. **Sobre a democracia...**, p. 61.

³²⁴ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático...**, p. 296.

forma a garantir uma maior participação do povo nos órgãos deliberativos. Na carta constitucional de 1988, o constituinte apesar de ter optado por um modelo de democracia representativa, deixou o campo aberto e propício para o desenvolvimento da democracia participativa³²⁵, na qual a vontade da maioria não poderá ser interpretada na sua concepção clássica, mas contextualizada sob a nova versão do constitucionalismo moderno.

Observe que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.441/DF, concedeu a segurança para garantir o direito das minorias parlamentares à participarem de Comissões Parlamentares de Inquérito. Entenderam os ministros da Suprema Corte que ao se barrar a participação da minoria, estar-se-ia ofendendo a própria essência da democracia:

Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas – notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar – devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares (...) A ofensa ao direito das minorias parlamentares constitui, em essência, um desrespeito ao direito do próprio povo, que também é representado pelos grupos minoritários que atuam nas Casas do Congresso Nacional.³²⁶

Transformações históricas desta espécie têm o condão de impor uma redefinição do conceito de democracia, exigindo que os poderes estatais permitam que os cidadãos possam diretamente mudar o curso de ações estabelecidas pelas instituições públicas. Isso faz com que Friedrich Müller defenda que existem duas condições para legitimidade do Estado Democrático de Direito: proteger o interesse da possível minoria dos cidadãos ativos e analisar o modo como todos (toda a população) serão tratados ou atingidos por estas decisões, permitindo que esta decisão seja questionada democraticamente³²⁷. Esses ideais devem ser colocados como controles de legitimidade das decisões estatais, de maneira que seja uma função obrigatória da Administração Pública tanto respeitar os procedimentos de

³²⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 145.

³²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.441/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. Informativo n. 572 – 18/12/2009.

³²⁷ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia..., p. 77.

tomada de decisões que existem atualmente como aperfeiçoar a máquina pública para o atendimento das classes ausentes de influência política.

Da mesma maneira que se empreenderam lutas em face dos governos absolutistas, deve-se haver um empenho para que haja um trabalho de aperfeiçoamento da democracia brasileira, de forma que permita que todos os cidadãos venham a ter direitos reconhecidos e atendidos pelo Estado. E a defesa da efetividade dos direitos prestacionais sociais é um meio que permite criar condições para o alcance de uma democracia participativa, mediante a correção das deficiências do regime brasileiro.

Desta forma, dentre os deveres constitucionais da Administração Pública há o encargo de que sua atuação esteja orientada para o fim de incluir os marginalizados no sistema político, bem como garantir as condições necessárias para que cada indivíduo tenha um mínimo de dignidade, como por exemplo, educação, saúde, assistência social, habitação, até mesmo para que o possibilite de participar efetivamente das deliberações públicas. Por isso, para a própria efetividade da democracia torna-se necessário garantir o mínimo existencial, sendo as condições indispensáveis a subsistência do indivíduo.

2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

Diante de um cenário em que as ordens fundamentais da sociedade tinham como fonte a vontade do príncipe ou monarca, Charles-Louis de Secondant, conhecido por barão de Montesquieu, em comentários feitos à Constituição Inglesa, apontou a necessidade de se criar barreiras contra o poder dos governantes. A idéia era desenvolver um sistema em que o poder estatal reconhecesse limites e, ao mesmo tempo, existissem instrumentos externos de fiscalização destes limites, com o objetivo de evitar as arbitrariedades e a tirania. É através destes questionamentos que a teoria da separação dos poderes foi sistematizada, sendo que Montesquieu defendia a necessidade da existência de poderes constituídos funcionando de forma harmônica, com a finalidade de fornecer legitimidade e racionalidade às funções estatais. Interessante notar que as razões encontradas por Montesquieu para a

necessária descentralização do poder se baseiam no reconhecimento da própria natureza humana³²⁸.

Essa sensação pode ser traduzida nas palavras de James Madison, que ao comentar a Constituição norte-americana defendeu que “não há verdade política de maior valor intrínseco, ou escorada por melhores autoridades, do que aquela em que esta objeção se funda: a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, através da qual uma só corporação, seja por efeito da conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania”³²⁹. A revolução francesa e a americana foram profundamente influenciadas por estes ideais de descentralização do poder, colocando como objetivo das sociedades modernas o desenvolvimento (aperfeiçoamento) da estrutura capaz de racionalizar as atividades dos poderes estatais. Alexis Tocqueville, também em análise da Constituição Americana, salientou a indispensabilidade da desconcentração do poder como forma de continuidade e prosperidade de uma nação³³⁰.

O funcionamento de três poderes, de maneira harmônica e independente, também promoveu uma espécie de fiscalização recíproca. A atividade que cada um funcionaria como uma forma de contenção da atividade do outro, sendo que esta fiscalização entre os poderes constituídos é denominada de “checks and balances” (freios e contra pesos), desenvolvida na doutrina norte-americana. Este sistema de delimitação de atividades não compromete a competência e autonomia estipulada pela carta constitucional, sendo que a independência defendida por Montesquieu nunca teve a conotação absoluta, conforme alerta Raymond Aron:

Para além da formulação aristocrática da sua doutrina do equilíbrio das forças sociais e da cooperação dos poderes políticos, Montesquieu estabeleceu o princípio segundo o qual a condição do respeito das leis e da

³²⁸ Cf. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 165.

³²⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Federalistas**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 130.

³³⁰ “[...] a centralização administrativa, é verdade, consegue reunir em determinada época e em certo lugar todas as forças disponíveis da nação, mas é nociva à reprodução das forças. Ela a faz triunfar no dia do combate, mas diminui com o correr do tempo sua potência. Portanto, pode contribuir admiravelmente para a grandeza passageira de um homem, mas não para a prosperidade duradoura de um povo.” (TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 99).

segurança dos cidadãos é que nenhum poder seja ilimitado. Tal é o tema essencial da sua sociologia política.³³¹

A construção teórica de Montesquieu baseia-se na definição das atribuições de cada um dos poderes constituídos: poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Através do primeiro é possível criar as leis, pelo segundo, haverá a função de declarar guerra ou paz, prevenir invasões, etc. Por meio do poder executivo daquelas que dependem do direito civil, o qual se mostra importante para a presente pesquisa, tem a incumbência de punir os crimes e julgar as questões dos indivíduos³³². O povo somente será considerado livre se todo indivíduo pudesse ser governado por si próprio, ou seja, esteja submetido às leis elaboradas pelo poder legislativo (sistema representativo). Percebe-se que neste modelo de separação de poderes, “o judiciário é [...] de algum modo, nulo. Restam dois, portanto, e como esses poderes necessitam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo, que é composto de nobres, torna-se muito capaz de produzir esse efeito”³³³. Em outras palavras, os juízes funcionariam como simples porta vozes da legalidade, de modo que os seus julgamentos devem estar em estrita consonância com as normas criadas pelo legislativo. A separação dos poderes foi desenvolvida em volta de uma preocupação quanto a interpretações subjetivas dos juízes, tomando por base uma função jurisdicional passiva, isto é, não permitindo ao Judiciário a possibilidade de realizar qualquer tipo de interpretação que visasse ultrapassar o sentido gramatical da lei³³⁴.

Fica claro que a construção doutrinária desta época defendeu que a segurança jurídica seria alcançada quando as condutas dos cidadãos e os julgamentos estatais estivessem em literal consonância com a lei pré-existente. O objetivo desse modelo era limitar os julgamentos judiciais a questões estritamente jurídicas, vedando que os juízes se manifestassem sobre questões políticas ou

³³¹ ARON, Raymond. **As Etapas do pensamento sociológico**. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/aron_montesquieu.html>. Acesso em: 12/07/2007.

³³² Cf. MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 165.

³³³ *Ibid.*, p. 169-170.

³³⁴ “Entretanto, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto que nunca sejam mais que um texto fixo da lei. Se representasse uma opinião particular do juiz viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são assumidos” (*Id.*)

morais. Conforme se afirmou acima, essas idéias foram transportadas para o constitucionalismo inglês, francês e americano, os quais, conseqüentemente foram utilizados de paradigmas para o desenvolvimento da Jurisdição Constitucional brasileira.

Como características marcantes do constitucionalismo inglês pode-se apontar o desenvolvimento de uma interpretação sob precedentes, sendo que “a maior parte da *Common Law* não é produto do Parlamento, mas sim do trabalho de séculos dos juízes aplicando regras consuetudinárias estabelecidas”³³⁵. Foi no decorrer dessa dinamicidade do direito inglês que se defendeu a idéia da existência da superioridade da Constituição no ordenamento jurídico. Foi contra as pretensões absolutistas da família Stuart que Sir Edward Coke defendia uma atuação mais ativa do Judiciário, afirmando que “os juízes eram leões que deviam custodiar, frente ao rei, os direitos dos cidadãos”³³⁶, foi através de tal iniciativa que foi proposta uma inovação no direito ao sentenciar sobre os writs of prohibition, conforme leciona Lenio Streck:

Desse modo, o projeto constitucional de Edward Coke, naquela época de crise, resulta suficientemente claro: de um lado estabelece a autonomia do Poder Judiciário frente ao Poder Executivo (prerrogativa real); de outro, no momento em que o parlamento se convertia em um órgão legislativo, transfere a função judicial, que era própria do Poder Legislativo enquanto ‘Alto Tribunal’, aos tribunais de Common Law.³³⁷

O modelo inglês baseia-se mais em uma espécie de direito de processualistas e de práticos, ou seja, os juízes ingleses depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes (precedentes). Com isso grande parte dos julgamentos era fruto da aplicação de regras consuetudinárias estabelecidas pela tradição. Ainda que baseados em precedentes e sem uma constituição escrita, o sistema inglês conseguiu desenvolver a idéia de uma superioridade normativa da Constituição, de modo que através da batalha

³³⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 298.

³³⁶ COKE, Sir Edward. *Apud* STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 305.

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito...**, p. 307.

empreendida do projeto constitucionalista de Edward Coke, vem a estabelecer uma autonomia do Poder Judiciário.

Desenvolvidos com base no modelo inglês, os modelos americano e francês vêm a seguir caminhos diferentes, criando especificidades que merecem ser trabalhadas para um melhor entendimento na influência ao sistema brasileiro. Explica Lênio Streck que “enquanto a Revolução Francesa confia na obra do legislador virtuoso, combinando individualismo e estatalismo, a Revolução Americana, combinando individualismo e historicismo, desconfia das virtudes do 'virtuoso legislador', preferindo confiar os direitos e liberdades à Constituição, isto é, à possibilidade de limitar o legislador através de uma norma de âmbito rigidamente superior”³³⁸.

Note-se que o modelo judicial francês sofreu uma forte influência da doutrina de Rosseau e de Montesquieu, na medida em que se valorizou a vontade popular em detrimento de um controle jurisdicional. Clèmerson Merlin Clève leciona que após a revolução de 1789 a França desenvolveu um sistema de fiscalização de constitucionalidade com aspecto nitidamente político. Isso se deve pelo fato da soberania pós-revolucionária ficou firmada na “vontade geral” que tinha por guardião o parlamento. E os juízes ficaram à margem desta construção constitucional, ficando com o encargo de exercer um poder neutro³³⁹.

Essa situação histórica é compreendida a partir das razões que motivaram a Revolução Francesa, bem como da constatação de que os juízes eram oriundos de classes aristocráticas, o que acabou por gerar uma extrema desconfiança em relação a eles, pois havia o receio de que um poder não-popular tivesse a possibilidade de modificar uma lei elaborada pela vontade do povo³⁴⁰. Ademais, havia o receio de se repetir em situações que ocorriam em momento anterior ao processo revolucionário, onde em muitos casos os juízes foram complacentes para com os monarcas absolutistas. Essa situação é muito bem exposta por Emmanuel Sieyès, que nas vésperas da Revolução Francesa, escreve que a população

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 331.

³³⁹ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60-61.

³⁴⁰ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

francesa reclamava existir uma tripla aristocracia: da igreja, da espada e da toga, demonstrando a revolta da população quanto a esta forma de imposição do poder³⁴¹.

Tanto o direito inglês quanto o americano se desenvolveram sob a forma jurisprudencial, sendo o precedente a fonte primordial do Direito, de modo que, nestes modelos se identifica um caminho propício para o desenvolvimento do *judicial review*, “uma vez que os juízes modificavam as regras dos precedentes à luz de novas situações e experiências”³⁴². No modelo americano, em especial, em vários momentos históricos, o Judiciário se mostrou extremamente intervencionista perante as funções do Legislativo e Executivo³⁴³. Este modelo foi tão representativo que o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade difuso foi reconhecido como tal a partir do *judicial review* exercido no lendário julgamento Marbury versus Madison, em 1803. A superioridade da Constituição foi analisada pelo juiz americano John Marshall em julgamento que demonstrou a preocupação que se teve acerca da preservação da superioridade constitucional³⁴⁴, conforme salientou Clémerson Merlin Clève:

Embora a Constituição americana não contemplasse expressamente o controle de constitucionalidade, de algum modo já prenunciava. A competência dos juízes encontrava-se latente no Texto Constitucional. Bastava um trabalho jurisprudencial adequado para afirmá-la, o que o Judiciário americano soube, no memento apropriado fazer.³⁴⁵

Este autor ainda identifica que a forma em que se estabeleceu o papel do juiz americano foi diferente, até porque o raciocínio feito nas decisões judiciais estava centrado na superioridade das normas constitucionais, haja vista que vários juízes negaram a aplicação de leis locais por estarem em afronta com a Constituição, como por exemplo, a Suprema Corte da Carolina do Norte, que em 1787 invalidou uma lei pelo fato de estar em contradição com artigos da

³⁴¹ Cf. SIEYÉS, Emmanuel Joseph. **A constituinte Burguesa**: Quést-ce que le Tiers État? 4. ed. Trad. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 11.

³⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 338.

³⁴³ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 93-94.

³⁴⁴ “Si, pois os tribunaes teem por missão attender á Constituição e observa-la e si a Constituição é superior a qualquer resolução ordinaria da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinaria, governará o caso a que ambas se applicam”. (MARSHALL, John. **Decisões de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 26).

³⁴⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 64.

Confederação³⁴⁶. Roberto Gargarella explica que Alexander Hamilton, pertencente a corrente dos federalistas, defendia que o controle judicial de uma lei não representava a superioridade dos juízes sobre os legisladores. Pelo contrário, *“lá decisión de anular una ley viene a reafirmar, justamente, el peso de la voluntad popular. Ello se debe a que, al anular una ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la Constitución, que es el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo”*³⁴⁷.

De uma forma diferente do modelo americano, foi o desenvolvimento do controle de constitucionalidade de alguns países europeus, que adotaram o tradicionalmente denominado modelo austríaco, devido sua origem ser atribuída à teoria de Hans Kelsen. Este modelo consiste em deslocar a função do controle a um tribunal *ad hoc*, sendo um órgão não pertencente ao Poder Judiciário, incumbido de proteger a vontade do legislador, expressada na letra da lei. Hans Kelsen justifica a existência de um Tribunal específico como guardião da constituição, argumentando que “[...] se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico”³⁴⁸.

O modelo denominado de austríaco representou um controle judicial de constitucionalidade monopolizado, no qual somente um Tribunal Constitucional específico teria a legitimidade de exercer esta função. Este modelo não estaria gerando uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois é possível conceber a existência harmônica entre a Jurisdição Constitucional e a soberania popular, na medida em que a construção constitucional moderna trouxe o desenho de uma espécie de soberania abstrata, que não pode ser interpretada como a soberania de apenas um órgão estatal, no caso o parlamento³⁴⁹.

³⁴⁶ Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...**, p. 64.

³⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Ariel, 1999, p. 52.

³⁴⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 288-290.

³⁴⁹ *“Pero abstracción hecha de que no puede tratarse de la soberanía de un órgano estatal particular, la soberanía pertenece a todo el orden jurídico este argumento se desploma sólo por el hecho de que debe reconocerse, que la Constitución regula el procedimiento de legislación exactamente de la misma manera en que las leyes regulan el procedimiento de los tribunales y el de las autoridades administrativas; que la legislación se encuentra subordinada a la Constitución*

Ao mesmo tempo em que se visualiza um controle judicial de constitucionalidade das leis e atos do governo, também é possível observar que existem procedimentos que os tribunais deverão seguir, elaborados pelo legislativo. Se a construção do princípio da separação dos poderes visa o “equilíbrio constitucional”, atribuindo competências a cada poder constituído, a concentração de poderes somente será evitada com a obediência do Executivo e Legislativo à Constituição, mediante a fiscalização/controle do Judiciário. Em outras palavras, a legislação deve obediência à ordem constitucional da mesma maneira que os poderes constituídos, o que enuncia que a soberania popular não pode ser arbitrariamente atribuída à figura da soberania do Legislador, mas, sim, ao desenvolvimento equilibrado dos três poderes. Com isso, afirma Hans Kelsen que “*la institución de la jurisdicción constitucional no está, de ninguna manera, en contradicción con el principio de la separación, sino por el contrario, es una afirmación de éste*”³⁵⁰.

De um modo geral grande parte dos países europeus não conferiu o exercício da Jurisdição Constitucional aos tribunais ordinários, o que acabou por criar uma imunidade jurisdicional dos atos do governo³⁵¹. Conseqüentemente, neste sistema, os juízes teriam mais dificuldades em utilizar a função jurisdicional para proteger os direitos fundamentais de cunho prestacional.

O sistema austríaco criou um modelo de Judiciário com juízes de carreira, ao contrário do modelo americano, que aderiu a um sistema de eleição, no qual o magistrado é colocado como parte essencial no equilíbrio constitucional. Então o primeiro modelo foi mais adequado para fortalecer a força da lei, enquanto o sistema norte americano, mediante a fiscalização difusa, mostrou-se mais aberto a discussão das conseqüências políticas, sendo que “mais do que um problema da legitimidade (ou da ausência de legitimidade) de os juízes poderem dizer se uma lei é ou não constitucional, ganhou força o papel dirigente do constitucionalismo, através da qual

absolutamente de la misma forma en que lo están a la legislación, la jurisdicción y la administración, y, por tanto, que el postulado de la constitucionalidad de las leyes es, teórica como técnicamente, idéntica por completo al postulado de la legalidad de la jurisdicción y de la administración”. (KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)**). Trad. Rolando Tamayo Y Salmorán. México-DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 52).

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 52-55.

³⁵¹ Cf. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 26.

a própria Constituição, fruto de um pacto constituinte-fundante de uma nova ordem, já por si só estabelecia os caminhos político-econômico-sociais do Estado”³⁵².

Identifica Michel Rosenfeld que no modelo americano o Judiciário exerce um papel mais destacado, uma vez que a análise judicial vai além de uma conformidade com a lei:

O papel do juiz é mais crucial para o sucesso do Estado de direito do que para o do Rechtsstaat ou do État de droit. Com certeza, o Estado de Direito no sentido de agir em conformidade com a lei se estende a todos os poderes do governo, mas o judiciário tem um papel especial em definir, moldar, interpretar, alterar e aplicar a lei.³⁵³

Em linhas gerais, pode-se identificar quatro principais modelos de controle de constitucionalidade que influenciaram o modelo brasileiro: um primeiro definido como modelo inglês, baseado em precedentes e no qual os juízes eram incompetentes para realizar o controle de constitucionalidade; o modelo francês haveria um controle político e preventivo de constitucionalidade, a ser exercido pelo Conselho de Constitucionalidade; o modelo americano de controle difuso, onde qualquer juiz poderia realizar o controle de constitucionalidade; e por fim, o modelo austríaco, no qual caberia exclusivamente a um Tribunal específico o controle de constitucionalidade. Todos, de alguma forma, vieram a exercer influência na construção do controle de constitucionalidade brasileiro, o qual, por sua vez, teve estabelecido suas diretrizes iniciais através do Decreto n. 848/1890, o qual organizou a Justiça Federal no Brasil e assim definiu a função da magistratura brasileira:

A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito de se verificar se elas são nulas e sem efeito. Por este engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação do juiz em sua própria causa.

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 379.

³⁵³ ROSENFELD, Michel. *Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes*. Trad. Adauto Villela. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 191.

Para compreender o atual modelo de Jurisdição Constitucional brasileiro é necessário incursionar-se, ainda que de forma breve, em algumas passagens históricas que demonstram como foi incorporado o papel do Judiciário no Brasil.

Em 1892, após a declaração da República, ocorreu o conhecido “manifesto dos treze generais”, em 12 de abril deste mesmo ano, ocasião em que o Presidente Floriano Peixoto decretou estado de sítio, determinando a prisão de vários militares. O advogado Rui Barbosa ingressou com *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, buscando além da libertação dos presos, a declaração da inconstitucionalidade do regime de exceção. Apesar de conceder o mandado de soltura aos presos, este órgão jurisdicional entendeu não ser possível realizar o controle de constitucionalidade do regime de estado de sítio, por configurar ato de caráter político³⁵⁴.

Em outra ocasião, no julgamento da apelação cível n. 112/1895, o Supremo Tribunal Federal anulou ato do Presidente da República que havia reformado compulsoriamente militares, sob o entendimento de que o referido ato desrespeitou o devido processo legal e não tinha motivos previstos em lei. O então advogado dos militares, Rui Barbosa, defendeu que os órgãos jurisdicionais tinham a competência de controlar a constitucionalidade dos atos administrativos. Contudo, apesar do STF anular o ato não determinou a reintegração dos militares aos seus cargos, o que demonstrou um exercício limitado da competência jurisdicional no controle da Administração Pública³⁵⁵.

Diante da ausência de remédios constitucionais no século XX, o Supremo Tribunal Federal, em várias decisões, realizou interpretações extensivas do *habeas corpus*, aplicando este instituto não somente para proteção da liberdade de locomoção, mas também de exercício de funções eletivas, imunidades parlamentares, liberdade de imprensa, etc. Fato histórico que demonstra essa

³⁵⁴ “[...] ao Congresso compete privativamente aprovar ou reprovar o estado de sítio declarado pelo Presidente da República, bem assim o exame das medida excepcionais, que ele houver tomado, as quais para esse fim lhe serão relatadas com especificações dos motivos em que se fundam; considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judiciário apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal, envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”. (STF. HC n. 300. Julg. 23/04/1892. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos>>. Acesso em: 01/02/2005).

³⁵⁵ Cf. CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos Poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p.164.

situação foi na eleição para governador do Estado do Rio de Janeiro, o candidato Nilo Peçanha ingressou com o HC n. 3697/1914, ocasião em que o STF concedeu a segurança para que o candidato pudesse livremente entrar no Palácio do Governo e assumir o cargo. Tempos depois, a fim de impedir a expansão desta espécie de decisões o *habeas corpus* foi severamente restringido em 1926, mediante uma reforma constitucional, promovida pelo então presidente da república, Artur Bernardes³⁵⁶.

Uma análise diferente da histórica constitucional brasileira foi realizada por João Mangabeira que entende que foi o Congresso Nacional, em grande parte da história brasileira que exerceu sozinho o papel de guarda da Constituição e da democracia, de modo que “desde 1892 até 1937, mais faltou à República não foi o Congresso, foi o Supremo”³⁵⁷. Para este autor houve uma passividade do Judiciário no modelo de constitucionalidade brasileiro, de modo que havia uma série de críticas às situações em que o Poder Público manteve-se omissos ao cumprimento de direitos constitucionais e o Judiciário, de forma complacente, não apresentava decisões corretivas, com receio de ferir o princípio da separação dos poderes. Outro autor que também identificou certa passividade do Judiciário foi o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, empossado em 1965, Aliomar Baleeiro, definindo que a função do Judiciário “não é instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. [...] aí está a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regime decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democráticos do sistema federal”³⁵⁸.

Isso mostra que o Poder de Judiciário brasileiro oscilou entre decisões consideradas conservadoras e posturas “ativistas”, sob a ótica da doutrina, mas sempre representou um papel estratégico para sociedade brasileira, tanto é que o regime militar, através do Ato Institucional n. 02, excluiu expressamente algumas

³⁵⁶ Cf. CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos Poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal...**, p. 173.

³⁵⁷ MANGABEIRA, João. *Apud* CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 268.

³⁵⁸ BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 20.

matérias da apreciação jurisdicional, situação repetida pelo art. 173 da Constituição Federal de 1967³⁵⁹.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, representando a redemocratização do país, houve o estabelecimento de um plano de competências até então não outorgado por nenhuma outra Carta Magna³⁶⁰, criando uma série de mecanismos pelos quais o Judiciário poderia ser instado para atender aos interesses dos cidadãos, inclusive, podendo intervir em toda e qualquer situação em que houvesse lesão ou ameaça de direito, bem como previu a utilização de novos mecanismos de garantia de direitos como o mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, argüição de descumprimento de preceito fundamental e ação direta de inconstitucionalidade por omissão³⁶¹. A função jurisdicional era de julgar a aplicação das normas sobre o caso concreto, isto é, irá adequar as condutas dos cidadãos e do Estado para com os deveres previstos pelo ordenamento jurídico (princípio da reserva de jurisdição)³⁶². É nesse sentido que a Carta Magna brasileira regulou as atribuições do Executivo, Legislativo e Judiciário, prevendo expressamente as atribuições típicas de cada poder constituído, sendo que essas atribuições não poderão ser exercidas por outro órgão ou poder.

Dentre as funções jurisdicionais previstas pela Constituição Federal de 1988 caberia ao Judiciário efetuar o controle de constitucionalidade, que representará a tarefa de “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais”³⁶³.

³⁵⁹ “Art. 173. Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como: I - pelo Governo federal, com base nos Atos Institucionais n. 1, de 9 de abril de 1964; n. 2, de 27 de outubro de 1965; n. 3, de 5 de fevereiro de 1966; e n. 4, de 6 de dezembro de 1966, e nos Atos Complementares dos mesmos Atos Institucionais; II - as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores, fundados nos referidos Atos institucionais; III - os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares referidos no item I; IV - as correções que, até 27 de outubro de 1965, hajam incidido, em decorrência da desvalorização da moeda e elevação do custo de vida, sobre vencimentos, ajuda de custo e subsídios de componentes de qualquer dos Poderes da República.”

³⁶⁰ Cf. MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 974.

³⁶¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. [...]: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

³⁶² CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 64.

³⁶³ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 627.

Observe-se que o atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é realizado por meio do sistema híbrido, qual seja: difuso e concentrado. O primeiro, inspirado no sistema americano, onde qualquer juiz ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade. Mas também previu o denominado controle concentrado, inspirado no sistema austríaco, sendo que o Supremo Tribunal Federal ficou com a tarefa de guardião da Constituição, nos termos do art. 102, I, “a” da Carta Constitucional. Cabe lembrar que o Supremo Tribunal Federal não absorveu integralmente o modelo americano e o austríaco, mas pautados neles desenvolveu um controle de constitucionalidade próprio, frente a realidade brasileira.

A definição do papel do Judiciário passou e ainda passa por uma série de críticas quanto à legitimidade de seu exercício, na medida em que se identifica que um poder constituído passa a controlar atos de outros poderes que representam a vontade popular. Estes questionamentos chegaram a ser captado pela doutrina brasileira em 1949, quando Carlos Alberto Lúcio Bittencourt assim escreveu:

Argúi-se, todavia, que a doutrina americana, acarretando a supremacia do Judiciário, opõe-se aos princípios democráticos, pois, enquanto em relação ao Congresso, de eleição em eleição, o povo pode escolher os seus representantes de acordo com a filosofia política dominante, no caso do Judiciário a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgamentos a variação da vontade popular.³⁶⁴

Involuntariamente surgiram alguns receios quanto ao desenvolvimento do controle de constitucionalidade, sendo identificada uma tensão entre o Judiciário e as escolhas realizadas pelo Legislativo e Executivo³⁶⁵. A expansão do controle judicial pode representar uma ofensa a soberania popular, haja vista que a revisão das escolhas da maioria, tomada em órgãos legislativos, contrapõe-se a legitimidade estatal. Deste modo, é formada uma crítica tomando como idéia de que a democracia representa a soberania popular ou a regra da maioria e a jurisdição deveria ser restringida por se tratar de decisões “contra-majoritárias”. Essas são idéias defendidas, conforme informa Roberto Gargarella, a partir da corrente doutrinária denominada de radicalismo populista, a qual segue o entendimento de

³⁶⁴ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *Apud* BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.

³⁶⁵ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia..., p. 258.

que o alcance de um consenso imparcial seria a partir da opinião da maioria, sendo que a decisão do povo será considerada a correta e indiscutível³⁶⁶. Por esta corrente haveria o fortalecimento do sistema democrático representativo, devendo os juízes ficarem subordinados completamente às legislaturas em matéria constitucional.

Vários questionamentos são extraídos das leituras que são feitas do controle de constitucionalidade, de modo que uma delas, feita por Dieter Grim, identifica uma tensão entre direito e política, sendo que este autor defende que a Constituição não pode estabelecer uma excessiva juridicalização da política, a ponto de suprimir todo o substrato do processo decisório. É certo que a política tem a função de adaptar os deveres constitucionais às necessidades sociais que são variáveis, o que possibilita que o direito possa delimitá-la, mas jamais suprimi-la³⁶⁷. O conflito apontado entre a atuação do Judiciário no Estado democrático não é reconhecido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que em resposta à tese do “risco democrático” de Dieter Grim, fornece a seguinte resposta:

Essa colocação tem a virtude de ressaltar que a jurisdição constitucional não se mostra incompatível com um sistema democrático, que imponha limites aos ímpetos da maioria e discipline o exercício da vontade majoritária. Ao revés, esse órgão de controle cumpre uma função importante no sentido de reforçar as condições normativas da democracia. Não devemos, porém, cair na tentação da onipotência e da onipresença desta Corte em todas as questões de interesse da sociedade. À esfera da política cabe a formulação de políticas públicas, cumprindo o Poder Judiciário, nessa seara, o papel de guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, como obstáculos intransponíveis à deliberação política. Esse é um grande desafio para a jurisdição constitucional: conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia.³⁶⁸

Esse entendimento é bastante compreensível na medida em que se implementou uma nova leitura do constitucionalismo no período pós segunda guerra mundial. A Jurisdição Constitucional ganhou prestígio, foi repensada como um peça importante na defesa dos direitos humanos e como principal instrumento de garantia da supremacia das cartas constitucionais. As constituições modernas, em especial à Constituição Federal brasileira de 1988, desenvolveram um papel importante para a

³⁶⁶ Cf. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1999, p. 85.

³⁶⁷ Cf. GRIMM, Dieter. **Constituição e Política**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.

³⁶⁸ MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17/08/2010.

jurisdição constitucional. Aponta Walter Rothenburg que “a resposta judicial é um importante fator de repercussão e retroalimentação para o Legislativo, que pode levar em consideração essa ‘resposta’ na formulação das leis”³⁶⁹, sendo que a jurisprudência também pode servir de fonte para regulamentar a atuação do Legislativo e do Executivo e, conseqüentemente, aperfeiçoar o sistema democrático.

O que se deve compreender é que uma Constituição visa representar a vontade comum do povo, visando garantir os direitos previstos em seu texto. A função típica jurisdicional será exercida mediante o papel de órgão fiscalizador dos deveres imposto ao Estado pela ordem constitucional. Para que a fundamentabilidade e supremacia constitucional não fiquem somente no plano do discurso, aponta a Carmem Lúcia Antunes Rocha, que será necessário a existência de duas espécies de normas de garantia. As normas de primeira ordem, comenta a autora, “destinam a tornar a obra do constituinte originário mantida em seu núcleo, [...] assim, o poder constituinte originário define, de maneira imodificável, as formas pelas quais a obra constitucional pode vir a ser formalmente reformada ou alterada”. Na segunda ordem, contém um sistema de controle de constitucionalidade das normas, maneira pela qual “a Constituição se mantém viva e eficaz jurídica e socialmente”³⁷⁰.

Nesse sentido, o doutrinador Manuel Aragon comenta acerca da necessidade do controle judiciário, defendendo que apesar do controle social ser mais forte e importante para as sociedades democráticas, ele se mostra incapaz de barrar, juridicamente, as arbitrariedades de governantes mal intencionados. De igual modo, o poder político não é um limite suficiente ao poder, em razão deste se basear em condições de oportunidade e conveniência, o que muitas vezes, colocará a garantia da constituição a serviço da maioria. E o poder jurídico aparece como solução viável para garantia do sistema democrático. Assim fundamentou este autor:

Em definitiva, el control jurídico (menos “fuerte” que el social y el político) se presenta como el más “regular” (por ser un control normativizado) y, a la

³⁶⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429.

³⁷⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. In: **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**. Ano 1999, n. 20, p. 11.

poistre, el más seguro. La Constitución no poddía sobrevivir sin los controle sociales y políticos, sin guda alguna, pero sencillamente, la Constitución no podría “ser” sin el control jurídico que es, por esencia, el control jurisdiccional.³⁷¹

Para melhor compreensão do assunto se torna necessário distinguir a respeito da legitimidade da existência da Jurisdição Constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição. Na primeira hipótese, é inquestionável na medida em que “[...] um poder eletivo que não for submetido a um poder judiciário cedo ou tarde acabará escapando a qualquer controle, ou será destruído”³⁷². Isso fica ainda mais evidente quando os processos políticos convencionais de representação popular se mostram como meios insuficientes na função de proteção dos interesses das classes minoritárias, o que, segundo John Hart Ely, tornaria admissível a intervenção judicial para preservar o equilíbrio do regime democrático³⁷³.

A função jurisdicional inicialmente definida por Montesquieu baseia-se numa forma de neutralidade, o qual foi sistematizada por vários Estados de maneira diferente. No Brasil, a separação dos poderes foi consagrada no artigo 2.º da Constituição Federal, estabelecendo que são Poderes da União, independentes e harmônicos ente si, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Na leitura destas disposições constitucionais, Lênio Streck compreende que a Jurisdição Constitucional se mostrou de fundamental importância para a consolidação do Estado Democrático de Direito, e “nesse sentido, ocorre o engedramento de um tipo de justiça constitucional que tenta superar o problema da falta de legitimidade de um poder de Estado em controlar os atos dos demais”³⁷⁴.

A tendência contemporânea é de se visualizar a atual autonomia que os Tribunais possuem em relação ao governo, haja vista que “o Poder Judiciário não mais visto ou tratado, como foi outrora, como a longa manus do rei”³⁷⁵, mas como

³⁷¹ ARAGON, Manuel. **Constitucion y control del poder**: introducción a uma teoría constitucional del control. Bueno Aires: Ediciones ciudad argentina, 1994, p. 141.

³⁷² TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 86.

³⁷³ Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 114-115.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional: uma nova crítica do direito...**, p. 354.

³⁷⁵ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *In: A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário*. Ano. 1999, n. 20, p. 14

uma nova instituição, baseado em um critério de justiça que a seu turno redefiniu seu papel e sua atuação na sociedade. Ocorre que para se identificar a função do Judiciário na seara de implementação de direitos prestacionais, através de controle sobre os demais poderes constituídos, em especial o Poder Executivo, é necessário aferir a construção trazida pela Constituição Federal de 1988, de modo a se constatar se a partir do constitucionalismo o Estado brasileiro ultrapassou a compreensão de supremacia do “Legislativo de Rousseau” e, se teria legitimidade alguma espécie de controle de constitucionalidade no campo de políticas públicas. Pois, conforme alerta Roberto Gargarella, *“las mayorías pueden cometer errores, debemos comenzar a aceptar formas de control de las leyes que no descansen, exclusivamente, em dichas mayorías”*³⁷⁶.

Para isso, passa-se a verificar os principais debates existentes sobre a legitimidade da Jurisdição Constitucional de forma a compreender o funcionamento deste poder constituído perante as decisões orçamentárias.

2.3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM DEBATE ENTRE PROCEDIMENTALISTAS E SUBSTANCIALISTAS

A discussão que se propõe é de como se operaria a Jurisdição Constitucional no âmbito da sociedade democrática e do regime de separação dos poderes, sem que sua atuação configure usurpação das competências legislativa e administrativa. Comenta Luis Roberto Barroso que nos últimos anos se tem travado um amplo debate acerca do controle judicial de constitucionalidade, surgindo doutrinadores que questionam algumas decisões do Poder Judiciário, sob o argumento de que ao controlar atos dos outros poderes estar-se-ia criando uma situação denominada de *countermajoritarian difficulty* (dificuldade antimajoritária). A

³⁷⁶ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial..., p. 100.

crítica cinge-se ao fato de que os tribunais não teriam legitimidade democrática para avançar sobre os espaços reservados ao processo político³⁷⁷.

É possível compreender, como se verificou linhas atrás, que a inauguração do Estado Liberal representou a substituição da personalidade do governante pela impessoalidade da lei. Através deste modelo, a normatividade seria exigida por meio dos procedimentos pré-estabelecidos na legislação, de modo que toda ação estatal seria legítima se ocorrida conforme prescrito na lei. Isso demonstrou que a lei foi um instrumento importante, utilizado pelo Estado para transformação social, trabalhado sob o manto do sistema democrático, na medida em que a lei foi fruto de uma escolha popular e elaborada sob o conjunto de regras destinadas a autorizar a tomada de decisões da coletividade³⁷⁸.

Observe-se que a teoria da vontade geral de Rosseau é plenamente compreensiva levando-se em consideração a época enfrentada por este filósofo, na medida em que se tentava construir uma ordem jurídica onde os homens mutualmente se reconhecessem na sua condição não escrava e que se considerassem condicionados igualmente à mesma ordem legal³⁷⁹. Em prol da segurança do sistema jurídico, a corrente positivista do direito colaborou para o desenvolvimento de um conceito formal de Constituição, através do qual as normas constitucionais, independente de seu conteúdo, estariam no ápice do ordenamento jurídico. Neste sistema, coloca-se o papel do intérprete como revelador do sentido da norma, um modelo de subsunção ou enquadramento do fato ao arquétipo normativo. O que, conseqüentemente, estabeleceria ao Judiciário um papel de garantidor da supremacia da constituição sobre as demais leis, resguardando seus efeitos no campo social, o que revela uma crença da teoria positivista na função essencialmente neutra e formalista do magistrado.

Cabe observar que neste modelo positivista a Jurisdição Constitucional cumpriria uma missão puramente jurídica de interpretação das normas constitucionais, devendo se abster de análises de questões ou conseqüências

³⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 157.

³⁷⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30.

³⁷⁹ Cf. COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autonomia moral da Constituição**: da fundamentação da validade do Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 359.

políticas. Caso houvesse influência de assuntos extrajurídicos nos tribunais, os julgamentos iriam ser guiados por tendências representativas de forças políticas, configurando uma arbitrariedade ao invés de isenção do magistrado³⁸⁰.

O doutrinador alemão Jürgen Habermas vem a negar a legitimidade de o Tribunal Constitucional alemão empregar uma metodologia em aplicar ou interpretar os casos concretos com base em valores. Assim entende o autor que enquanto “as normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente”³⁸¹. As normas demandam uma pretensão de validade de forma binária, ou seja, ou se aplica determinada norma porque ela é válida ou deixa-se de aplicá-la por ser inválida. No caso dos valores, o sistema funcionará com base em preferências, em que determinadas situações são mais vantajosas ou apropriadas do que outras. Isso mostra que o indivíduo pode orientar suas condutas por normas ou valores, mas que não podem ser aplicados da mesma maneira. Quando este indivíduo age por meio de normas, notará que essa obrigatoriedade estará estabelecida num critério universal, buscando obediência de todos de forma objetiva. O que não ocorre com os valores, haja vista que estes possuem um sentido relativo de apreciação das coisas, exercidas de formas diferentes, conforme formas de vida e cultura exercidas dentro de uma sociedade³⁸².

Sob análise da jurisprudência alemã, Habermas defende que é possível haver sérios questionamentos sobre a legitimidade de decisões que se apóiam em valores, na medida em que a fundamentação judicial não eliminará a arbitrariedade do Tribunal, uma vez que “no caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito”³⁸³. O problema de fundamentação apontada pelo autor é de que as normas e os princípios possuem uma força de fundamentação mais segura,

³⁸⁰ Cf. KELSEN, Hans. **La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)**. Trad. Rolando Tamayo Y Salmorán. México-DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 57.

³⁸¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, v. 1, 2003, p. 316.

³⁸² *Id.*

³⁸³ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade...**, p. 321.

na medida em que geram um critério de obrigatoriedade geral, o que não ocorre com os valores, que são avaliados nos casos concretos, numa ordem relativizada.

O Judiciário, nesta construção procedimentalista, ao exercer sua função de protetor dos direitos dos indivíduos, deverá respeitar a autonomia privada e pública dos indivíduos, de modo que sua atuação não altere nem elimine os chamados “canais para o processo inclusivo de formação de opinião e da vontade”, ou seja, um sistema de comunicação pública orientada para um entendimento, através do qual os indivíduos possam estabelecer as regras de convivência em sociedade. Nesse sentido, Habermas toma um viés republicano, no qual entende que o Estado não teria como função primária a proteção dos direitos dos indivíduos, mas sim, garantir um sistema de inclusão de opiniões e vontades destes, sendo que integrando este processo, poderiam livremente escolher as normas mais adequadas para regular o interesse comum. Através desta construção, o autor entende que os indivíduos vêm a se reconhecer como membros desta sociedade³⁸⁴.

Ao se deparar com a questão de até que ponto pode o tribunal interferir nas decisões do legislativo, Habermas entende que apesar do republicanismo defender um ativismo judicial, sendo que este irá nivelar o descompasso que existe entre o ideal republicano e a realidade constitucional, a atuação do Judiciário deve ser ativa no objetivo de resguardar o procedimento democrático e a forma deliberativa da formação política, mas não poderá ser excessiva a ponto de colocá-lo no plano das decisões políticas. Ainda que concorde que as decisões jurídicas possuam elevada carga de racionalidade, o autor defende que isso não é suficiente para justificar a possibilidade para que ele passe a tomar decisões baseadas em valores³⁸⁵.

Explica Lênio Streck que “Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma nação de cultura, mas, sim, em uma nação de cidadãos”³⁸⁶. Em outras palavras, o modelo defendido por Habermas configura a função do magistrado como preservador dos procedimentos

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 335.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 347.

³⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 158-159.

democráticos, não possuindo legitimidade de alterar as escolhas realizadas. Então não caberia ao juiz definir se esta lei seria justa ou razoável, mas apenas limita-se ao aspecto de produção democrática, jamais avaliando as escolhas.

No que se refere aos Tribunais constitucionais, a doutrina procedimentalista defende que eles não poderão substituir os discursos políticos, haja vista que decisões judiciais que venham a questionar escolhas tomadas democraticamente, estariam fazendo as vezes dos órgãos representativos, portanto, ilegítimas. A função jurisdicional estaria limitada à tarefa de análise procedimental da Constituição, deixando a cargo dos poderes representativos as escolhas dos valores substanciais. Em outras palavras, o papel do Judiciário seria de interpretar a vontade do povo externada na lei, bem como de respeitar os canais deliberativos, de modo que agir além deste ponto, significaria interferir nas escolhas populares, criando uma tensão entre a Jurisdição Constitucional e a democracia.

A defesa da corrente procedimentalista passa a idéia de que a regra de decisão, deliberativamente escolhida pelos cidadãos possui premissas básicas para o constitucionalismo que merecem ser protegidas, isto é, autonomia individual. Isso quer dizer que o Judiciário deve garantir os direitos de participação política dos indivíduos, sem que interfira nos valores substanciais das decisões políticas, eis que a tarefa de definir os conteúdos de uma comunidade é competência das instâncias de representação democrática. Bruce Ackerman defende que as decisões políticas e judiciais cotidianas não possuem legitimidade de mudar as escolhas feitas pelo povo durante a história constitucional. Isso representa que decisões fundamentais do Estado tomadas pelos cidadãos organizados não podem ser revogadas pelo Judiciário³⁸⁷. Com isso, nota-se que este autor defende a idéia básica que a tutela de direitos depende de uma manifestação democrática preliminar, na medida em que a Constituição deve ser antes democrática do que asseguradora de direitos, lançando a seguinte fundamentação:

Para os dualistas, a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia na instância superior de criação da lei. Nesse sentido, a Constituição dualista e, antes de tudo, democrática e, posteriormente, asseguradora de direitos. O fundamentalista compromissado reverte essa prioridade: a

³⁸⁷ Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7 *et seq.*

Constituição encontra-se, em primeiro lugar, engajada na proteção de direitos; apenas em segundo plano é que autoriza o povo a impor sua vontade sobre outras questões.³⁸⁸

Enquanto a corrente fundamentalista de direitos defende que a carta constitucional teria, primordialmente, a função de proteção dos direitos, através da corrente da Constituição dualista, defendida por Bruce Ackerman, compreende-se que o Estado deveria agir no sentido de preservar ambientes de escolhas pelo povo, não sendo permitido ao Judiciário modificar as decisões populares. A tentativa de se evitar com que o Judiciário fosse utilizado como meio de concretização de valores materiais é, para que se respeite o “agir comunicativo” dos cidadãos, essencial para que se preserve a participação e o diálogo para a formação e justificação do direito, sendo vedada a interferência judicial na construção da discursividade, sob pena de transformar os Tribunais em instâncias autoritárias³⁸⁹.

Em linhas gerais, a corrente procedimentalista defende que um “ativismo judicial” em prol da concretização de direitos materiais pode configurar um Judiciário “paternalista”, que usurpará a função dos processos políticos democráticos ao invés de promovê-los, colocando uma decisão elitizada (autoritária) em lugar de decisão que seria tomada em ambiente moralmente controverso (debates).

É certo que o Estado de Direito exige a democracia para que possa haver decisões estatais legitimadas, sendo que a regra da maioria funciona como princípio norteador do funcionamento do sistema político. Sem a presença deste sistema político, automaticamente o Estado retornaria ao regime totalitário que existiu anteriormente, mediante a concentração de poderes, o que configuraria a ilegitimidade dos atos estatais. Ocorre que muito embora o Estado de Direito forme um conjunto inseparável com a democracia³⁹⁰, sua convivência não é integralmente harmônica, existindo em alguns momentos certa tensão. Se de um lado a democracia tem a finalidade de legitimar as decisões estatais, de outro o Estado de Direito tem uma função garantista, visando preservar a autonomia privada dos cidadãos. Porém, é possível que as decisões majoritárias, tomadas nos canais

³⁸⁸ Cf. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional...**, p. 17.

³⁸⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade...**, p. 324 *et seq.*

³⁹⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedida, 1999, p. 93.

democráticos, venham, em algum momento, a ofender direitos fundamentais previstos pela carta constitucional.

Uma questão que deve ser levantada é a respeito das decisões coletivas, baseada na regra da maioria, que prejudiquem direitos básicos de alguns cidadãos. Caso se aceite a tese de que o procedimento baseado na regra de maioria não esteja sujeito as restrições substantivas, é possível aceitar deliberações com qualquer conteúdo, ainda que se configure opressão a minoria?

Essa preocupação não é recente, já tinha sido apontada pelos Federalistas, sendo que Alexander Hamilton assim expôs o tema:

Quando numa república se têm obtido os meios de defender a nação contra a tirania dos seus chefes, não estão ainda resolvidas todas as questões sociais; trata-se, além disso, de defender uma parte da sociedade contra a injustiça de outra parte mais numerosa. As diferentes classes de cidadãos têm necessariamente interesses diversos, e quando a maioria esta unida por um interesse comum, acham-se necessariamente em perigo os direitos da minoria. Para prevenir esse inconveniente, não conheço senão dois modos: o primeiro, criar na sociedade uma vontade independente da maioria e, portanto, da sociedade mesma; o segundo, fazer entrar na sociedade tantas classes diferentes de cidadãos quantas sejam preciso, para que não possa ter lugar uma combinação injusta na maioria.³⁹¹

À luz dessa tensão entre Estado de Direito e Democracia, Jorge Reis Novais ressalta a importância do reconhecimento da autonomia privada, concebendo os direitos fundamentais como “trunfos”, em que podem ser utilizados na função de escudos em face das decisões democráticas majoritárias. É exatamente quando as classes marginalizadas se sentem isoladas pelas classes majoritárias que elas podem se socorrer pelos meios criados pelo Estado de Direito, de modo que esses mecanismos “vêm em auxílio da posição mais débil, mais impopular ou mais ameaçada, não para a fazer prevalecer ou impor à maioria, mas para garantir ao individuo ou à minoria isolada o mesmo direito que têm todos a escolher livre e autonomamente os seus planos de vida”³⁹². Essa situação acaba colocando o Judiciário num dilema: assumir uma posição intervencionista, até mesmo

³⁹¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Federalistas**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 138.

³⁹² NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Coords.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 91.

controlando as políticas públicas ou assumir uma posição conservadora, restringindo-se as questões externas dos atos políticos e evitar adentrar em discussões substancialistas.

Para John Hart Ely o mau funcionamento do regime democrático ocorrerá quando os incluídos no processo estiverem obstruindo os canais de mudança política, de modo a colocar os excluídos em uma situação de desvantagem, fazendo com que as classes identificadas como minoritárias fiquem ausentes de proteção que o sistema representativo fornece aos outros grupos³⁹³. Por isso, conforme se verificou em momento anterior, a democracia pode ser compreendida no aspecto formal e material, de modo que o primeiro aspecto diz respeito a idéia do governo da maioria e de respeito aos direitos individuais e, por outro lado, segundo Luis Roberto Barroso, é possível compreender:

[...] a democracia em sentido material, contudo, que dá alma ao Estado constitucional de direito, é, mais do que o governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas minorias – raciais, religiosas, culturais -, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários, como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.³⁹⁴

É possível identificar uma crise da leitura clássica da regra da maioria diante das transformações pelas quais passou o Estado moderno, razão pela qual a sua importância foi, gradativamente, diminuindo, ou seja, aos poucos foi perdendo a capacidade de respaldar a soberania popular³⁹⁵. Diante deste cenário, apareceram diversos mecanismos de resguardo dos interesses das minorias, mas grande parte dessas alternativas são particularizadas, insuficientes de reproduzir a vontade coletiva. Certamente que o modelo “estrutural-normativismo kelseniano não tinha em mente, com certeza, constituições dirigentes e tribunais com perspectivas

³⁹³ Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade..., p. 137.

³⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

³⁹⁵ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 121.

substancialistas”³⁹⁶. Pois a função do tribunal de outrora era de apenas de analisar a respeito dos direitos individuais e não de investigar a respeito do modo pelo qual o Executivo desempenha suas atividades em termos políticos. Com a construção do Estado Democrático de Direito, absorvendo os valores do Estado Social surgem inovações nas relações entre o sistema democrático e o sistema de garantia, afetando diretamente a leitura tradicional das funções dos poderes constituídos³⁹⁷. Neste ponto, Inocêncio Mártines Coelho chama a atenção para o fato de que o Estado Democrático de Direito cria um novo modelo paradigmático de atuação jurídica, através do qual supera as concepções firmadas pelo Estado liberal. Junto com essa mudança, cria-se nova legitimidade, colocando o Direito com a nova função de transformação social, essencialmente comprometido com a implementação dos direitos fundamentais. É por isso que diante dessa nova realidade jurídica, ao se trabalhar com os direitos fundamentais, principalmente sociais, acaba automaticamente sujeito a discussões extremamente politizadas³⁹⁸. Isso causa tamanho impacto nas relações estatais, que ocasiona sérios receios da doutrina jurídica, de como poderia o Judiciário assumir esse papel na sociedade moderna e se teria condições para trabalhar com a nova gama de direitos sociais previsto nas recentes cartas constitucionais³⁹⁹.

Dentre outras situações, mas de uma maneira mais evidente, é por meio do Judiciário que o Estado de Direito pode ter eficácia e não virar figura de retórica, com a redefinição de seu papel na sociedade, mediante a qual a “[...] jurisdição constitucional não é mais concebida com desempenho apolítico, de técnica jurídica (até mesmo porque o direito não é apolítico ou a ideológico, sendo hoje pensado e praticado não mais com mera abstração de um ramo de conhecimento desapegado do político e do econômico), mas como um instrumento de controle político da

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 379.

³⁹⁷ Cf. MORAIS, José Luis Bolzan de. O Brasil pós-1988. Dilemas do/para o estado constitucional. *In*: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

³⁹⁸ Cf. COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 99.

³⁹⁹ Renato Janine chega a criticar o Judiciário brasileiro, afirmando que o “nosso Judiciário está mais equipado para dar razão ao titular de direitos civis do que ao de direitos sociais”. (RIBEIRO, Renato Janine. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Publifolha, 2005, p. 39-40).

democracia juridicamente institucionalizada⁴⁰⁰. Uma das grandes inovações do Estado Democrático de Direito, mediante este caráter de superação, acaba sendo a reformulação da função do Judiciário, que passou a “não somente a decidir acerca da forma procedimental da leitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição”⁴⁰¹. É nesta linha teórica que Ronald Dworkin considera que o positivismo, mediante meios de subsunção, se mostra como modelo insuficiente para resolver os conflitos sociais e propõe uma interpretação moral da Constituição, de modo que não é adequado ficar preso somente no sentido do que os autores da lei quiseram dizer, mas também a prática jurídica e política do passado (história)⁴⁰², a fim de encontrar a decisão correta para o caso concreto.

A interpretação da democracia, tomada como critério da regra da maioria, não pode ter uma concepção absoluta, uma vez que o sistema democrático está sujeito às “condições democráticas”, ou seja: “quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas”⁴⁰³.

O modelo defendido por Dworkin não representará a quebra do sistema democrático, mas sim a vinculação do atendimento de alguns direitos fundamentais como pré-condição essencial da democracia, com o fim de balizar as decisões estatais, sendo que o Judiciário exerce importante função, tendo em vista que a democracia é um regime ainda incompleto, o que permite ao juiz aperfeiçoá-la por meio de uma leitura moral da Constituição⁴⁰⁴. A significativa reaproximação entre ética e direito provocou uma fundamentação moral dos direitos fundamentais, o que

⁴⁰⁰ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *In: A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário*. Ano. 1999, n. 20, p. 15

⁴⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 167.

⁴⁰² Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura, moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 14.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 26-27.

⁴⁰⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura, moral da Constituição norte-americana..., p. 50-51.

irá demonstrar certa insuficiência do sistema majoritário⁴⁰⁵, de modo que, segundo Dworkin, as decisões judiciais substancialistas não geram ofensa à democracia, mas, na verdade a completa⁴⁰⁶.

O modelo de constitucionalismo defendido por Ronald Dworkin é orientado primordialmente pelos resultados, com atenção a defesa dos direitos individuais, até mesmo contra o legislador. Com isso, o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato administrativo não representa uma ofensa às escolhas feitas perante o sistema democrático, mas sim uma reinterpretação do direito à luz de valores pertencentes à sociedade, conforme define o autor:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.⁴⁰⁷

Em temas polêmicos, como igualdade e liberdade, é possível que os parlamentares estejam sujeitos à pressão de grupos sociais autoritariamente majoritários, que reprimem classes minoritárias. Para combater essa situação os juízes têm a legitimidade de revisar as decisões legislativas na defesa de direitos fundamentais. É nestes temas que a função do Judiciário tem um destaque especial no regime democrático. Com bem salienta Octavio Campos Fischer, no exercício da função jurisdicional “a inconstitucionalidade é verificada à luz da Constituição e não do interesse político de algum setor da sociedade. Em suma, a jurisdição constitucional deve apenas estar preocupada em saber se a lei esta ou não em

⁴⁰⁵ “O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feito indomesticado da democracia se apresenta como uma contínua (re) criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática – formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sócio-políticas, impondo uma forma de hierarquização substancializada.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. O Brasil pós-1988. Dilemas do/para o estado constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 105-106).

⁴⁰⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 67.

⁴⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 263.

acordo com a Lei Fundamental”⁴⁰⁸. O que demonstra inexistir conflito de atribuições entre o legislativo e judiciário durante o exercício de suas funções típicas, ainda que se reconheça a possibilidade do controle judicial de leis ou atos originários de deliberações democráticas.

Em um sentido mais abrangente, Mauro Cappelletti argumenta que o intérprete está autorizado a dar vida nova a um texto legal, de modo que é permitida uma atuação criativa do juiz na seara dos direitos sociais. Entende este autor que “nessas áreas abertas à atividade dos juízes, haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais”⁴⁰⁹. A liberdade reconhecida daria embasamento para que se desenvolvesse uma atuação criativa do magistrado, de modo que esta atuação não poderá ser considerada antidemocrática. Tendo em vista que fatos notórios demonstram que as atuais democracias não tem conseguido vingar o consenso político, de modo que a Jurisdição Constitucional aparece como um importante meio para a proteção dos grupos menos privilegiados.

A criatividade judicial não pode ser configurada como uma invasão à atividade legislativa, haja vista que ainda que as duas funções resultem em criação do direito, a função jurisdicional teria como diferencia sua imparcialidade para com a lide, sendo que o devido processo legal impõe uma atitude passiva ao juiz (princípio da inércia), de modo que, segundo o autor, são essas “virtudes passivas” e “limites processuais” que tem o condão de diferenciar das funções exercidas pelo Legislativo e Executivo⁴¹⁰. Cabe observar que o processo de solução de conflitos, realizado pelo Judiciário, é um cenário bem diferente da função exercida pelo Legislativo. Enquanto no primeiro deve obediência rígida ao princípio do devido processo legal, como a imparcialidade do julgador, respeito a coisa julgada, etc.; no segundo caso, prevalece o embate de interesses, parcialidade dos parlamentares, iniciativa dos parlamentares e administradores, etc.

⁴⁰⁸ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro...**, p. 59.

⁴⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 42.

⁴¹⁰ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?...**, p. 74-79.

Diante da função colocada nas mãos do Judiciário e a necessidade de dar efetividade às normas programáticas, mostra-se inevitável o fato do juiz agir com certo grau de ativismo e com criatividade em suas decisões. Propõe este autor, uma mescla do sistema legalista com uma atuação discricionária de equidade do juiz, de modo que possa servir de instrumento de evolução frente às normas que estabeleçam programas constitucionais. Isso faz com que o juiz possa exercer sua atividade judicante com base em uma criatividade em valores:

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.⁴¹¹

Embora exista uma divisão de atribuições direcionada para a concretização do interesse público que sinaliza uma preocupação com a concretização dos direitos previstos na carta constitucional as idéias mais contemporâneas de democracia tem caracterizado uma aproximação dos três poderes constituídos em prol da implementação das promessas constitucionais, de forma que houve o abandono daquele abismo que separava as atribuições entre Executivo, Judiciário e Legislativo.

Neste espírito cooperativo implementado na estrutura dos Estados, Ronald Dworkin, ao contrário de Habermas, vai defender que o constitucionalismo democrático vai se guiar pelos resultados, mas isso não quer dizer que se devem desprezar os procedimentos democráticos pré-estabelecidos, apenas, argumenta-se que os debates jurídicos devem estar voltados não primordialmente sobre a forma, mas a respeito da justiça da decisão (mérito), permitindo a revisão judicial sobre valores substanciais. Pode-se perceber que as linhas teóricas de Ronald Dworkin e Mauro Cappelletti seguem no sentido de que o Judiciário ficou com o encargo de funcionar como guardião dos direitos fundamentais, sendo que a expansão da Jurisdição Constitucional é visto como a evolução natural da própria democracia e como uma exigência da construção do Estado Democrático de Direito.

⁴¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?...**, p. 107.

A crítica feita à corrente procedimentalista é no sentido de que a mera defesa de canais de deliberações públicas sejam insuficientes para a expansão dos espaços democráticos necessários para proteger o interesses dos grupos minoritários, que se encontram marginalizados das principais decisões políticas. Dessa forma, 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”⁴¹². Certamente que após a construção moderna do constitucionalismo, a república que se defende não pode se desenvolver através de um sistema em que “o vencedor leva tudo”, onde o governo promove os direitos de alguns privilegiados que conseguiram se unir através da regra da maioria. É preciso que se forme um sistema em que os representantes defendam os interesses de todos os cidadãos⁴¹³.

Esse também é o entendimento de Eduardo Cifuentes Muñoz, que foi Presidente da Corte Constitucional da Colômbia, o qual considera que a Jurisdição Constitucional é utilizada, com sucesso, para defesa das classes marginalizadas. De forma que “*las mayorías, por su propia condición, tienen el poder suficiente para defender sus derechos e intereses. Em este orden de ideas, la función y la misión de una jurisdicción constitucional es defender a las minorías*”⁴¹⁴. A opinião externada pelo autor segue a tendência de que a Jurisdição Constitucional não agiria contrariamente ao sistema democrático ao utilizar valores, na medida em que ela atuará como interlocutora das classes minoritárias e junto aos poderes públicos. Essa função substancialista do operador jurídico também é ressaltada por Clèmerson Merlin Clève quando afirma que:

Não podemos compreender uma Constituição de maneira ideal, como uma espécie de ordenação da liberdade, nem como corpo normativo dessubstancializado ou apenas como regra matriz do ordenamento jurídico. Afinal, cremos que uma Constituição não pode comportar qualquer

⁴¹² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**: uma nova crítica do direito..., p. 141.

⁴¹³ Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade..., p. 104.

⁴¹⁴ MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *In: A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário*. Ano. 1999, n. 20, p. 196

conteúdo. Uma Constituição só é Constituição quando estabelece regras de jogo, impõe limites e transporta certa mensagem de natureza libertária. A Constituição como compressão e princípio esperança.⁴¹⁵

Compreende-se que com a inauguração do constitucionalismo atual seria temerário defender que ainda exista uma divisão tradicional entre o domínio da política e o domínio do Direito. A função jurisdicional é profundamente influenciada pela política, pois até mesmo o ensino jurídico atualmente defende uma vinculação do operador jurídico com princípio e valores previstos na Constituição Federal de 1988⁴¹⁶. Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho entende que é perfeitamente legítima a Jurisdição Constitucional também possuir uma papel de interlocutor político dentro de suas funções típicas:

À jurisdição constitucional atribui-se também um papel político-jurídico, conformador da vida constitucional, chegando alguns sectores da doutrina a assinalar-lhe uma função de conformação política em tudo semelhante à desenvolvida pelos órgãos da direcção política. As decisões do Tribunal Constitucional acabam efectivamente por ter força política, não só porque a ele cabe resolver, em última instância, problemas constitucionais de especial sensibilidade política, mas também porque a sua jurisprudência produz, de facto ou de direito, uma influência determinante junto dos outros tribunais e exerce um papel condicionante do comportamento dos órgãos de direcção política. [...] Por outras palavras, o Tribunal Constitucional assume, ele próprio, uma dimensão normativo-constitutiva do compromisso pluralístico plasmado na Constituição.⁴¹⁷

Atualmente se exige do Judiciário um comprometimento no sentido de encontrar soluções adequadas e justas para a sociedade, isso faz com o juiz se sinta responsável por averiguar as verdadeiras necessidades do meio social. Em razão desta nova realidade, Konrad Hesse defende que a Jurisdição Constitucional, necessariamente, vai trabalhar com questões políticas, ainda mais se levar em conta a quantidade de normas com definições amplas e indeterminadas previstas pela Constituição⁴¹⁸. O desenho constitucional concebido na modernidade resulta no

⁴¹⁵ CLÈVE, Clémerson Merlin. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *In: A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário*. Ano. 1999, n. 20, p. 209

⁴¹⁶ Cf. MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Ensino Jurídico, Literatura e Ética**. Brasília: OAB Editora, 2006. p. 144/145

⁴¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedida, 1999, p. 632.

⁴¹⁸ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 420-241.

estabelecimento de uma supremacia da Constituição, que engloba um catálogo de direitos, bem como a existência de um mecanismo de controle jurisdicional de constitucionalidade. Essa foi a situação em que se leva a necessidade de definir o real papel do Poder Judiciário, identificando sua função de agente concretizador de direitos, sendo permitido promover, quando necessário, a apreciação substancialista das lides.

Embora a construção teórica clássica tenha consagrado a democracia e a soberania popular como a manifestação da vontade majoritária, o constitucionalismo desenvolvido pós-segunda guerra mundial exige que as decisões deliberativas respeitem os conteúdos mínimos definidos na Constituição. Assim, ao exercer o controle de constitucionalidade, o Judiciário poderá analisar questões extrajurídicas, inclusive políticas, para chegar a um veredicto, sem que isso possa ser considerado uma ofensa ao sistema democrático, mas sim estará colaborando com o amadurecimento da democracia brasileira.

2.4 O CONTROLE JUDICIAL DE DECISÕES POLÍTICAS COMO CONDIÇÃO DA EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Superadas as discussões a respeito das principais questões que definem o papel do Judiciário, torna-se necessário analisar a possibilidade do controle judicial sobre atos políticos de titularidade do Poder Executivo.

O administrador público, como a própria terminologia denota, trata-se de um gestor do dinheiro público, de modo que sua atuação e seus atos não poderão ficar imunes à apreciação jurisdicional, ainda mais que o controle judicial da Administração Pública constitui uma garantia fundamental (art. 5º XXXV da Constituição). Com a construção do Estado Democrático de Direito e a afirmação do princípio da legalidade como controle da Administração Pública, entende Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o Estado somente pode agir em função de poderes que lhe são outorgados, sendo que esta outorga somente pode ser exercida em consonância com a legalidade e a legitimidade. A legalidade seria a conduta estatal legislada, ou seja, prevista expressamente em lei, enquanto que a legitimidade se

constitui em um raio de atuação mais amplo, poderá ser identificada como aqueles atos que não poderiam ser previstos anteriormente e, estarão “pendentes de definições políticas derivadas integrativas que, de alguma forma admitida, deverão ser feitas por quem tenha competência e quando surgir a oportunidade e a conveniência de explicitá-las”⁴¹⁹.

Com a superação do mito da onipotência da legalidade na regulamentação do poder público, promovido em grande parte pelo movimento constitucionalista, possibilitou o alargamento de matérias que não seriam disciplinadas de forma exhaustiva pelo Legislativo, isto é, deverá, necessariamente, haver a preservação de espaços que dependerão da função decisória do administrador público. Paulo Otero denomina este espaço de liberdade do administrador público como “reserva relativa de execução”, que significa a existência de áreas, dentro da função do Poder Executivo, em que o próprio legislador encontra-se proibido de esgotar ou esvaziar o exercício do poder de escolha, sob pena de afrontar o princípio da separação dos poderes⁴²⁰. Explica o autor que isso “garante à administração Pública um espaço de execução normativa da lei, a verdade é que também deverá inibir o legislador de se transformar em executor individual e concreto das próprias leis”⁴²¹.

Este espaço de escolha administrativa é denominado pelo direito brasileiro de discricionariedade, a qual se desenvolve com base na oportunidade e conveniência, significando que o poder público, dentro do raio de competência específica, tem a possibilidade de valorar os motivos dentro dos limites traçados pela lei. É importante que se alerte que a discricionariedade não permite que toda e qualquer solução possa ser aplicada de maneira indiferente no caso concreto. Ao contrário, a lei preserva a opção política, mas ao mesmo tempo fornece parâmetros específicos para a busca da solução mais adequada para cada caso concreto apresentado⁴²², ou seja, exige que o administrador busque a melhor solução para aquela determinada situação. Nestes termos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto

⁴¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14.

⁴²⁰ Cf. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à jurisdição. Coimbra: Almedina, 2007, p. 750-751.

⁴²¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à jurisdição..., p. 753.

⁴²² Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 846.

defende que “o que impropriamente, se denomina de liberdade da ação do Estado, quando se organiza constitucionalmente, quando legisla infraconstitucionalmente, quando administra ou quando exerce a jurisdição, nada mais são que modalidades, mais lassas ou mais estritas, de uma única natureza de vinculação”⁴²³. O ato emanado pelo poder público, por mais que carregue certa liberdade, deve demonstrar uma ligação entre sua existência e a destinação, de modo que a justificação deve estar pautada exclusivamente no atendimento do interesse público. Por isso, o autor defende que a discricionariedade administrativa não poderá ser considerada como sinônimo de ampla liberdade, mas vinculada à finalidade pública.

A atuação do administrador público estará delimitada por preceitos legais que lhe outorgarão a competência para materializar a vontade abstrata da lei em situações concretas, do melhor modo que atenda ao fim almejado pelo ordenamento jurídico. Por isso, “o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução, pois nela ocorre também, ainda que de forma derivada uma alocação autoritária de valores”⁴²⁴.

Frente a estas questões preliminares, é possível notar que o controle judicial de atos políticos tem gerado muita polêmica, pois há um forte receio de que o Judiciário esvaziasse a atuação do administrador público, transformando-o em mero executor, o que poderia representar usurpação de função e quebra do princípio da separação dos poderes. Em razão deste receio é que as alternativas administrativas nos atos discricionários e políticos, dentro dos limites legais permitidos, não estavam passíveis de revisão judicial, uma vez que não seria permitido ao Judiciário, “examinar do ângulo da conveniência e oportunidade os atos, comissivos ou omissivos, do Legislativo e Executivo”⁴²⁵. Em outras palavras, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, uma conduta discricionária é um espaço de liberdade em que se baseia numa apreciação subjetiva de escolha⁴²⁶, onde não se legitima o

⁴²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade..., p. 21.

⁴²⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁴²⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 193.

⁴²⁶ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 9.

controle judicial que invada o espaço das escolhas políticas do ato discricionário, na medida em que o juiz estará substituindo indevidamente o administrador público.

No julgamento *Marbury versus Madison*, apesar da superioridade da Constituição ter sido reconhecida pelo juiz John Marshall, demonstrou-se uma preocupação acerca da impossibilidade do Judiciário controlar aspectos políticos dos atos de governo, conforme se verifica nos fundamentos lançados na decisão:

O Tribunal só tem competencia para decidir ácerca de direitos individuaes; jámais para examinar como o Executivo, ou os funcionarios executivos, desempenham seus deveres em tudo a que se applica a faculdade discricionaria. Questões por sua natureza política, ou submettida ao nuto do executivo pela Constituição pelas leis, nunca poderao ser ventiladas neste Tribunal. [sic].⁴²⁷

No Direito brasileiro, a professora Maria Sylvia Di Pietro identifica três teorias que buscam explicar a questão de controle dos atos discricionários: a primeira é relativa ao desvio de poder, que explica que haverá a nulidade do ato quando a autoridade utilizar-se da liberdade administrativa para prática de fim diferente do que foi fixado em lei; outra teoria é a dos motivos determinantes, que legitima o Judiciário a apreciar os pressupostos de fato e provas de sua ocorrência. E, comenta a autora, que no Brasil está sendo desenvolvida uma terceira linha teórica que legitima a ampliação do controle judicial sobre atos portadores de noções imprecisas, nos quais o legislador utiliza termos genéricos para designar o motivo, tais como: interesse público, moralidade, ordem pública, etc⁴²⁸.

No que se refere aos elementos do ato administrativo, tanto o motivo quanto o objeto devem estar vinculados à finalidade, não podendo contrariá-la, uma vez que não é aceito a prática de conduta que tome como fundamento o interesse que não seja o público. Quanto aos atos vinculados não há maiores problemas, tendo em vista que somente a análise externa do ato é suficiente para se atestar a sua validade (legalidade e constitucionalidade). A polêmica gira em torno do controle judicial dos atos discricionários e políticos, sendo que há questões atinentes à conveniência e oportunidade administrativa, o que segundo entendimento predominante, somente poderiam ser questionadas judicialmente se a escolha do

⁴²⁷ MARSHALL, John. **Decisões de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18.

⁴²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 228.

administrador público estivesse fora dos limites legais, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho:

O controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos. (...) O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público.⁴²⁹

Classicamente o posicionamento jurisprudencial brasileiro tem se inclinado pela insindicabilidade do mérito administrativo. A Constituição Federal brasileira de 1934, em seu art. 68, previa expressamente ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”, ou seja, era impossível haver o controle judicial sobre atos considerados como políticos ou fruto de escolhas políticas. Historicamente é possível identificar que em 1959, o Supremo Tribunal Federal rejeitou um mandado de segurança, nos termos do voto do Ministro Luiz Galloti, que defendeu que o Judiciário não estava legitimado para controlar a constitucionalidade da discricionariedade do administrador público⁴³⁰. É evidente que este posicionamento atende a um entendimento que não permite que os tribunais adentrem no mérito das discussões de temas políticos, como a oportunidade e conveniência de condutas do Estado. Isso mostra que o juiz estaria impedido de tratar de questões políticas perante suas atribuições funcionais, ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos, onde o juiz americano tinha uma liberdade maior de atribuições que envolvia análise política no exercício da judicatura, conforme análise feita por Alexis de Tocqueville:

O juiz americano se parece pois perfeitamente com os magistrados das outras nações. No entanto é dotado de um imenso poder político. (...) A

⁴²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1.105-1.106.

⁴³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 1.959. Julg. 23/01/1953.

causa está neste simples fato: os americanos reconheceram aos juízes o direito de fundar suas decisões na constituição, em vez de nas leis.⁴³¹

Cumprido ressaltar que ocorreram muitas divergências deste assunto, as quais foram discutidas na jurisprudência pátria, sendo que Superior Tribunal de Justiça, responsável pela guarda da legislação infraconstitucional, acompanhando este posicionamento clássico, decidiu por diversas vezes que não cabe ao Judiciário reavaliar os critérios utilizados pela Administração Pública no exercício da função discricionária, ficando o controle judicial limitado ao exame da legalidade⁴³².

Frente a esta celeuma jurídica e em análise de algumas decisões judiciais dos Tribunais superiores foi possível identificar, *a priori*, três teorias que buscam fundamentar a questão do controle judicial de atos discricionários.

A primeira defende que o Judiciário não possui legitimidade de realizar o controle do mérito administrativo, posicionamento que representa a insindicabilidade das escolhas administrativas, pautadas na oportunidade e conveniência:

Não cabe ao Judiciário realizar escolhas políticas, decidir maneiras e formas de investimentos dos recursos financeiros, aumentar vencimentos indistintamente sob a motivação da isonomia entre servidores. Em outras palavras, não pode o Judiciário se atribuir papel administrativo ou legislativo e, assim, corromper nosso princípio estrutural da separação de poderes.⁴³³

A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise de seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia.⁴³⁴

⁴³¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático...**, p. 113.

⁴³² O Superior Tribunal de Justiça, com base em ensinamento de Hely Lopes Meirelles, decidiu que "(...) só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência na prática de certos atos [...]. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.535/RJ. Rel.: Min. Fracilli Netto. 2ª T., DJ 31/05/2006).

⁴³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MC-ADPF n. 79/PE. Rel.: Min. Cezar Peluso. Julg. 29/07/2005. Outras decisões: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RMS 14.881/DF. Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros. Julg. 22/10/2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 480.107/PR. Rel.: Min. Eros Grau. Julg. 03/03/2009.

⁴³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 344.331/PR. Rel.: Min^a. Ellen Gracie. Julg. 11/02/2003.

Em respeito ao princípio da separação dos poderes, este entendimento denota que o controle judicial não adentraria no denominado mérito administrativo, pois, caso contrário, o Judiciário estaria se transformando em executor da norma. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, também, em diversas ocasiões sobre o tema, no sentido de que os espaços reservados para a manifestação política do Legislativo e do Executivo não podem ser substituídas pela decisão judicial.

Uma segunda teoria aceita o controle judicial de uma maneira mais elastecida, mas o limita ao mero controle de legalidade. Nesta linha de raciocínio o controle judicial poderá adentrar numa análise intrínseca do ato discricionário, mas que estaria fundamentada numa análise superficial de atendimento a legalidade, conforme a seguinte decisão:

É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo.⁴³⁵

E por fim, a terceira corrente compreende que deve haver o controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário quando este preservar a efetividade dos princípios constitucionais. Neste raciocínio o controle judicial poderá adentrar no mérito administrativo com o objetivo de avaliar a obediência dos critérios da oportunidade e conveniência aos postulados constitucionais:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.⁴³⁶

Note-se que tanto a doutrina, quanto o Judiciário, reconhece que não há legitimidade para que o Legislativo e Judiciário controlem as escolhas no âmbito das decisões políticas, pois quando a lei confere à autoridade pública alternativa para

⁴³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Edcl. no MS 9.526/DF. Rel.: Min. Celso Limongi. 3ª Seção. Julg. 24/06/2009.

⁴³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 410.715/SP. Rel.: Celso de Mello. Julg. 22/11/2005.

escolha da melhor decisão, entre outras juridicamente possíveis, acaba por estabelecer a típica função administrativa. É com auxílio do princípio da juridicidade sobre os comandos legislativos que se vai definir os contornos da liberdade do administrador público, sendo que a conveniência e oportunidade representa em sua essência uma liberdade de atuação, sendo que sua titularidade deverá ser preservada no momento do controle judicial⁴³⁷.

Apesar de a jurisprudência brasileira apresentar um quadro de ausência de legitimidade no controle judicial do mérito administrativo de decisões políticas, essa afirmação está longe de ser um ponto pacífico. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, quando do julgamento do HC 84.078/MG, afirmou que “Portanto, se resolvermos politicamente - porque esta é uma decisão política que cabe à Corte Suprema decidir - que o réu só deve cumprir a pena depois de esgotados todos os recursos, ou seja, até o Recurso Extraordinário ser julgado por esta Corte, nós temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão”. Através dessa manifestação monocrática é possível perceber a forte tendência da jurisprudência brasileira em se incursionar, politicamente, nas razões dos casos concretos, a fim de julgar o conflito de interesses com base em critérios jurídico-políticos.

Em um posicionamento crítico ao entendimento atual, Celso Antonio Bandeira de Mello defende a extensão do controle judicial sobre os motivos e a causa do ato administrativo, quando inexistir seus pressupostos ou ainda quando incompatíveis com o princípio aplicado⁴³⁸. Apesar deste autor entender que o controle judicial deve ficar restrito ao exame de legalidade, defende que no interior deste controle poderá haver a análise de aspectos fáticos para a anulação jurisdicional do ato administrativo. Ao analisar a discricionariedade, o Judiciário poderá verificar se os conceitos vagos e imprecisos foram preenchidos da maneira coerente, bem como se a conveniência e oportunidade foram exercitadas dentro dos limites da razoabilidade⁴³⁹. Em um olhar crítico, Phillip Gil França leciona que o controle judicial dos atos discricionários atualmente é visto como algo excepcional, o

⁴³⁷ Cf. CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 603.

⁴³⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 860.

⁴³⁹ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial...**, p. 27.

que na verdade o Judiciário deveria encarar como um fenômeno natural. O judiciário não pode se furtar da função de controlar os atos administrativos, discricionários ou vinculados, quando o mérito for causador de prejuízo à sociedade, que poderá ocorrer diante de más escolhas⁴⁴⁰.

Isso significa que a natureza jurídica do ato político indica que a possibilidade de se decidir com discricionariedade não representa que a conduta administrativa está imune ao controle jurisdicional, haja vista que esta atribuição não significa a entrega de um “cheque em branco” ao administrador ou, ainda, permissão de tomar decisões dezarrazoadas, personalíssimas, etc⁴⁴¹. A defesa desta linha doutrinária é de que poderá haver uma análise judicial intrínseca do ato administrativo para se analisar sua legalidade, permitindo, inclusive, que o Judiciário tenha legitimidade para averiguar se os pressupostos de fato elencados como motivo são verdadeiros.

É necessário que se compreenda que o princípio da legalidade não fica imune ao ambiente de transformação, através do qual deixa de conter somente “a sujeição do Estado à lei para abarcar também preceitos valorativos e éticos, além de sujeitar a atividade administrativa à observância dos preceitos fundamentais da Constituição”⁴⁴². Este entendimento é compartilhado com Juarez Freitas, que defende que no campo da discricionariedade, apesar de não ser permitido ao Judiciário obrigar o administrador a efetuar determinada escolha, poderá realizar um juízo objetivo de como a autoridade pública não deve agir, harmonizando a conduta administrativa com os princípios fundamentais do direito administrativo⁴⁴³.

A partir destes posicionamentos doutrinários é possível identificar um legítimo avanço do controle judicial na seara discricionária, caso em que o princípio da razoabilidade foi um instrumento importante utilizado nesta empreitada. Para Cármem Lúcia A. Rocha, a razoabilidade funciona como uma qualidade de valores que deve integrar a conduta estatal, isto é, pode ser entendida como um valor de justiça material que exigirá coerência entre a demanda social e a resposta

⁴⁴⁰ Cf. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 127.

⁴⁴¹ Cf. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

⁴⁴² Cf. MOTTA, Fabricio. **Função normativa da Administração Pública...**, p. 42.

⁴⁴³ Cf. FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21-23.

administrativa. Prossegue, afirmando que o princípio da razoabilidade obriga com que o Estado cumpra os seus deveres institucionais, mas que para atingir a esta finalidade se utilize de instrumentos adequados à concretização da justiça material, ou seja, obriga com que a Administração Pública adote conduta formalmente válida e atinja resultados materialmente justos⁴⁴⁴. Situação em que, segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha, com base em interpretação dos motivos do ato administrativo à luz do princípio da razoabilidade, é possível compreender a discricionariedade administrativa não mais como conduta subjetiva, mas sim, objetiva e passível de análise social e institucional, nos seguintes termos:

A racionalidade e a razoabilidade administrativa, que se tornaram matéria jurídica, fizeram com que a subjetividade, que inicialmente se pretendia vislumbrar e aceitar como características da discricionariedade, cedesse lugar e elementos que objetivassem a prática dos comportamentos públicos, e estes, então, pudessem ser controlados social e institucionalmente.⁴⁴⁵

Apesar de aparentemente se identificar o juízo de valoração do caso concreto como de caráter essencialmente subjetivo, sempre haverá referenciais objetivos nos motivos apontados pelo administrador público que fará a ligação da liberdade concedida pela lei e a sua concretização no caso concreto. Neste momento é possível visualizar um campo no qual o Judiciário pode verificar o exercício desta liberdade frente às diretrizes dos princípios constitucionais a fim de não permitir que o administrador público venha a utilizar a justificativa fática ou jurídica que bem entender⁴⁴⁶. A liberdade de escolha que existe está vinculada à prática do ato que melhor atenda a finalidade da lei, o que mostra que não existe uma liberdade ampla de escolha, mas, sim, conforme defende Marçal Justen Filho, uma atribuição de dever-poder segundo avaliação da melhor solução para o caso concreto⁴⁴⁷. Com isso, a discricionariedade não poderá ser concebida como um juízo de conveniência pessoal ou subjetiva, na medida em que se trata de conduta de disciplina funcional, sujeita ao regime de direito público que não admite escolhas pessoais do aplicador.

⁴⁴⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 112-113.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 117.

⁴⁴⁶ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial...**, p. 93.

⁴⁴⁷ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142-143.

Em análise sobre a questão da separação dos poderes no sistema alemão, Otto Bachof entende haver uma imunidade de revisão judicial sobre os “objetivos políticos”, pois não compete aos tribunais regular a conveniência nem sobre a melhor decisão. Assim, ao se ponderarem as respectivas vantagens e desvantagens, não será permitido ao Poder Judiciário corrigir essa decisão administrativa, exceto se houver fundamento na razoabilidade⁴⁴⁸. Entende o autor que diante das valorações de ordem política “o tribunal constitucional só poderá censurá-las juridicamente quando elas forem inequivocadamente refutáveis ou manifestamente errôneas ou contrariarem a ordem constitucional de valores”⁴⁴⁹. Em sentido semelhante, Rui Barbosa já argumentava que apesar de também ter defendido que o controle judicial do ato político devesse se limitar ao exame de legalidade, no caso de um desses atos chegarem a ofender um direito previsto na Constituição, estará ele sujeito a competência revisional do Judiciário⁴⁵⁰. Este entendimento conserva os assuntos políticos sob o controle político, exceto quando se presenciar uma flagrante ofensa a direito constitucional, situação que permite que os órgãos judiciais possam revisar o ato e resguardar o interesse lesado.

Este também é um posicionamento clássico do direito administrativo brasileiro, que de certo modo admite o controle judicial de atos políticos quando houver um flagrante desrespeito aos direitos previstos na carta constitucional, conforme lecionou Seabra Fagundes:

Acontece, no entanto, que, se o ato exclusivamente político não afeta, de imediato, direitos subjetivos, pode, em certos casos, implicar na prática de outros com repercussão sobre tais direitos. No primeiro caso, a questão que se suscitasse sobre o ato seria exclusivamente política, mas, no segundo, já não aconteceria o mesmo. Poder-se-ia provocar o pronunciamento jurisdicional, em face de atos conseqüentes do ato político quando, não obstante ter no ato político e remontar até este. O procedimento deixa de ser unicamente político quando, não obstante ter no ato política a sua origem, é seguido de medidas que afetam direitos expressamente amparados pela ordem jurídica. E, então, desaparece a impossibilidade do controle. O Judiciário é levado, embora indiretamente, ao exame do ato político.⁴⁵¹

⁴⁴⁸ Cf. BACHOF, Otto. **Estado de Direito e Poder Político**: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política. Coimbra: Editora Coimbra, 1980, p. 15-16.

⁴⁴⁹ BACHOF, Otto. **Estado de Direito e Poder Político**: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política..., p. 16.

⁴⁵⁰ Cf. BARBOSA, Rui. **Atos inconstitucionais**. Campinas: Russel, 2003, p. 110.

⁴⁵¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 162.

A doutrina brasileira clássica, em regra, não admite a existência de permissão do controle judicial sobre os juízos de conveniência e oportunidade (escolhas discricionárias), entende ser legítima a apreciação somente quando houver desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados. Isso se torna evidente na medida em que não é permitido à Administração Pública, em nome da discricionariedade concedida pelo ordenamento jurídico, fornecer qualquer decisão, independente de uma análise da Constituição regente do país. Para Eduardo García de Enterría a proteção dos princípios constitucionais podem fundamentar o controle judicial de atos discricionários, *“puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitária y del orden jurídico”*⁴⁵².

O Judiciário brasileiro tem se mostrado mais comprometido com a revisão do mérito quanto ao atendimento dos princípios constitucionais, sendo que o Supremo Tribunal Federal, em uma situação peculiar, decidiu ser “[...] legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade”⁴⁵³, o que demonstra um avanço do alcance do controle judicial de atos políticos. Cada vez mais, tem-se perquirido um comprometimento do poder público com os direitos constitucionais, de modo que o administrador público, com base em liberdade de escolhas, não poderá se furtar em agir de maneira proporcional, razoável e coerente. Por isso, caberá ao juiz, na sua função de interprete do direito, “verificar qual o campo, qual o limite a que se deve confinar a discricionariedade administrativa, ou seja, qual o limite, o resíduo da escolha deixado pelo administrador”⁴⁵⁴.

A jurisprudência e a doutrina têm cada vez mais exigindo do administrador público uma atuação condizente com os princípios constitucionais, em especial com razoabilidade e proporcionalidade. Com base nesta forma de se visualizar o

⁴⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civistas, 1995, p. 46-48.

⁴⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 505.439/MA. Rel.: Min. Eros Grau, Julg. 12/08/2008, 2ª Turma. DJe 29/08/2008.

⁴⁵⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/02/2010.

funcionamento do ato político, Phillip Gil França encontra respaldo para defender que é possível o controle do aspecto subjetivo do mérito administrativo, desde que o Judiciário se encontre embasado em justificação suficientemente consistente para demonstrar objetivamente o desrespeito deste ato para com a ordem constitucional⁴⁵⁵. Este entendimento fornece subsídios para defender que, embora a escolha seja, aparentemente, um ato subjetivo da autoridade pública, a ordem constitucional fornece critérios que tornam a análise objetiva da discricionariedade, como o atendimento aos preceitos constitucionais.

Pelo simples fato da carta constitucional exigir que todas as decisões administrativas, vinculadas ou discricionárias, sejam tomadas sob a égide do princípio da impessoalidade (art. 37 da Constituição Federal de 1988), por si só, já acaba afastando o critério subjetivo das escolhas do administrador público. Assim, o controle judicial dos atos políticos, dentro dos parâmetros constitucionais, não gera ofensa à liberdade do administrador público, modo que enquanto a discricionariedade atribui o dever-poder de a autoridade realizar escolhas dentro da concepção de interesse público para o caso concreto (decisões impessoais), o Judiciário estará realizando a interpretação do exercício discricionário, através de releitura do ato administrativo à vista do ordenamento jurídico. O que prevalece neste último caso não é a conveniência do intérprete, mas sim a do ordenamento jurídico, o que afasta a possibilidade de haver configurado a anulação da discricionariedade administrativa e a usurpação de funções⁴⁵⁶. Em outras palavras, ao se averiguar a compatibilidade do exercício de um dever-poder (discricionariedade) dentro de um rol de possibilidades delimitados pela Constituição e pela legislação pertinente, haverá um campo objetivamente identificável no controle judicial.

Nesta perspectiva, é possível defender que além do controle sobre os pressupostos externos do ato administrativo (tradicional controle de legalidade), também está inserido na competência do Judiciário a análise jurídica dos pressupostos de validade da decisão administrativa, verificando objetivamente a

⁴⁵⁵ Cf. FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento...**, p. 127.

⁴⁵⁶ Cf. JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

atuação discricionária da autoridade pública. Até porque, conforme adverte José Joaquim Gomes Canotilho, todos os atos do poder público, inclusive os atos políticos, devem sujeitar-se aos parâmetros (político e jurídico) da Constituição, razão pela qual haverá uma obrigatoriedade da autoridade pública respeitar em todos os âmbitos de escolhas administrativas os preceitos constitucionais⁴⁵⁷.

Portanto, a partir do momento que se exija que as escolhas administrativas discricionárias estejam fundamentadas em preceitos constitucionais, estar-se-ia transformando-as em alternativas passíveis de aferição objetiva, o que possibilita que haja um controle judicial do atendimento aos princípios constitucionais, sem que se configure ofensa ao princípio da separação dos poderes. Em outras palavras, os espaços de escolhas da Administração Pública não se transformarão em decisão judicial, na medida em que a função do Judiciário seria somente de verificar se a decisão da autoridade pública atende objetivamente aos pressupostos de validade esculpidos pelas normas constitucionais e, caso se configure a desobediência, seja promovida a correção. Pois, não se pode defender a idéia de que a obrigação do administrador público em agir com parcimônia e de acordo com os princípios que norteiam a atividade administrativa, previstos no art. 37 da Carta Constitucional⁴⁵⁸, seja encarada como ofensiva à estrutura administrativa, nem mesmo como meros conselhos que possam facultativamente ser levados em conta.

⁴⁵⁷ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedida, 1999, p. 246.

⁴⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.566/CE, Rel.: Min Jorge Mussi. 5ª Turma. Julg. 17/11/2009. DJe 22/02/2010.

Cap. 03 O CONTROLE JUDICIAL DAS ESCOLHAS ORÇAMENTÁRIAS COMO UM MEIO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS

3.1 O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS PRESTACIONAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com a atual ordem constitucional os direitos prestacionais sociais receberam uma significativa importância dentro do ordenamento jurídico. A partir de metas democraticamente definidas o exercício da discricionariedade do administrador público deve estar pautado na finalidade precípua de concretização dos preceitos constitucionais, devendo permitir que todos os cidadãos recebam os benefícios estatais. Cabe notar que a Constituição Federal de 1988 é marcadamente principiológica, de modo que grande parte de seu texto enumera programas para o Estado realizar de forma contínua e planejada, através de políticas públicas formuladas pelo governo. É perceptível que o Estado brasileiro deve estar comprometido com a concretização dos direitos fundamentais, mediante a exigência de uma atuação eficiente, o que faz com que o Poder Público tenha compromissos a médio e longo prazo de promover o desenvolvimento nacional.

O desafio do Estado é atender ao maior número possível de necessidades sociais mediante a execução de políticas públicas adequadas, mas encontra como obstáculo a concepção que tradicionalmente se extraía acerca da aplicabilidade das normas programáticas⁴⁵⁹, que em certos momentos servia de alibi para o governo, o qual a utilizava como figura de retórica política. Essa discrepância entre as previsões constitucionais e a realidade social, com a ausência de implementação efetiva das políticas públicas, tem conduzido cada vez mais os direitos prestacionais para uma função simbólica⁴⁶⁰, ou seja, apesar de representar uma conquista do Estado

⁴⁵⁹ “[...] programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138).

⁴⁶⁰ Cf. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 186-187.

democrático brasileiro estão ausentes de integral efetividade, servindo de certa forma como falácia típica de discursos políticos sem substância.

Cabe notar que através do fenômeno da positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais ocorreu a transformação dos elementos sócio-ideológicos estatais em normas de caráter jurídico. Ocorre que tais direitos foram inseridos no texto constitucional, em sua maioria, por meio de normas programáticas de efeito diferido, através da qual a efetivação ocorrerá no futuro, de forma contínua, o que vem a tornar o controle mais frágil. O problema é que esta espécie de norma não prescreve, detalhadamente, uma conduta exigível do Poder Público, deixando mais difícil a identificação dos direitos subjetivos dos cidadãos no caso concreto⁴⁶¹. Até mesmo através do Pacto Internacional da ONU sobre direitos econômicos, sociais e culturais em 1966, ficou consagrado que os direitos sociais (a prestações materiais), ao contrário dos direitos de defesa, dependem de uma efetivação progressiva⁴⁶².

Torna-se necessário encontrar mecanismos jurídicos adequados e os fundamentos teóricos que permitam superar o aspecto incompleto e abstrato das normas definidoras de direitos sócio-programáticas. Para isso, concorda-se com Regina Maria Macedo Nery Ferrari quando afirma que o principal desafio do constitucionalismo moderno consiste na substituição do Direito dirigente ineficaz por outros mecanismos que garantam o projeto da modernidade, inserindo a força dirigente da Constituição na imposição de tarefas em um contexto que possam coexistir valor, conhecimento e ação⁴⁶³. Pois, as normas constitucionais que prevêem programas e tarefas para o Estado não se resumem a meras proclamações ideológicas ou políticas, mas possuem caráter jurídico imperativo⁴⁶⁴.

É preciso que haja uma reflexão a respeito da dependência de atuações positivas do Poder Público com situações peculiares da Administração Pública, como a discricionariedade e a escassez de recursos financeiros, para o fim de descobrir se tais situações têm o condão de interferir na efetividade do direito

⁴⁶¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 116-117.

⁴⁶² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 210.

⁴⁶³ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 169.

⁴⁶⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 281.

prestacional. Cabe salientar que a existência de conceitos vagos ou imprecisos no texto constitucional não impede que o Estado tenha condições de atender ao interesse público da situação concreta⁴⁶⁵, haja vista que o objetivo da discricionariedade do gestor público é exatamente para atender estas situações. Existem vários meios de se atingir a mesma finalidade, de modo que a oportunidade e conveniência são os elementos legitimadores das escolhas do caminho que o gestor público elegerá para o cumprimento das tarefas constitucionais. Contudo, o maior problema gerado pelas normas programáticas reside no fato de que existe um fim a ser atingido, sem previsão da conduta a ser realizada, o que deixa uma margem muito ampla para que o poder público possa definir os meios que serão utilizados⁴⁶⁶. O que muitas vezes ocorre é que o governo se utiliza indevidamente da abstração destas normas constitucionais para agir de forma ineficiente, ou seja, optando pelo meio menos adequado para a solução do problema.

As políticas públicas se materializam por intermédio de decisões administrativas, mas que não devem se afastar dos objetivos constitucionais. E se determinado direito prestacional está assegurado pelo texto constitucional, apesar da efetividade depender de escolhas discricionárias do Poder Público, a inércia do Estado quanto à criação de condições de efetivação dos direitos sociais pode configurar inconstitucionalidade por omissão. Contudo, é necessário compreender que não é qualquer inércia que configura uma omissão inconstitucional, mas esta somente ocorre quando existir uma obrigação expressa imposta pela Constituição Federal dirigida a qualquer um dos poderes constituídos, inclusive ao Executivo em tomar as medidas necessárias para entregar prestações positivas⁴⁶⁷. Assim, a inconstitucionalidade resultará do descumprimento do Poder Público de uma obrigação jurídica de conteúdo positivo, haja vista que o Estado possui a responsabilidade de desenvolver as tarefas econômicas e sociais, a fim de garantir ao cidadão as prestações existenciais⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 56.

⁴⁶⁶ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 174.

⁴⁶⁷ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32.

⁴⁶⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 478.

As tarefas foram expressamente estabelecidas na carta constitucional, criando deveres finalisticamente orientados para a atividade de transformação de determinada realidade. Não é suficiente que o Poder Público reconheça formalmente uma situação como jurídica, tendo em vista que para além de uma existência deste Direito, fazia imperioso o integral respeito e cumprimento de seus comandos. É por isso que, segundo entendimento de Clèmerson Merlin Clève, a omissão inconstitucional pode decorrer da inércia de um ato de governo não praticado, embora exigido pela Constituição⁴⁶⁹.

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário n. 393.175 no Supremo Tribunal Federal, o ministro Celso de Mello argumentou sobre a necessidade do Estado levar a sério os direitos inseridos em normas programáticas, sendo que as previsões constitucionais se qualificam como prerrogativas que decorrem do poder do cidadão exigir do Estado a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento jurídico, conforme confirma trecho de seu voto que prevaleceu neste julgamento:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.⁴⁷⁰

Para cumprir o encargo de garantir o mínimo existencial dos direitos fundamentais o Estado deve utilizar o orçamento público de maneira planejada e inteligente, pois conforme entende Eduardo Mendonça, “é lógico que a qualidade e eficiência de um programa estatal não decorre apenas da quantidade de recursos disponíveis, não sendo possível negar o papel desempenhado por elementos de

⁴⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52.

⁴⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393.175, Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 01/02/2006. DJ 16/02/2006.

gestão eficiente, competência técnica e até mesmo outros de mais difícil compreensão, como criatividade e fatores motivacionais”⁴⁷¹. Identifica-se neste ponto a importância sobre a gestão administrativa, sendo que o controle financeiro foi aprimorado por meio de elaborados meios gerenciais de custos e de mecanismos que permitem a fiscalização direta pelos cidadãos dos atos do governo, conforme pode ser verificado pelos dispositivos previstos na Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

É evidente o dever constitucional do Estado brasileiro exercer suas atividades de forma eficiente com a atuação dirigida a objetivos certos sempre esteve implícito no texto constitucional de 1988. Mas foi a partir das críticas neoliberais à atuação do Poder Público que surgiu a orientação técnica mais veemente de uma Administração Gerencial, através da qual se tentou mudar o foco do controle dos procedimentos para os resultados⁴⁷². A crítica feita ao modelo burocrático é no sentido de ao invés de defender um controle voltado exclusivamente ao processo, deveria haver uma preocupação maior sobre o controle da eficiência dos resultados.

A idéia encampada por Luis Carlos Bresser Pereira é de promover uma reforma no Estado, de modo a implantar um plano de governabilidade, a fim de tornar as atividades administrativas mais eficientes a ponto de atender os cidadãos com qualidade. Diante do significativo número de encargos de prestações positivas e a insistente ineficiência estatal no cumprimento de suas atividades é que se propõe uma diminuição da estrutura do Estado (desestatização), com o consequente aumento da capacidade de se implementar de forma eficiente as políticas públicas⁴⁷³.

⁴⁷¹ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 241.

⁴⁷² “Nesse sentido, a orientação técnica, na qual a influência burocrática ainda é forte, vê ainda o cidadão como recipiendário de um lote de serviços pelos quais pagou por meio dos impostos. O mais importante é que esses serviços sejam fornecidos ao menor custo possível, alcançando o maior número de cidadãos.” (PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 115).

⁴⁷³ “Para mim, governabilidade é uma capacidade política de governar derivada da relação de legitimidade do Estado e de seu Governo com a sociedade; governança é a capacidade financeira e administrativa, em sentido amplo, de um governo implementar políticas públicas.” (*Ibid.*, p. 36).

Não procede o entendimento de que o Estado brasileiro foi incorporado pela ideologia do neoliberalismo, até porque diante do déficit social e do comprometimento estatal que é exigido pela Constituição, a Administração Pública brasileira deve ficar cada vez mais forte para garantir os direitos fundamentais⁴⁷⁴. Neste caso, se a proposta do Estado Gerencial não logrou êxito de implantar todas as idéias defendidas no Plano de Reforma do Estado, ao menos provocou reflexões a respeito da execução das atividades estatais, a ponto de buscar melhorias no sistema burocrático que em muitos casos se apresentava lento, caro e insuficiente. O princípio da eficiência, já existente de maneira implícita na ordem constitucional, trabalhado na lógica gerencial, permite meios mais adequados de aumentar a racionalidade no uso dos recursos públicos.

Note-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um Estado comprometido com a concretização dos direitos prestacionais e, ao mesmo tempo, encampou a idéia de uma Administração Pública preocupada com a eficiência de suas atividades, o que traz um debate bem interessante sobre a possibilidade de se controlar os atos administrativos a partir de resultados e metas. A legitimidade do Estado, a partir de uma perspectiva gerencial, não seria de eliminar o controle dos meios, mas de aperfeiçoá-lo a fim de que se possa privilegiar o alcance de resultados planejados. Na medida em que a ordem constitucional estabelece uma obrigação de prestação, existe paralelamente um dever de não praticar atos que possam ocasionar o retrocesso das conquistas já atingidas em termos de Direitos. A chamada “cláusula de vedação do retrocesso”, desenvolvida inicialmente no direito europeu, tem como função garantir os postulados dos direitos fundamentais⁴⁷⁵. Observe o julgamento da Corte Constitucional portuguesa que assim definiu os contornos da proibição de retrocesso:

A partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa e consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar

⁴⁷⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica...**, p. 65.

⁴⁷⁵ Cf. BARROSO, Luiz Roberto Barroso. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

contra a realização dada ao direito social' (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).⁴⁷⁶

Ingo Wolfgang Sarlet defende que proibição do retrocesso decorre de uma interpretação implícita da Constituição de 1988, não só da noção de Estado Democrático de Direito, mas também do dever de obter a máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais. Argumenta que se “trata de uma das ferramentas para assegurar, pelo menos no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos”⁴⁷⁷.

Diante da ordem dirigida ao Executivo, determinando o dever de realizar os direitos prestacionais de maneira progressiva, ao mesmo tempo, e por questões lógicas, há uma proibição de que o Poder Público ocasione um retrocesso. É nesse cenário que os poderes constituídos devem ter a função transformadora da realidade jurídica, estando vinculados à finalidade de garantir a maior efetividade possível dos direitos fundamentais. É por isso que o eixo central da eficiência administrativa concentra-se no dever de que o Estado aperfeiçoe suas atividades a fim de diminuir a burocratização e lentidão administrativa para obter um maior rendimento funcional e, via de consequência uma rentabilidade social. Para isso, torna-se necessário uma adequação técnica e planejamento adequado da atividade pública, sujeita ao controle que assegure essa presteza e rendimento funcional⁴⁷⁸.

Existe uma diferença terminológica entre eficácia e eficiência do poder público. A “eficácia administrativa diz respeito à potencialidade de concreção dos fins preestabelecidos em lei, a situação atual de disponibilidade para a produção dos efeitos típicos, próprios do ato. Já a eficiência administrativa impõe que esse cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus social, buscando o

⁴⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 55.

⁴⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, Dignidade da Pessoa humana e Direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *In:* BONAVIDES, Paulo; *et. al.* **Constituição e Democracia:** estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho, 2006, p. 335.

⁴⁷⁸ Cf. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito administrativo.** Salvador: JusPodivm, 2009, p. 197.

puro objetivo do atingimento do interesse público de forma ideal⁴⁷⁹. Em outras palavras, enquanto a eficiência estaria ligada a análise dos meios utilizados pelo Estado para alcançar o bem comum com menores desperdícios financeiros, a eficácia estaria voltada para o resultado desta conduta⁴⁸⁰.

Observe que o art. 74, II da Carta Magna de 1988, ao regulamentar o funcionamento do controle interno dos três poderes, inseriu como uma das finalidades da fiscalização a avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da Administração Pública. A fim de garantir a superação da inefetividade estatal, a ordem constitucional brasileira exige uma atuação estatal eficaz mediante o aperfeiçoamento das técnicas utilizadas para viabilizar a melhoria e expansão da atividade pública.

Lucia Vale Figueiredo lecionou que a pretensão do legislador da Emenda n. 19/98 era de mostrar que existe um dever da Administração Pública agir com eficácia⁴⁸¹. A idéia é de que a eficiência desenvolvida na atual carta constitucional, mesmo antes da Emenda Constitucional n. 19/98, vai além do desejável, isto é, a Administração Pública deve se preocupar se o cidadão foi atendido na exata medida da necessidade e com o adequado aproveitamento dos recursos disponíveis. Para ser eficiente, o gestor público precisa produzir o resultado previsto como o adequado pelo ordenamento jurídico.

Na linha defendida por Emerson Gabardo é possível compreender que a expressão eficiência vai possuir diversos sentidos, mas que a partir de um núcleo comum de racionalização que será construído o modelo de gestão de Estado⁴⁸². O que permite defender que a eficiência, na atual conjectura constitucional brasileira, vai se desenvolver a partir das seguintes características básicas: imparcialidade, neutralidade, transparência, participação, eficácia, desburocratização e busca pela

⁴⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo e princípio da eficiência. *In*: SUNFELD, Carlos Ari; MUNOZ, Guilherme Andréas (Coords.). **As leis de processo administrativo** – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 330.

⁴⁸⁰ Em sentido contrário, Emerson Gabardo entende que para o controle judicial basta a "(...)comprovação da ineficiência, sem que sejam necessárias metas específicas a serem cumpridas" (GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 143).

⁴⁸¹ Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 60.

⁴⁸² Cf. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**., p. 146.

qualidade, de modo que todos são elementos indispensáveis para gestão pública direcionadas ao bem comum⁴⁸³. O que indica que a busca de resultados adequados às necessidades, ligado a questão de eficácia, está inserida dentro da concepção do princípio da eficiência.

A partir da noção que se interpreta da eficiência tratada pelo texto constitucional, Tércio Sampaio Ferraz Jr. compreende que as funções administrativas deixam de ter como fundamento uma ética da convicção, passando a ser norteadas pela ética dos resultados⁴⁸⁴. É dever do administrador público atuar com qualidade no desempenho das funções, pois sem uma gestão eficiente permanecerá o círculo vicioso que impede o desenvolvimento nacional. A leitura do princípio da eficiência por meio de melhores resultados também é feito por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público⁴⁸⁵

A idéia de gestão eficiente foi transportada para a legislação infraconstitucional, de modo que a Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime das concessões comuns e permissão da prestação de serviços públicos faz expressa referência à eficiência como condição do serviço adequado⁴⁸⁶. Da mesma forma, a Lei n. 11.079/04, que regulamenta a licitação e contratação de parceria público-privada, traz como pressuposto do instituto a prestação de serviço eficiente⁴⁸⁷. Está evidente que toda a atuação do Poder Público deve estar pautada nas diretrizes da boa governança, que impõem a prestação de serviços e estabelecimento de políticas públicas adequadas às necessidades sociais e com resultados satisfatórios.

⁴⁸³ Cf. MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 93-95.

⁴⁸⁴ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Ética administrativa num país em desenvolvimento. **Cadernos de Direito constitucional e ciência política**. São Paulo, n. 22, abr/2008, p. 38.

⁴⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 83.

⁴⁸⁶ “Art. 6º. [...] § 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”

⁴⁸⁷ “Art. 4º. Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; [...]”

A eficiência está ligada a idéia de se obter o máximo de qualidade de um programa, mediante o alcance de produtividade e concretização de direitos fundamentais dos cidadãos, isto é, a “eficiência opõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão”⁴⁸⁸.

Juarez Freitas defende que a liberdade do administrador público está vinculada ao encargo de desempenhar de maneira exemplar suas atribuições, evitando o excesso e também a omissão. Assim, os juízos de conveniência e oportunidade encontram-se constitucionalmente limitados pelo direito fundamental à boa administração pública⁴⁸⁹. A busca pela efetividade nos fins propostos é uma preocupação que está ficando constante na administração pública brasileira, por meio de criação de mecanismos capazes de avaliar e corrigir os defeitos das suas atividades. E a boa administração, no atual estágio do constitucionalismo, não se contentando com o simples atendimento à legalidade, deve ser entendida como o equilíbrio orçamentário combinado com a concretização real dos direitos fundamentais.

A busca por resultados eficientes depende da conjugação do emprego de meios adequados com resultados perseguidos, de modo que não prevalecerá a máxima que “os fins justificam os meios”. Por isso, não se pode confundir a eficiência administrativa com a eficiência econômica, haja vista que não há o dever absoluto de escolher o caminho do menor custo, conforme entende Marçal Justen Filho:

A eficiência administrativa não é sinônimo da eficiência econômica. Numa empresa privada, a autonomia autoriza organizar os fatores da produção segundo as finalidades buscadas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, não apenas aqueles de cunho econômico.⁴⁹⁰

O fundamento da eficiência administrativa consiste na concretização das funções do Poder Público, conciliando o dever de minimização dos custos e ampliação dos resultados pretendidos. Por isso, compreende Emerson Gabardo que

⁴⁸⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 242.

⁴⁸⁹ FREITAS, Juarez. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

⁴⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 86.

“a eficiência, portanto, ainda que um conceito indeterminado, representaria um universo contido no princípio do bom andamento, que, por ser mais amplo, compreenderia também o próprio bom senso na definição de objetivos e na programação, além da busca pela maior responsabilização, coordenação e especialização funcionais (questão estrutural)”⁴⁹¹. É nesse sentido que o planejamento eficiente assume especial importância, pois a vontade política do gestor público deve ser balizada pelos pressupostos e limites materiais da administração. Esse também é o entendimento de Raquel Melo Urbano de Carvalho, quando defende o planejamento orçamentário coerente dentro das possibilidades de cada ente público:

É preciso evitar a tendência inicial ao estabelecimento de metas pouco realistas, tão ambiciosas que poderão inviabilizar sua consecução futura. Também é inadequado fixar objetivos mínimos ao ponto de não incentivarem ao incremento produtivo do aparelho estatal. Ao contrário, impende atentar-se para a viabilidade real das finalidades cuja consecução se procura alcançar e os instrumentos necessários para a concretização de tais objetivos aptos a melhorar o nível da prestação de serviços públicos à sociedade. Impõem-se o emprego do bom senso e da coerência na avaliação da realidade em exame, excluída qualquer arrogância ou ingenuidade, ambos comportamentos igualmente prejudiciais ao processo de mudanças administrativas.⁴⁹²

Assim, o planejamento público deve ser exequível, isto é, deve estar adequado com as necessidades sociais e com a possibilidade financeira do ente federativo, sob pena de desvirtuar o princípio da boa administração. A atuação do Poder Público deve estar norteada pelos valores da boa administração, direcionada ao cumprimento dos direitos fundamentais dos administrados, pressupondo a eleição dos melhores meios disponíveis para consecução destes objetivos⁴⁹³.

⁴⁹¹ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 102.

⁴⁹² CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito administrativo**. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 207.

⁴⁹³ “Em síntese, a despeito das interpretações divergentes e que aqui não teremos condições de examinar, sustentamos que a norma contida no art. 5º, §1º da nossa Constituição, para além de aplicável a todos os direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais), apresenta caráter de norma-princípio, de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde de 1988. **Interesse Público**. São Paulo, v. 12, out./dez. 1998, p. 98-99).

Como otimização do sistema jurídico, os direitos prestacionais devem ser concretizados de maneira eficiente, a fim de obrigar o administrador público a levar a sério seu papel de implementador de políticas públicas. José Joaquim Gomes Canotilho propôs a visão de uma Constituição dirigente, sendo que somente através deste entendimento poder-se-ia resolver o problema da discricionariedade administrativa e legislativa, na medida em que “contendo a constituição dirigente um conjunto de normas fundamentais, que mais não são que verdadeiras imposições constitucionais de execução permanente e contínua, estas imposições constitucionais só poderiam ser cumpridas”⁴⁹⁴. Defende o autor que a fundamentação jurídico-constitucional vai ocorrer através de limites e diretivas positivas, sendo que no segundo caso haver a idéia de uma força dirigente de dever de atuação do poder público⁴⁹⁵.

Em linhas gerais, os direitos prestacionais previstos em normas programáticas condicionam a atuação do gestor público, de modo que a desobediência a tais preceitos constitucionais configura comportamento inconstitucional. Reconhece-se o caráter imperativo desta espécie de normas no sentido de imposição de tarefas e fins a serem concretizados pelo Poder Público durante o exercício da discricionariedade administrativa. Caso contrário, estar-se-ia transformando o problema da concretização de direitos prestacionais em um mero conflito político, o que não ocorre neste caso⁴⁹⁶.

Portanto, os direitos prestacionais positivados por meio de normas programáticas devem ser interpretados como instrumentos normativos que embora dependentes de políticas públicas, exigem a postura de um Estado comprometido com a concretização dos preceitos constitucionais. Impulsionada pelo princípio da boa administração a conduta estatal deve obedecer a um planejamento eficiente que permita que as necessidades sociais sejam atendidas de forma satisfatória.

⁴⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 224.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 251.

⁴⁹⁶ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 184.

3.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO ORÇAMENTO DIANTE DA INEFICIÊNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

3.2.1 A proteção dos direitos prestacionais como legitimidade da separação dos poderes

A separação dos poderes passou a ser defendida pelos movimentos constitucionalistas que buscaram combater a acumulação de poderes nas mãos de uma só pessoa, sob pena de constituir a própria tirania. Por meio da descentralização de funções constitucionais cada poder constituído tem funções típicas que são exercidas nos estritos comandos definidos pela Carta Magna.

Diante de atividades previamente estabelecidas, é vedado a um poder invadir o raio de atuação do outro, sob pena de ocorrer uma flagrante inconstitucionalidade, afetando não simplesmente uma norma constitucional, mas todo o ordenamento jurídico. Com isso, dentre as características que a doutrina descreve da separação dos poderes, aparece o conceito de indelegabilidade, o qual significa que das atribuições típicas que pertence a cada poder constituído, não poderá ser exercido pelo outro, salvo casos previstos na própria constituição.

A função do Judiciário no Estado de Direito é de avaliar a aplicação da lei nos casos concretos, a fim de assegurar a realização dos direitos constitucionais. Seria a legitimação da execução da lei através da manutenção do equilíbrio entre os outros dois poderes constituídos, uma vez que haverá uma avaliação da legislação criada pelo Legislativo e da execução realizada pela Administração Pública. A exemplo disso tem-se que notar que qualquer restrição feita indevidamente na atribuição conferida ao Executivo, ainda que ocorra através de lei ou decisão judicial, é considerada inconstitucional, por afrontar ao sistema de competências⁴⁹⁷. Por isso que o modelo clássico de separação dos poderes restringiu o exercício jurisdicional à análise da lei que estava em contradição com a Constituição, sem adentrar em

⁴⁹⁷ “As restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. McemADIn 4.102/RJ. Rel.: Min^a. Cármem Lúcia Antunes Rocha. Informativo n. 601, de 24/09/2010).

aspectos políticos, o que levou a se denominar a função jurisdicional de legislador negativo, isto é, não poderia substituir o legislador sob o pretexto de controlá-lo. Isso impede que o Judiciário adentre na função típica de outro poder, razão que justificou em 1963, a edição da Súmula 339 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual dispunha que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

A ideologia liberal traduzia-se na limitação de todos os poderes estatais com a finalidade de reconhecer a autonomia dos cidadãos em atingirem suas liberdades individuais. A independência judicial interpretada no auge liberal, principalmente pós Revolução Francesa, significava a autonomia orgânica em relação as pressões populares, o que era garantida com a submissão do Judiciário ao domínio das leis, ou seja, ele seria a “boca da lei”.

Com a superação do paradigma liberal e o desenvolvimento do constitucionalismo verificado no segundo pós-guerra, promoveu-se uma reformulação nos sistemas constitucionais de vários países, havendo, por exemplo, o surgimento de normas compromissórias próprias do Estado social que criaram novas funções do Executivo e Legislativo para a realização dos direitos fundamentais, principalmente daqueles destinados a criar condições básicas de uma real subsistência humana.

Diante da inefetividade das normas programáticas que determinavam prestações sociais em um grande período histórico, o que denunciava uma postura omissiva do Estado, passou-se a desenvolver uma nova hermenêutica sobre o papel do Judiciário. O próprio princípio da separação dos poderes passou por uma reinterpretação, a fim de proteger os administrados da postura negligente do Poder Público, o que abriu caminho para uma significativa sindicabilidade judicial dos atos da Administração Pública⁴⁹⁸.

Na leitura de Clémerson Merlin Clève, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma forma prospectiva, voltada para o alcance de objetivos, o que influenciou profundamente o modo de atuar da Jurisdição Constitucional:

⁴⁹⁸ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987, p. 99.

Não queremos uma Constituição neutra, não queremos uma Constituição vinculada à vontade da maioria conjuntural, da maioria eventual. Queremos uma Constituição que imponha limites a esta mesma maioria. E neste ponto emerge a discussão sobre a democracia e a atuação das Cortes Constitucionais ou mesmo do Poder Judiciário, no momento em que ele exerce o controle de constitucionalidade das leis.⁴⁹⁹

Ao mesmo tempo em que a Carta Constitucional de 1988 deu importância ao regime democrático, também priorizou a garantia dos direitos fundamentais, a fim de que o Poder Público esteja comprometido com a implementação das prestações constitucionais. As normas programáticas impõem ao Estado o cumprimento de certos fins, fazendo surgir, por consequência, a necessária proteção dos interesses subjetivos que daí derivam. Proteção esta que pode ocorrer ora de modo direto, quando o atendimento é feito de forma individualizada; ora indiretamente, quando o atendimento é feito de forma geral e a pretensão individual está protegida reflexamente⁵⁰⁰.

Atualmente depara-se com a politização de algumas decisões judiciais, o que tem ocasionado uma série de críticas ao Judiciário, acusado de, ao julgar questões que envolvam a implementação de direitos prestacionais, estar excedendo os limites da separação dos poderes. Observe que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 393.175/RS⁵⁰¹, o Supremo Tribunal Federal além de uma análise técnico-jurídica, apreciou também a questão da efetividade dos programas de distribuição gratuita de medicamentos. Então, inevitavelmente, o Tribunal analisou questões internas da Administração Pública, como os meios, escolhas e a conveniência dos programas sociais realizados. É diante destas situações que se torna necessário encontrar fundamentos teóricos e práticos que identifiquem o

⁴⁹⁹ CLÈVE, Clémerson Merlin. Controle de Constitucionalidade e Democracia. *In*: MAUÈS, Antonio Moreira (Org.). **Constituição e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 51.

⁵⁰⁰ Cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 230.

⁵⁰¹ “DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 393.175-AgR/RS. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 12/12/2006).

verdadeiro papel da Jurisdição Constitucional, com a finalidade de justificar se há possibilidade dos juízes corrigirem escolhas feitas na seara de direitos prestacionais.

Percebe-se que houve uma significativa expansão da Jurisdição Constitucional durante o constitucionalismo desenvolvido no segundo pós-guerra, o que ocasionou uma série de questionamentos acerca da existência de um “possível” ativismo judicial, entendido como decisões contramajoritárias e violadoras do regime de separação dos poderes. Neste mesmo sentido, Ronald Dworkin condena a atitude dos juízes denominada como ativista, entendendo ser um exercício irregular da função jurisdicional:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que esteja próxima. Insiste-se em que os juízes pratiquem a Constituição por meio da interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.⁵⁰²

Neste sentido, Elival da Silva Ramos leciona que o ativismo judicial se trata de uma descaracterização do Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes, isto é, “ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”⁵⁰³.

A terminologia “ativismo judicial” é empregada pela doutrina em vários sentidos e com diferentes aspectos valorativos. Contudo, entende-se como a função jurisdicional exercida além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, o que gerará, neste aspecto, uma carga valorativa negativa, pois estaria havendo uma flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes. Em outras palavras, seria a

⁵⁰² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 451-452.

⁵⁰³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

substituição da decisão legislativa ou administrativa pela decisão judicial, transformando os juízes em protagonistas do jogo democrático no lugar do povo.

A jurisdicalização dos direitos não pode ser confundida com o ativismo judicial, pois aquela é a possibilidade de qualquer cidadão obter uma medida judicial diante de lesão ou ameaça a um direito. Neste caso, está se tratando de um exercício legítimo de proteção a um direito previsto no ordenamento jurídico e que não poderia ficar a mercê de deliberações públicas autoritárias ou de atuações ineficientes do poder público. Ocorre que o efeito da expansão jurisdicional acabou criando atritos no modelo clássico de separação de poderes, que não mais pode ser interpretado como um dogma, mas obtêm sua forma e contornos claros em cada Constituição, que lhe permitem o funcionamento adequado em determinada sociedade⁵⁰⁴.

O controle judicial de prestações estatais vai encontrar obstáculo, em especial, críticas feitas pelas correntes doutrinárias defensoras da democracia deliberativa, sob o entendimento de que a democracia possui como base a defesa da soberania popular, através da qual a linha de defesa se concentra na autonomia dos indivíduos como regra do jogo democrático. Nesta esteira, Carlos Santiago Nino entende que a deliberação popular é um modelo ideal de justificação do exercício do poder político pautado no debate público entre os cidadãos: *“mi posición se apoya en la capacidad de la democracia para transformar los intereses de las personas y sus preferencias. El diálogo es el mecanismo a través del cual la democracia convierte las preferências autointeresadas en preferências imparciales”*⁵⁰⁵. Defende o autor que somente através da discussão pública será possível alcançar soluções justas para os problemas da sociedade. Neste caso, o controle judicial não pode sobressair às decisões populares, exceto quando estiver direcionado a fortalecer as regras do processo democrático, assegurando o máximo de efetividade das discussões públicas através da autonomia dos indivíduos⁵⁰⁶.

A soberania popular como fundamento do regime democrático é a defesa de Ingeborg Maus, de tal forma que esta autora tem feito uma série de críticas à

⁵⁰⁴ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 68.

⁵⁰⁵ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p. 202.

⁵⁰⁶ Cf. NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 273.

atuação do Tribunal Federal Constitucional alemão, acusando-o de estar usurpando as funções típicas do parlamento através da revisão das escolhas dos valores sociais. Na égide do Estado constitucional moderno, o controle judicial teria ocasionado a perda da racionalidade jurídica e o agigantamento de uma racionalização autoritária de forma paternalista. Com isso, esta autora entende que em qualquer intervenção judicial que venha a alterar as escolhas democraticamente eleitas, estará o juiz investindo-se na figura de um sacerdote-mor, de uma nova “divindade”, que irá alterar o caminho que o povo legitimamente escolheu⁵⁰⁷.

Na perspectiva procedimentalista, os juízes seriam protetores do sistema democrático, no sentido de que o controle de constitucionalidade deve funcionar como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra os resultados⁵⁰⁸. Nesta concepção, os juízes devem funcionar como árbitros, devendo controlar e regular o funcionamento dos procedimentos constitucionais, sendo vedado intervirem no resultado⁵⁰⁹. Isso reforça o entendimento procedimentalista da constituição, em detrimento de uma concepção “parteralista” do Judiciário. Assim, no caso de se entender que o Legislativo não seja suficientemente democrático, é preferível buscar formas de se reforçar a democracia parlamentar do que aceitar que juízes interpretem os interesses populares.

No que se refere ao controle jurisdicional de políticas públicas, segundo Vanice Regina Lírio do Valle, há de se guardar um duplo compromisso: de um lado com a efetividade constitucional e, de outro, com a constitucionalidade de “uma prática institucional efetivamente democrática, que opere sob a premissa da ação coordenação dos poderes como garantia máxima de seu agir acorde com a moldura constitucional”⁵¹⁰. A preocupação é de que através do controle da escolha orçamentária o Judiciário esteja substituindo a vontade popular por uma vontade do magistrado, pois mesmo com base em um justo motivo não se pode aceitar qualquer

⁵⁰⁷ Cf. MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 189.

⁵⁰⁸ Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 242.

⁵⁰⁹ Cf. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Barcelona: Ariel, 1999, p. 151.

⁵¹⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial...**, p. 163.

meio para alcançar a concretização dos direitos prestacionais, pois seria o mesmo que fazer justiça a qualquer custo.

A concepção de democracia sob o viés “rousseauiano” se caracteriza por confiar aos indivíduos a função de legitimamente formar a opinião da sociedade, estando pautada na participação popular e auto-determinação dos indivíduos⁵¹¹. Neste caso não poderia a Jurisdição Constitucional avaliar valores compartilhados e conteúdos, configurando a função do magistrado como mero preservador dos procedimentos democráticos. Então, se determinada legislação estabelece um regime de cotas em critérios raciais para ingresso no ensino superior, o Judiciário deveria respeitar a deliberação, sendo impedido de haver uma discussão judicial a fim de rediscutir a constitucionalidade da decisão sob o viés do postulado da igualdade, tendo em vista que a escolha justa já teria sido feita pelo povo.

No entendimento de Rogério Gesta Leal, atualmente se verifica uma verdadeira ofensa à independência e harmonia dos poderes, ocorrendo uma contínua intervenção judicial em temas fora de suas atribuições⁵¹². Por este ponto de vista é necessário estabelecer uma delimitação rígida entre os poderes constituídos. De um lado, o Executivo deverá exercer a função de criar meios para que os indivíduos consigam concretizar o seu projeto de vida e, de outro, o Judiciário com a função de assegurar a obediência às regras do jogo democrático e do espaço público.

Se as decisões políticas se originam de mecanismos de discussão que estão orientados pelos princípios da igualdade participativa e da autonomia dos indivíduos, a função jurisdicional está limitada à decisão democraticamente tomada. Esse é o entendimento de Carlos Santiago Nino:

Esto es verdad cuando se demuestra que el control judicial de constitucionalidad no es una consecuencia lógica del reconocimiento de la supremacía de la constitución o de los derechos individuales. Sin embargo, en una teoría epistémica de la democracia, el control judicial de constitucionalidad se encuentra legitimado como un medio de asegurar que se encuentren presentes las condiciones que hacen posible darle valor epistémico a la participación colectiva.⁵¹³

⁵¹¹ Cf. KELSEN, Hans. **A Democracia...**, p. 29.

⁵¹² LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 38.

⁵¹³ NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 299.

Ocorre que o projeto do regime democrático não foi pensado como sendo um sistema em que o governo irá proteger somente os interesses de poucos privilegiados que conseguiram formar uma coalizão de maioria. Por isso, apesar de defender o procedimentalismo constitucional, John Hart Ely defende que é possível em algumas situações que o Judiciário realize a correção substantiva das decisões majoritárias, restabelecendo o equilíbrio material e declarando nula a situação que prejudique determinados interesses. Neste caso, rejeita-se a idéia de que o Judiciário seja um auxiliar da democracia majoritária, uma vez que a rejeição das decisões eleitas pela maioria ocorrerá quando forem incompatíveis com determinada realidade constitucional⁵¹⁴.

Seria correto afirmar que as decisões da maioria se tornariam possíveis de serem aplicadas de maneira correta se fossem precedidas por um amplo diálogo público, o que não ocorre na sociedade atual. Ainda assim, a democracia não pode ser confundida com absolutismo da maioria, de modo que a decisão contramajoritária não ocorre pelo simples fato do Judiciário anular uma lei ou ato elaborado sob a égide do sistema democrático. Ao invés de se visualizar um conflito, identifica-se o Estado de Direito como condição de possibilidade da democracia, uma vez que sem o atendimento de seus direitos básicos os cidadãos não estarão aptos à cooperação democrática.

A preocupação de Ernst Wolfgang Böckenförde é de colocar a democracia também a serviço daqueles cidadãos que não pertencem à maioria, afirmando que *“también tiene sentido como protección de las minorías por lo que se refiere a determinados grupos de ciudadanos el los que no está dada aquella homogeneidad prejurídica con el resto de los ciudadanos que constituye el presupuesto material de la igualdad democrática”*⁵¹⁵.

O principal problema apresentado na democracia é a respeito da formação da maioria que irá comandar a deliberação, o que poderá ocasionar em algumas situações o isolamento das minorias. Frente a este dilema, Alexis de Tocqueville já questionava a operacionalização do sistema democrático no século XIX:

⁵¹⁴ Cf. ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade..., p. 240.

⁵¹⁵ BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. *In*: BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang (Org.). **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 94.

Quando um homem ou um partido sofrem uma injustiça nos Estados Unidos, a quem você quer que ele se dirija? À opinião pública? É ela que constitui a maioria. Ao corpo legislativo? Ele representa a maioria e obedece-lhe cegamente. Ao poder executivo? Ele é nomeado pela maioria e lhe serve de instrumento passivo. A força pública? A força pública não passa da maioria sob as armas. Ao júri? O júri é a maioria investida do direito de pronunciar sentenças – os próprios juizes, em certos Estados, são eleitos pela maioria. Por mais iníqua e insensata que seja a medida a atingi-lo, você tem de se submeter a ela.⁵¹⁶

Ao mesmo tempo em que não seria razoável permitir que judicialmente se imponha valores a situações previamente escolhidas pela maioria da comunidade, razão pela qual as decisões estatais são resultados originários de fundamentos democráticos, também não se pode desprezar a importância dos direitos fundamentais. É por isso que Cláudio Pereira Souza Neto defende que a Jurisdição Constitucional exerce um papel de suma importância na democracia, na medida em que visa garantir as condições do Estado de Direito na hipótese de ocorrer a omissão ou violação de direitos praticados com base na regra da maioria. Contudo, para que as decisões judiciais não sejam contramajoritárias, entende o autor que deve restringi-las em um papel subsidiário em relação à deliberação pública, ou seja, “é precisamente isso o que ocorre quando a Jurisdição Constitucional concretiza as precondições da deliberação em lugar das maiorias parlamentares e, até mesmo, contra elas. Ao fazê-lo, está incrementando o potencial racionalizador da deliberação pública, não assumindo o lugar que assiste à soberania popular”⁵¹⁷.

A partir destes questionamentos, Roberto Gargarella defendeu que o funcionamento democrático depende do atendimento dos direitos sociais e econômicos dos indivíduos. Não existem motivos para defender que a intervenção judicial nesta área esteja em contradição com a democracia, desde que se preserve o diálogo entre os diferentes ramos do poder, tanto quanto entre eles e a população⁵¹⁸. Essa também foi uma preocupação no Direito brasileiro, de modo que o Supremo Tribunal Federal, em temas que considera de grande repercussão social,

⁵¹⁶ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático.** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 294.

⁵¹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa...**, p. 178.

⁵¹⁸ Cf. GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o papel dos juizes diante dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie...**, p. 226-227.

tem convocado audiências públicas para tratar de alguns assuntos que seriam julgados. Um dos casos foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, na qual o relator ministro Carlos Ayres Britto convocou audiência pública para debater sobre a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05), que tratava do momento em que começa a vida do ponto de vista jurídico, para fins de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas⁵¹⁹. Mediante a utilização de audiências públicas⁵²⁰, o Supremo Tribunal Federal consegue exercer a Jurisdição Constitucional “mais perto” da população, o que permite um aperfeiçoamento das decisões, com sua contextualização na realidade social.

É preciso compreender que se por um lado todo o controle judicial deve respeitar as decisões tomadas em sistemas deliberativos públicos, sob pena de ofensa à soberania popular⁵²¹, por outro, se admite que a falta de satisfação de alguns direitos sociais podem comprometer o processo democrático. Contudo, a corrente procedimentalista defende com veemência que deva haver um equilíbrio entre o atendimento aos pressupostos constitucionais (direitos sociais) e o funcionamento democrático, sob pena de comprometer as soluções da moral intersubjetiva⁵²². Esse entendimento mostra-se insuficiente para países de modernidade tardia, como o Brasil, tendo em vista que o Judiciário, como promovedor de medidas sociais compensatórias, exerce uma função importante ao corrigir as falhas dos outros poderes constituídos na seara de direitos prestacionais.

Note-se que para a garantia do mínimo existencial em países de modernidade tardia precisa de mecanismos eficazes, o que torna o papel do Judiciário muito mais desafiante, ainda mais que os deveres prestacionais foram estabelecidos em sua grande maioria através de normas programáticas. Este encargo constitucional será cumprindo no exercício da discricionariedade do administrador público que escolherá os melhores meios de executar as políticas

⁵¹⁹ Outras audiências públicas: No julgamento da ADPF 54 - convocada pelo ministro Marco Aurélio, foi debatido sobre a interrupção da gravidez quando comprovada a ausência de cérebro no feto. No julgamento da ADPF 101, a pedido da ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, se discutia sobre a importação por empresas brasileiras de carcaças de pneus para a fabricação de pneus reformados. E no julgamento dos Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares 47 e 64, foi discutido sobre sobre direito à saúde e a concessão de liminares contra a fazenda pública.

⁵²⁰ Prevista na Lei n. 9.868/99 e no art. 21, XVII e XVIII do Regime Interno do STF.

⁵²¹ Cf. LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 36.

⁵²² NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa...**, p. 193.

públicas previstas no texto constitucional. Mas esta “liberdade” de escolha deve estar em consonância com o direito fundamental da boa administração, de modo que a gestão pública deve ser eficiente, podendo ser responsabilizada caso se apresente negligente ou descomprometida com seus encargos⁵²³.

Não se justifica o fato de que a efetivação dos direitos prestacionais depende necessariamente de uma economia forte com destinação de recursos, na medida em que na maioria dos casos se nota a ausência de vontade política nas escolhas das políticas públicas⁵²⁴. E as normas de caráter programático não podem ser interpretadas como meras promessas ou conselhos dirigidos ao Poder Público, pois, estar-se-ia fraudando justas expectativas depositadas pelo cidadão no texto constitucional. Seria a substituição ilegítima da obrigatoriedade da norma constitucional por um gesto irresponsável do governante em definir a sua atuação como uma faculdade administrativa.

A elaboração do orçamento público com a previsão de políticas públicas, apesar de serem escolhas políticas-discrecionárias, não estará imunes ao controle jurisdicional⁵²⁵. Eduardo García de Enterría também se pronuncia a favor controle judicial dos poderes discrecionários quando isto favorecer a aplicabilidade dos princípios consagrados pela ordem constitucional:

Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados extremos obtenidos por la Administración. Como el principio de la iniquidade manifiesta, o el de la irracionalidad o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etcetera. [...] puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios

⁵²³ Cf. FREITAS, Juarez. **Discrecionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

⁵²⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 120.

⁵²⁵ “Importa ressaltar que a existência de uma possibilidade de opção discrecionária não torna imune a atividade administrativa ao controle jurisdicional, uma vez que sua atribuição ao administrador público não significa um ‘cheque em branco’ ou a possibilidade de opções dezarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico.” (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49).

constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitária y del orden jurídico.⁵²⁶

Segundo Lênio Luiz Streck, ao se entender que há um impedimento dos juízes apreciarem questões políticas que apareçam junto com as normas jurídicas acaba-se por enfraquecer o controle de substancialidade da Constituição⁵²⁷. Deve-se entender que além da função jurisdicional de protetor do processo deliberativo, também haverá o papel de resguardar substancialmente a efetivação dos direitos pretacionais, que são condições ao regime democrático.

Neste sentido, José Joaquim Gomes Canotilho compreende que a dessubstancialização da justiça, com o esvaziamento material da discussão judicial, representa a retirada de legitimidade do Judiciário. No atual estágio do constitucionalismo e da superação dos limites metodológicos positivistas, imprime-se a tendência dos juízes avaliarem a adequação de questões políticas quando estas forem obstáculos ao desenvolvimento dos direitos⁵²⁸. Até porque, é difícil de defender a ausência de politização das decisões judiciais se a própria lei foi politizada através do progressivo papel intervencionista do Estado social⁵²⁹, através do qual foram inseridas questões compromissórias. O que deve ser preservado é a normatividade das prestações previstas pelas normas de cunho programático e, para isso é permitido ao Judiciário avaliar a qualidade (eficiência) das condutas administrativas.

⁵²⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civistas, 1995, p. 46-48.

⁵²⁷ “Desse modo, a presunção da constitucionalidade das leis fica fragilizada diante de uma acentuada alteração na teoria da separação dos poderes; a positivista equiparação entre vigência e validade perde espaço para a força normativa dos textos constitucionais; por outro lado, em face do conteúdo social dos textos constitucionais e da própria função assumida pelo Direito e pela justiça constitucional no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, a ‘abstenção nas chamadas questões políticas’, além de colocar-se na contramão das democracias constitucionais, enfraquece a substantividade das Constituições.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 436).

⁵²⁸ “As relações funcionais e competenciais entre o poder legislador e o poder judiciário deslocam-se estreitando a margem de conformação política de quem ao fazer política deve fazer o balaceamento justo em caso de conflito de bens, e alargando o espaço discricionário de quem, não fazendo política, é agora o ponderador, em termos definitivos, da solução de conflitos de direitos e bens.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 245, jul./ago. 2007, p. 90).

⁵²⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito...**, p. 215.

A administração pública está vinculada às diretrizes constitucionais, o que denota que a sua omissão está passível de responsabilização, uma vez que a sua margem de discricionariedade é mínima, não englobando a faculdade de não fazer, isto é, de não realizar um direito previsto⁵³⁰. A partir do momento em que o governante se omite em implementar um direito prestacional é possível haver o controle judicial para o fim de garantir o fornecimento do direito com qualidade, o que elimina a discricionariedade do administrador público no que se refere a escolha de executar ou não a política pública, conforme decisão proferida no Supremo Tribunal Federal:

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República [...] Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.⁵³¹

A ineficiência administrativa ocorrerá quando se constatare que há o descaso governamental com os direitos básicos dos cidadãos, que poderá ocorrer pela omissão total no cumprimento do direito prestacional ou, simplesmente, pela falta de qualidade na técnica de gerenciar os recursos públicos. O princípio da eficiência administrativa deverá ser interpretado como meio de aperfeiçoamento das atividades administrativas, obrigando os gestores da *res publica* a exercerem a sua função com qualidade para que tenham condições de operacionalizar a máquina pública dirigida ao cumprimento de seus deveres constitucionais.

Com isso, é possível, ainda que excepcionalmente, haver o controle judicial para corrigir a ineficiência administrativa, configurando o descumprimento dos encargos político-jurídicos. Pode-se afirmar que “o Estado não pode ser convertido em segurador universal; contudo, já não se admite a administração pública descumpridora sem motivo consistentes, de seus deveres prestacionais, regulatórios

⁵³⁰ Cf. FRISCHEISEN, Luiza Cristina. **Políticas públicas**: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59.

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175. Rel.: Gilmar Mendes. Julg. 17/03/2010.

ou de defesa”⁵³². É por isso que se percebe uma forte tendência da jurisprudência em delimitar a discricionariedade do administrador público no que se refere à aplicação de direitos prestacionais. Em análise do Recurso Especial n. 1.041.197/MS, no qual o Ministério Público pleiteava do Estado o fornecimento de equipamento e materiais faltantes para hospital universitário, o Superior Tribunal de Justiça balizou a “liberdade” de escolhas na gestão pública:

A Turma entendeu que os direitos sociais não podem ficar condicionados à mera vontade do administrador, sendo imprescindível que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Haveria uma distorção se pensasse que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido para garantir os direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como empecilho à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. [...] Assim, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma discriminada, pois violaria o princípio da separação dos poderes. A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo. [...] A omissão injustificada da Administração em efetivar as políticas públicas essenciais para a promoção de dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário, pois esse não é mero departamento do Poder Executivo, mas sim poder que detém parcela de soberania nacional.⁵³³

Está claro que a missão institucional do Judiciário brasileiro é de garantir o compromisso de concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais, os direitos prestacionais, que possuem a finalidade de garantir as condições materiais da dignidade da pessoa humana. Ao momento em que as decisões judiciais revelem que as políticas públicas não ficam adstritas a mera vontade do administrador não significa que se eliminou a discricionariedade administrativa, mas sim, demonstra que a gestão pública possui pressupostos de exercício. E diante da exigência à boa administração é natural que se exija o emprego dos melhores meios disponíveis para o cumprimento daquele determinado objetivo. Pode existir vários caminhos para se chegar ao mesmo destino, isto é, garante-se ao administrador público a escolha dos meios que se mostrem aptos a concretizar a finalidade pública, desde que haja realmente justificativa razoável que houve a opção pelo melhor meio disponível. Esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento

⁵³² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública...**, p. 79.

⁵³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.041.197/MS. Rel.: Min. Humberto Martins. Julg. 25/08/2009. Informativo 404.

do Recurso Ordinário de Mandado de Segurança n. 24.197/PR, no qual prevaleceu a tese de que “o Estado deverá propiciar aos necessitados não qualquer tratamento, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento”⁵³⁴. Não se exige algo absurdo sob ponto de vista jurídico, uma vez que o Judiciário vem determinar a prática de uma conduta que já deveria ter sido cumprida da melhor forma possível pela administração pública.

Uma das principais funções do Judiciário é de proteger as minorias em face das eventuais decisões tomadas pela classe majoritária. É por isso que a falta de garantia às condições materiais mínimas aos cidadãos é uma ameaça real à democracia, na medida em que certos grupos podem preferir abandonar o sistema democrático, apostando no conflito aberto como forma de fazer valer seus inegociáveis direitos⁵³⁵. Não existe uma fórmula mágica para solucionar os problemas, mas uma forma viável e coerente seria garantir a legitimidade no controle judicial sobre atos políticos, a fim de restaurar discricionariedade constitucional (e não a faculdade ilegítima) dos agentes públicos. Assim defende Elival da Silva Ramos:

Uma vez rompido o círculo no qual se movimenta livremente o órgão ou a autoridade em favor de quem se reconhece a discricionariedade e, desde que presente a lesão a direito subjetivo, a justificar a intervenção do Poder Judiciário, poderá este reparar a lesão causada sem qualquer emprego. [...] pode-se inferir que não há propriamente matérias de natureza política, em que a atuação do Poder Judiciário seja inteiramente discricionária e, portanto, imune ao controle judiciário; o que há são aspectos discricionários de determinadas matérias de elevada conotação política, constitucionalmente reguladas.⁵³⁶

É nesse sentido a crítica de Daniel Sarmento, defendendo que no Brasil a lei está muito longe de ser portadora da vontade geral do povo, sobretudo considerando a crise da democracia representativa que ocorre no país. Por esta razão, as teorias procedimentalistas não combinam com uma Constituição como a brasileira, profundamente substantiva, visando a consagração de valores

⁵³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 24.197/PR. Rel.: Min. Luiz Fux. Julg. 04/05/2010. Informativo 433.

⁵³⁵ COUTO, Cláudio Golçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 107.

⁵³⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145.

materiais⁵³⁷. Frente a esta missão do Judiciário no Direito brasileiro, a tese procedimentalista mostra-se insuficiente para elaborar um projeto democrático substancial, com a finalidade de promover a inclusão social. A fase pós-positivista fez com que a Jurisdição Constitucional deixasse de ser apenas uma forma de defesa formal da Constituição, passando a exercer o papel de instrumento concretizador de direitos, fornecendo meios de interpretação do Direito e critérios para avaliar a atuação do Poder Público⁵³⁸. Acompanhando esta ideologia, a Carta Constitucional de 1988 possui como objetivos centrais a defesa da justiça social mediante a erradicação da pobreza e o combate da desigualdade social, representando o resgate das promessas da modernidade, razão pela qual necessita de um controle judicial substancialista⁵³⁹.

Torna-se ultrapassada a teoria que fundamenta o princípio da separação rígida dos poderes, de modo que a democracia preconizada pela Carta Magna de 1988 não se reduziu à vontade de uma maioria eventual, mas sim, está comprometida com o atendimento dos direitos mínimos de subsistência de todos os cidadãos. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito brasileiro transformou a Jurisdição Constitucional em um espaço em que os cidadãos que foram excluídos do plano de atendimento dos direitos prestacionais básicos, possam obter a realização dos benefícios negados ou prestados de maneira ineficiente. É neste cenário que é permitido aos cidadãos, não aceitando mais a espera pelo atendimento às “promessas” constitucionais e para que possam usufruir de um mínimo de dignidade humana, possam acionar o Judiciário para obter o aperfeiçoamento do sistema de políticas públicas⁵⁴⁰.

Ernst Wolfgang Böckenförde compreende que a decisão majoritária tem seus limites, haja vista que se deve impedir que a regra da maioria se converta em um direito absoluto. É por isso que o princípio da separação dos poderes não

⁵³⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 137.

⁵³⁸ Cf. MAUÉS, Antonio Moreira. Legitimidade da Justiça constitucional: reflexões sobre o caso brasileiro. *In*: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). **Justiça Constitucional e democracia**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 116.

⁵³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito..., p. 190.

⁵⁴⁰ Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional**: entre constitucionalismo e democracia..., p. 149.

consiste somente em uma forma de estabelecer uma organização estatal, mas sim, aperfeiçoar os freios e contrapesos de maneira que se alcance um Estado legitimado e democrático⁵⁴¹. E compreende-se que a regra da maioria não é suficiente para identificar o funcionamento correto do regime democrático, o que permite identificar a Constituição como o meio a serviço do atendimento de todos os cidadãos, a fim de proteger a própria democracia. Isso demonstra que a Jurisdição Constitucional se fortaleceu no momento em que a soberania do legislador foi substituída pela soberania da Constituição, a ponto de não permitir que a vontade da maioria governante se sobreponha à vontade constitucional⁵⁴².

É válida a preocupação de que se devem prestigiar os mecanismos democráticos de formulação das escolhas públicas, devendo ser construídas a partir de ideal de preservação das relações de colaboração social. O que induz ao entendimento de que o Judiciário não possui o papel de substituir, mas sim de induzir o desenvolvimento regular das estruturas institucionais. É necessário compreender que o Estado social promoveu uma reavaliação das relações entre Direito e política e, conseqüentemente do papel da Jurisdição Constitucional de forma a tornar possível a sindicalização das omissões da Administração Pública que violem imposições constitucionais. Nesse sentido, Jorge Reis Novaes compreende que o desenvolvimento da fiscalização de constitucionalidade afirma-se ser o coroamento do Estado de Direito:

A fiscalização judicial ou jurisdicional da constitucionalidade afirma-se, então, progressivamente, como verdadeiro coroamento do Estado de Direito, enquanto mecanismo, por excelência, de compensação das tentações de arbítrio induzidas pelas exigências do novo princípio de socialidade; reconhecendo a soberania na comunidade - e não já no poder legislativo -, o Estado social de Direito assume o carácter de moderno Estado de jurisdição ou de forma mista de Estado legislativo-jurisdicional.⁵⁴³

⁵⁴¹ Cf. BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. *In*: BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang (Org.). **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia...**, p. 123.

⁵⁴² Cf. MAUÉS, Antonio Moreira. Legitimidade da Justiça constitucional: reflexões sobre o caso brasileiro. *In*: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). **Justiça Constitucional e democracia**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 115.

⁵⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito..., p. 220.

Em análise sobre a Constituição Federal brasileira, Wolf Paul escreveu que o “Judiciário, por vontade da constituinte e em virtude da idéia fundadora inerente na nova Constituição, foi instituído como o órgão da democracia, incumbindo-lhe como tal a defesa da ordem jurídica, a guarda da Constituição e, particularmente, a custódia das liberdades e direitos do cidadão”⁵⁴⁴. É por isso que a Jurisdição Constitucional pode ser compreendida como um espaço legítimo de confrontação de ideologias, que estabelece a mediação através de discussão sobre a aplicação de leis, princípios e valores. É com este entendimento que o Judiciário se mostra ser um ambiente propício para o atendimento dos conflitos em uma sociedade pluralista e democrática, conforme defende Gilmar Ferreira Mendes:

Em verdade, a existência dessa instância tem, muitas vezes, uma eficácia prévia ou inibidora, evitando decisões que afetem o consenso constitucional. Mesmo em caso de impossibilidade de configuração imediata desse consenso, a pronta atuação da Corte Constitucional logra limitar e reduzir o âmbito do conflito, afastando a insegurança existente, decidindo o conflito e emprestando novo fundamento à controvérsia. Vê-se, assim, que, enquanto órgão de composição de conflitos políticos, passa a Corte Constitucional a constituir-se em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático.⁵⁴⁵

Neste sentido, sabe-se que em um país com recursos escassos somente por intermédio de uma gestão pública eficiente que poderá alcançar a concretização da melhor forma possível dos direitos prestacionais. A finalidade do controle judicial será de avaliar se as políticas públicas estão pautadas nos fundamentos constitucionais e se atenderam ao princípio da eficiência. É por isso que a Jurisdição Constitucional, segundo Luis Roberto Barroso, é um espaço de legitimação das decisões políticas que coexiste com a legitimação majoritária, servindo-lhe de contraponto e complemento. Explica o autor que a função jurisdicional possui uma função muito importante “em países de redemocratização mais recente, como o Brasil, onde o amadurecimento institucional ainda se encontra em curso,

⁵⁴⁴ PAUL, Wolf. Estabilidade constitucional e reforma do Judiciário. Considerações em defesa da “Constituição coragem”. **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**. São Paulo, n. 20, 1999, p. 61.

⁵⁴⁵ MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30/12/2008.

enfrentando uma tradição de hegemonia do Executivo e uma persistente fragilidade do sistema representativo”⁵⁴⁶.

Supera-se a visão clássica da Constituição como um mero documento de ordenação de competências e regulador de processos, entendendo-a como norma fundamental que também estabelece tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado. E como todo o direito, estas imposições programáticas devem estar suscetíveis de análise judicial para que não corram o risco da ineficácia.

A separação dos poderes não está mais compromissada com a hegemonia do Legislativo, Executivo ou até mesmo do Judiciário. Pelo contrário, através do exercício harmônico e independente, todos os poderes constituídos devem buscar atender suas finalidades, sendo que o Judiciário deverá controlar os excessos ou desvios dos outros poderes. Não aceitar o controle judicial de políticas públicas, em um país com tantos problemas sociais e serviços ineficientes como o Brasil, conduz a ilegitimidade e ineficiência da própria separação dos poderes⁵⁴⁷. Até porque a doutrina mais recente compreende que a separação dos poderes pode ser interpretada em uma dupla dimensão: de um lado a dimensão negativa, na qual possui a função de organizar e controlar o poder; de outro, a dimensão positiva, que assegura a distribuição de responsabilidades tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas⁵⁴⁸.

O Estado Democrático de Direito possui dois pilares de sustentação: a democracia e os direitos fundamentais. A partir de um entendimento de democracia constitucional, exige-se o atendimento dos direitos mínimos dos cidadãos como condição de validade do sistema democrático⁵⁴⁹. A aplicação da regra da maioria no desenvolvimento do regime democrático em sentido absoluto pode ocasionar um risco aos direitos fundamentais, que porventura se choquem com decisões tomadas em foros deliberativos. Não se trata de ignorar a democracia deliberativa ou deixar de incentivá-la, mas sim de ter a possibilidade de corrigi-la, uma vez que democracia

⁵⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. Acesso em: 06/11/2010.

⁵⁴⁷ Cf. ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225.

⁵⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição...**, p. 250.

⁵⁴⁹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte Americana..., p. 31.

não pertence somente ao governo ou a maioria, pressupõe muito mais como garantia dos direitos de todos os indivíduos.

Se por um lado é garantida a discricionariedade ao administrador em formular as políticas públicas, também se deve permitir que o Judiciário, como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, possa conciliar a proteção dos direitos fundamentais e da democracia⁵⁵⁰. Por isso, que o controle judicial, dentro de suas atribuições, não pode ser interpretado como invasão da atividade administrativa, uma vez que não se verifica uma substituição de titularidade, mas sim uma fiscalização e correção dos atos de governo que ofendam os direitos prestacionais.

A legitimação da Jurisdição Constitucional consiste na compreensão da separação de poderes não sob um prisma somente estrutural, mas sim, finalístico, de modo que, segundo compreende Andreas Krell, a partir do momento em que as leis deixam de ser entendidas como programas condicionais e assumem a forma de programas finalísticos, o esquema clássico da separação dos poderes fica desatualizado para a sociedade moderna⁵⁵¹. Situação esta que permite a existência do controle judicial de atos dos outros poderes sempre que um direito fundamental for descumprido, especialmente quando existir uma afronta ao mínimo existencial.

É por meio de uma postura concretista do Judiciário, corrigindo a ineficiência administrativa, que se poderá restaurar os objetivos constitucionais violados pelo exercício irregular da discricionariedade. É nesta linha que Clémerson Merlin Clève defende que é possível em “determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (conseqüente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento)”⁵⁵². Defende-se um caráter concretista, porém responsável, do Judiciário de forma a avaliar a legitimidade das decisões orçamentárias, a fim de garantir aos cidadãos o direito de que os atos

⁵⁵⁰ Cf. MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03/11/2010.

⁵⁵¹ Cf. KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 90.

⁵⁵² CLÉVE, Clémerson Merlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15/07/2008.

administrativos sejam avaliados de acordo com a melhor concepção daquilo que o ordenamento jurídico exige para o caso concreto⁵⁵³.

Em sentido contrário, poder-se-ia argumentar que diante da previsão do parágrafo segundo do artigo 103 da Constituição Federal, “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Com base em interpretação literal deste dispositivo constitucional, poder-se-ia ter a impressão que a decisão judicial estaria limitada ao mero reconhecimento da omissão, sob pena de configurar uma interferência inconstitucional.

Cabe salientar que a tese predominante no Supremo Tribunal Federal com relação as omissões inconstitucionais era a chamada “não concretista”, em que a Judiciário teria a legitimidade de somente reconhecer e declarar a mora do Poder Público (Legislativo ou Executivo), conforme decisão tomada no Mandado de Injunção:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. TAXA DE JUROS REAIS: LIMITE DE 12% AO ANO. ARTIGOS 5º, INCISO LXXI, E 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Estando caracterizada a mora do Poder Legislativo, defere-se, em parte, o Mandado de Injunção, para se determinar ao Congresso Nacional que elabore tal Lei. 3. O deferimento é parcial porque não pode esta Corte impor, em ato próprio, a adoção de tal taxa, nos contratos de interesse dos impetrantes ou de quaisquer outros interessados, que se encontrem na mesma situação.⁵⁵⁴

Entretanto, o preâmbulo da Constituição Federal, que possui a função de orientar a interpretação do texto constitucional, disciplina que o Estado brasileiro está condicionado ao resultado de assegurar o exercício dos direitos sociais e o bem-estar dos cidadãos. Além do dever de o Legislativo e o Executivo estarem orientados a adotar obrigações positivas para a concretização destes objetivos, os magistrados também possuem a função de utilizarem a Jurisdição Constitucional em

⁵⁵³ “Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz”. (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito...**, p. 255).

⁵⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 611/SP. Rel.: Min. Sydney Sanches. Julg. 21/08/2002.

prol da efetividade das normas jurídicas. Frente a omissão inconstitucional, o controle judicial concretista não significa uma interferência do Judiciário, mas sim, seria uma maneira de assegurar a própria soberania constitucional, fazendo valer a força normativa dos seus preceitos.

É verdade que para que uma Constituição dure e seja efetiva, deve impor respeito aos cidadãos, o que demonstra que toda política constitucional repousa não somente em aceitá-la, mas sim, em senti-la e obedecê-la. É por isso que Pablo Lucas Verdú salienta a importância de se levar em conta a manutenção do sentimento constitucional, ou seja, “é a convicção emocional, intimamente vivida por um grupo social, sobre sua crença na justiça e na equidade do ordenamento positivo vigente, que motiva a adesão em relação a este e o rechaço ante sua transgressão”⁵⁵⁵. É evidente que ao impedir que a Jurisdição Constitucional realize o controle das decisões orçamentárias, cria-se um risco de transformar (ou manter) os direitos prestacionais em meras promessas, ocasionando a frustração dos cidadãos que irão presenciar a ineficiência do Estado social. Em outras palavras, enfraquecer o Judiciário seria uma forma de debilitar todo o sistema de controle de legitimidade dos direitos fundamentais e a própria soberania constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes ressalta a importância do Judiciário diante de omissões inconstitucionais, defendendo que enquanto pretendo “legislador negativo, o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de 'legislador positivo'. É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas”⁵⁵⁶.

Foi isso que ocorreu em 2007, quando o Supremo Tribunal Federal, começou a adotar a tese concretista no julgamento do Mandado de Injunção n. 712, no qual se discutia sobre o direito de greve do servidor público. Após exaustivos debates, o Tribunal decidiu suprir a lacuna legislativa e aplicar analogicamente os dispositivos da Lei 7.783/89, conforme ementa abaixo transcrita:

⁵⁵⁵ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassez Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.

⁵⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas notas. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, Ano 1, v. 1, mai. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12/12/2008.

Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. [...] A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. [...]. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.⁵⁵⁷

A partir desta decisão paradigmática, voltou-se a atenção para a questão da omissão inconstitucional, a qual passou a ter novas leituras pelo Judiciário, de modo que o controle judicial não está mais limitado à mera declaração da mora administrativa ou legislativa. O Supremo Tribunal Federal afastou-se da antiga orientação a ponto de permitir que se estabeleça uma solução concretizadora, de modo que a conduta omissiva deve passar pela apreciação judicial, a fim de se garantir a aplicabilidade dos direitos constitucionais. Ou seja, é aceitável a possibilidade, dentro dos limites jurídicos, de suprir esta lacuna para a fim de que os cidadãos possam usufruir o direito fundamental prometido e não concretizado.

Essa idéia foi incorporada em outros julgamentos, como no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12, em que se avaliou a Resolução n. 7 do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu a nomeação de parentes para cargos em comissão ou funções gratificadas no Judiciário.⁵⁵⁸ Além de reconhecer a constitucionalidade da mencionada resolução, o Tribunal também aprovou a Súmula vinculante n. 13⁵⁵⁹, segundo a qual, na ausência de lei específica, foi definido o

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Rel.: Min. Eros Grau. Julg. 25/10/2007.

⁵⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 12-mc, Rel.: Min. Carlos Aires Britto. Julg. 16/02/2006.

⁵⁵⁹ Súmula Vinculante n. 13: "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

conceito de nepotismo. A fundamentação utilizada pelos ministros era de que a proibição do nepotismo na Administração Pública, independente de lei, decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

Em julgamento do Mandado de Injunção n. 670, o Supremo Tribunal Federal novamente se pronunciou que a apreciação de uma omissão inconstitucional não haveria impossibilidade de se proceder uma interpretação ampliativa, pois é dever do intérprete buscar a melhor solução para o caso, o que não configuraria ofensa à opção do constituinte nem a separação dos poderes⁵⁶⁰. Esses entendimentos vem demonstrar que um dos maiores desafios dos operadores do Direito é exatamente de atingir a plena força normativa da Constituição, que ocorrerá somente com a efetividade de suas normas. A idéia é de que a norma constitucional não possui existência autônoma em face da realidade, mas ela somente conservará sua normatividade com a sua concretização fática. Ou seja, “a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”⁵⁶¹. É por isso que se defende com tanta veemência a necessidade de se reunir forças para legitimar uma Jurisdição Constitucional forte no sentido de protetora e, também concretizadora dos direitos prestacionais. Esse foi o argumento utilizado pelo ministro Celso de Mello no julgamento do Recurso Extraordinário n. 482.611/SC:

É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e

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”.

⁵⁶⁰ “[...] o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; v) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções “normativas” para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5o, XXXV).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 670/ES. Rel.: Min. Mauricio Correa. Julg. 25/10/2007).

⁵⁶¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 16.

desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.⁵⁶²

Ao invés de apenas definir a democracia como o governo do povo e o constitucionalismo enquanto a limitação do exercício do poder é preciso compreendê-los como valores complementares, de modo que cada um legitima a função do outro. Com base no raciocínio de Michele Carducci, seria o momento de se pensar em um Direito constitucional altruísta, capaz de compreender a “democracia como novo princípio destinado a garantir a dignidade humana no pluralismo”⁵⁶³.

Em face de determinação constitucional, o Executivo está comprometido a aplicar os direitos prestacionais de maneira progressiva, ao mesmo tempo, e por questões lógicas, sujeito à proibição de praticar atos que ocasionem retrocesso (cláusula de proibição de retrocesso). É nesse cenário que os poderes constituídos, inclusive o Judiciário, devem ter a função transformadora da realidade jurídica, sendo que a jurisdição constitucional está vinculada à finalidade de garantir a maior efetividade possível dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que o atendimento substancial aos direitos fundamentais dos cidadãos se apresenta como uma condição da democracia, o que demonstra que o controle judicial acerca da conformação da atuação administrativa aos preceitos constitucionais não representa a usurpação de competências. Ao contrário, o juiz, ao suprir a omissão inconstitucional e determinar a obediência ao direito prestacional, defende a supremacia e efetividade da Constituição, o que não configura ofensa à separação dos poderes. Pois, como bem lembra Octavio Campos Fischer, não prevalece o entendimento de que a separação dos poderes impede o Judiciário de controlar a omissão dos outros poderes constituídos, uma vez que este princípio deve servir a Constituição e aos direitos fundamentais e não ser um fim em si mesmo⁵⁶⁴.

⁵⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 482.611/SC. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 23/03/2010.

⁵⁶³ CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional altruísta**. Trad. Sandra Regina Martini Vial; Patrick Lucca da Rosa; Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 59.

⁵⁶⁴ FISCHER, Octavio Campos. Arguição de Descumprimento Fundamental no Direito Tributário. In: FISCHER, Octavio Campos. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 280-281.

Portanto, a legitimidade do controle judicial da eficiência administrativa se encontra na própria desobediência do Executivo ao não implementar os direitos prestacionais. Neste caso, há a possibilidade que o Judiciário, através do exercício do “*checks and balances*”, corrigir a prestação dos serviços sociais básicos por meio da concretização judicial do direito prestacional previsto e não implementado.

3.2.2 A superação do problema da insindicabilidade de escolhas técnicas

As políticas públicas são entendidas como programas governamentais destinados a planejar a realização de objetivos determinados, apresentando-se como instrumento adequado para a implementação dos direitos prestacionais. O gestor público possuirá, em regra, a discricionariedade de definir a conduta a ser praticada para atingir a finalidade pública, ou seja, terá a atribuição de alocar os recursos públicos conforme a necessidade social. É por isso que, seguindo critérios de oportunidade e conveniência, o administrador terá a prerrogativa de tomar decisões sobre as finanças públicas de forma a procurar atender toda a coletividade de maneira universal e igualitária.

A leitura do art. 165 da Constituição Federal demonstra ser atribuição do Executivo o encargo de elaborar o orçamento público. Tendo em vista que não existem recursos suficientes para atender todas as necessidades sociais de forma imediata, inevitavelmente haverá “escolhas trágicas”, através das quais a Administração Pública adotará critérios em que optará por quem atender naquele determinado momento⁵⁶⁵.

O grande dilema a respeito da legitimidade do controle judicial de políticas públicas é de como conciliar o regime democrático brasileiro e o papel da Jurisdição Constitucional definida pela Constituição Federal de 1988, principalmente quando se analisa as decisões administrativas impregnadas de um grau alto de complexidade técnica. Diante de um orçamento público limitado, salvo vinculações obrigatórias, será preciso priorizar e escolher em que gastar e como gastar. Estas escolhas decorrem de um planejamento administrativo, o que segundo Marçal Justen Filho, é possível que em algumas situações o administrador público tenha utilizado

⁵⁶⁵ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas..., p. 84.

conhecimentos técnicos-científicos complexos para justificar as escolhas orçamentárias⁵⁶⁶. Um exemplo disso são questões das provas de concurso público, sendo que o mérito da correção é insidicável por estar sujeito ao entendimento técnico da banca examinadora⁵⁶⁷.

Note-se que o orçamento público possui a tarefa de concretizar e de harmonizar as decisões políticas, conferindo uma visão de conjunto dos atos das autoridades públicas. Neste sentido, Emerson Garcia compreende que sendo atribuído ao Executivo o encargo de elaborar a lei orçamentária e ao Legislativo avaliá-lo, não está o Judiciário legitimado para realizar a revisão das escolhas orçamentárias por extrapolar seus limites funcionais:

Contrariamente ao que se verifica em relação aos direitos negativos, é complexa a efetivação das decisões que imponham um atuar positivo, especialmente por serem os recursos públicos sabidamente limitados, por caber ao legislador a escolha dos projetos prioritários e pelo risco de os tribunais se tornarem administradores, adotando decisões burocráticas para as quais não estariam devidamente estruturados.⁵⁶⁸

Na opinião de Gustavo Amaral nenhum direito que pressupõe um gasto financeiro pode ser garantido unilateralmente pelo Judiciário sem considerar o impacto orçamentário. Isto, porque não existe um critério único que possa ser empregado para as decisões orçamentárias, o que demonstra ser nitidamente discricionárias e políticas, sendo que neste caso, não poderá o Judiciário alterar o que foi decidido com base em planejamentos e estudos⁵⁶⁹.

Como se pode perceber, a alocação dos recursos públicos é feita pelo Executivo e Legislativo, sendo que as críticas acima apontadas é no sentido de que

⁵⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 164.

⁵⁶⁷ “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. QUESTÕES OBJETIVAS. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO À BANCA EXAMINADORA. LIMITE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. Ainda que a Corte a quo tenha concordado com a anulação de uma das questões apontadas, não socorre à recorrente o direito de que o Poder Judiciário, atuando em verdadeira substituição à banca examinadora, aprecie critérios na formulação de questões, correção de provas e outros, muito menos a pretexto de anular questões. Precedentes. Recurso desprovido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 15.666/RS. 5ª Turma. Rel.: Min. José Arnaldo da Fonseca. Julg. 06/04/2004. DJ 10/05/2004).

⁵⁶⁸ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. Coimbra, XLVI, n. 2, 2007, p. 991.

⁵⁶⁹ Cf. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas..., p. 206.

o Judiciário não possui instrumentos adequados para solucionar problemas de escolhas técnicas, como ocorre no campo das políticas públicas⁵⁷⁰. Em outras palavras, existem empecilhos funcionais que impedem os magistrados de avaliarem corretamente a dinâmica de ações administrativas, pois não estarão aptos a analisarem a pluralidade de opções alocativas existentes. Em análise interessante, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 813.408/RS, entendeu não possuir condições para avaliar em nível macro as condições financeiro-econômicas estatais para viabilizar tal e qual política de assistência.

A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública sujeita-se ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas. É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a competente secretaria estadual forneça pontualmente moradia e alimentação (forçar que o órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável: a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo estado para viabilizar tal e qual política de assistência. Contudo, a simples inexistência de previsão legal para conversão de auxílios que deveriam ser fornecidos in natura em pecúnia não é suficiente para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/1988) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada.⁵⁷¹

O controle externo do orçamento público é realizado tipicamente pelo Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas, nos termos do art. 70 da Constituição Federal. Neste controle, o projeto de lei orçamentária, elaborado pelo chefe do Executivo, submete-se a um duplo julgamento: um político perante o Legislativo e outro técnico perante a Corte de Contas. Sem dúvida que tanto o controle social, quanto o institucional realizado pelo Legislativo (junto com o Tribunal de Contas) são instrumentos importantes para avaliarem o cumprimento dos preceitos fundamentais.

O grande impasse nesta seara é de que o Judiciário não teria condições técnicas de avaliar por meio de demandas individuais a realidade estatal no estágio global. O receio é de que com a análise das demandas judiciais, estar-se-ia

⁵⁷⁰ Cf. BUCCI, Ana Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 266.

⁵⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 813.408/RS. Rel.: Min. Campbell Marques. Julg. 02/06/2009.

promovendo a substituição de uma macro-justiça, compreendida como o plano de atendimentos das demandas sociais, por uma espécie de micro-justiça, vista pelo Judiciário, através de demandas individuais. Nestes termos, José Reinaldo de Lima Lopes entende que o Judiciário estaria violando o direito à isonomia, na medida em que esse direito não poderá ser estendido às outras pessoas em razão de limitação orçamentária⁵⁷².

Por outro lado, tem-se que levar em conta, segundo visão de Roberto Gargarella, que os juízes se encontram institucionalmente em um lugar privilegiado, onde se permite receber as reclamações daqueles cidadãos que tenham sido tratados indevidamente pelo sistema democrático. Com isso, argumenta o autor que “os juízes não se encontram apenas institucionalmente bem situados para enriquecer o processo deliberativo e ajudá-lo a corrigir algumas de suas indevidas parcialidades. Os juízes possuem, além disso, diversas ferramentas que facilitam sua tarefa a respeito do tema”⁵⁷³, isto é, exercer seu verdadeiro papel dentro do atual constitucionalismo.

Não se pode aceitar uma macro-justiça sem o atendimento das micro-justiças, isto é, a macro justiça não está desvinculada da realidade social e não pode ser interpretada como um elemento abstrato, o que demonstra que a sua existência está condicionada a observação dos preceitos da dignidade da pessoa humana⁵⁷⁴. Em outras palavras, o atendimento aos direitos fundamentais se tornam pressupostos de validade da macro-justiça. Neste sentido Ana Paula Barcellos entende que o Estado está obrigado a atender os direitos prestacionais de modo geral e impessoal. Porém, é perfeitamente possível impor-lhe o cumprimento no contexto de seu planejamento por meio do controle de constitucionalidade de suas metas⁵⁷⁵. Isso significa que o controle judicial das escolhas orçamentárias não

⁵⁷² Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível...**, p. 192.

⁵⁷³ GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie...**, p. 218-219.

⁵⁷⁴ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. 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 (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível...**, p. 139.

⁵⁷⁵ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*:

representará a modificação da titularidade do planejamento, apenas se realizará um controle jurídico de situações específicas à vista de obter um resultado eficiente e, assim evitar ofensa a ordem constitucional.

A atuação do Judiciário não interfere efetivamente na questão política de distribuição de recursos, mas sim concretiza direitos prestacionais dentro de uma política já aprovada. Ou seja, a decisão judicial corrige a inércia do Executivo, implementando um direito previsto constitucionalmente, de modo que “a intervenção judicial parte de uma decisão majoritária incompleta e pode até deflagrar um debate majoritário em bases mais concretas, e já informado por certos parâmetros jurídicos”⁵⁷⁶. Cabe notar que toda política pública esta diretamente ligada aos princípios constitucionais da Administração Pública, sendo que os programas e planos devem estar em consonância com o princípio da eficiência. O dever de boa administração pública impõe ao Estado o encargo de atender adequadamente o interesse público, através dos melhores meios disponíveis e aplicando as melhores técnicas possíveis para a concretização dos direitos constitucionais. Isso significa que todos os poderes constituídos estão vinculados, política e juridicamente, à satisfação, não parcial, mas plenamente, dos interesses da coletividade.

A partir deste raciocínio, é oportuna a compreensão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto quando leciona a respeito dos limites da oportunidade e da conveniência na discricionariedade, demonstrando existir pressupostos de validade dessa técnica administrativa. Dentre as limitações elencadas pelo autor, se destacam a razoabilidade e a eficiência como condições para o exercício regular da discricionariedade⁵⁷⁷. A violação destes pressupostos terá o condão de viciar a decisão administrativa de grave inconveniente, por configurar um vício de finalidade. Note-se que o controle judicial vai recair sobre a validade da decisão orçamentária, não comprometendo a titularidade e a competência do gestor público. Até porque, “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível...**, p. 139.

⁵⁷⁶ Cf. MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direito sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie...**, p. 278.*

⁵⁷⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade...**, p. 71.

capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”⁵⁷⁸, ainda mais quando se está em jogo a concretização dos direitos prestacionais ligados ao mínimo existencial.

Na doutrina alemã, Hartmut Maurer defende que o uso defeituoso do poder discricionário ocorre quando a autoridade pública não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade da prescrição legal, ou seja, “quando ela não observa as concepções de objetivos legais ou quando ela, para o exercício do poder discricionário, não inclui suficientemente em suas considerações pontos de vista determinantes”⁵⁷⁹. Há fundamento para se defender que o controle judicial tem legitimidade em averiguar se as condições do exercício discricionário estão presentes. Não se trata de substituir a opção administrativa pela solução judicial, mas sim, de aplicar a integridade do direito violado através de uma solução adequada para o caso concreto.

Neste caso a eficiência não se confundirá com a razoabilidade, mas sim a complementarará, de modo que não basta escolher meios adequados para promover seus fins (congruência lógica), isto é, a coerência entre causa e efeito. Há um dever de que haja satisfatoriamente a promoção dos fins atribuídos ao Executivo mediante a entrega da solução adequada para aquela determinada situação. Em outras palavras, esta é a razão pela qual a “Administração está obrigada a envidar todos os esforços para que a escolha dos meios seja a que melhores resultados produza em termos de atendimento do interesse público específico”⁵⁸⁰. Nesse sentido, José Augusto Delgado assevera:

Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É do seu dever adotar a melhor. Se não fizer, em face de como posto na Constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que pode jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, refazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de melhor administrar.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial...**, p. 32.

⁵⁷⁹ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo geral**. Trad. Luis Afonso Hack. Barueri: Manole, 2006, p. 350.

⁵⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade...**, p. 76-77.

⁵⁸¹ DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e Constituição Federal de 1988. **Revista trimestral de Direito público**. São Paulo, n. 1, 1993, p. 214-215.

O controle judicial permite que haja, diante de uma ineficiência ou situação desarrazoável, uma correção a fim de que seja respeitada a melhor solução possível para determinada circunstância fática. Nesse sentido, é preciso que se compreenda que a existência de várias soluções possíveis para o caso concreto não habilita uma liberdade para que o Executivo escolha indiferentemente qualquer uma delas e maquie a fundamentação por técnicas e estudos complexos. Ao contrário, significa que algumas soluções são adequadas para determinados casos e outras adequadas para outros casos⁵⁸².

Na seara de implementação de políticas públicas é exigido um juízo de prognóstico por parte da Administração Pública, isto é, um juízo de probabilidade razoável e possível das medidas a serem adotadas. Entende Kaline Ferreira Davi que não seria possível exigir uma certeza absoluta do administrador público, mas sim a obediência a um procedimento que garanta que todos os elementos identificadores do caso concreto foram analisados adequadamente. Na ótica da autora, é necessário que a escolha discricionária tenha analisado as seguintes situações: a) se a autoridade considerou todos os aspectos que influenciavam na decisão; b) a plausibilidade, a racionalidade e a consensualidade da prognose; c) a observância dos valores constitucionais⁵⁸³. Isso permite compreender que, por exemplo, quando o art. 196 da Carta Constitucional dispõe que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”, apesar da norma não identificar exatamente qual é a conduta correta para atender a este direito, ela impõe o dever de buscar o melhor caminho disponível para atendimento do direito à saúde. Ao mesmo momento que é permitido ao gestor público, discricionariamente, escolher os meios disponíveis e adequados para alcançar a finalidade constitucional, não garante o direito de utilizar a função pública como álibi para evitar o controle judicial sobre a ineficiência de suas atividades. Por isso, a escolha adequada e a eficiência que se espera na aplicação dos recursos públicos, destinados as finalidades da atividade administrativa, podem ser compreendidas

⁵⁸² Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial...**, p. 37.

⁵⁸³ Cf. DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 142.

como um “resultado esperado das políticas públicas”, conforme defende Ana Paula Barcellos:

Tais políticas, portanto, não constituem um fim em si mesmo e, mais que isso, a escolha dos fins que elas devem alcançar não está inteiramente à disposição dos Poderes Executivo e Legislativo. Na realidade, as políticas públicas deverão necessariamente produzir um resultado: o oferecimento, à população, de determinados bens ou serviços, que vão dar conteúdo, então, ao que se referiu acima como resultado esperado das políticas públicas.⁵⁸⁴

De acordo com esta perspectiva, as escolhas orçamentárias não estão à disposição do Executivo e Legislativo, mas sim, deverão obedecer as disposições normativas da carta constitucional, bem como, deve-se levar em conta as necessidades fáticas da realidade social para compreender qual é resultado esperado das políticas públicas.

Se fosse demonstrar graficamente este entendimento seria como se existisse uma área definida como a discricionariedade administrativa, em que agindo além dela haverá configurado abuso de poder. Agindo aquém, isto é, desatendido os pressupostos da oportunidade e conveniência (em especial a razoabilidade e eficiência), haverá um comportamento (ação ou omissão) inconstitucional. Assim poderá ser demonstrado:



Tal caminho põe em destaque que poderá haver o vício da discricionariedade por agir de maneira excessiva ou abusiva, como também poderá ocorrer um vício pelo seu exercício insuficiente, hipótese que o agente deixa de

⁵⁸⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. 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 (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível...**, p. 129.

exercer a escolha administrativa ou a exerce de maneira ineficiente⁵⁸⁵. É com este panorama que a Jurisdição Constitucional se afirma como importante instrumento no controle externo da Administração Pública, pois é através dela que há um caminho de se obter o integral e eficiente cumprimento dos direitos previstos na Constituição.

Do ponto de vista de Fabricio Motta a necessária observação dos princípios constitucionais consagrados no ordenamento acarretou consideráveis mudanças na concepção tradicional de discricionariedade. Atualmente não se aceita que seja totalmente livre o exercício da conveniência e oportunidade na função administrativa⁵⁸⁶. E a partir desta concepção, a avaliação das decisões administrativas que definem políticas públicas está dentro das atribuições do Judiciário, inclusive como forma de garantir a qualidade das atividades estatais. Tendo em vista que o princípio da eficiência não pode ser aplicado de forma isolada, devendo ser interpretado dentro do contexto do ordenamento jurídico, em conexão com os outros princípios⁵⁸⁷, o que demonstra ser o controle judicial um mecanismo adequado para fornecer a interpretação correta da Constituição.

A exemplo disso, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1698/DF foi apontada a inércia do Poder Público federal em implementar políticas públicas no combate ao analfabetismo, em afronta ao direito social da educação. O Supremo Tribunal Federal, após avaliar o conjunto fático e jurídico que envolvia o caso, julgou não ter constatada inércia do Poder Público, de modo a se lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por ele adotada. Entendeu-se, neste julgamento, que o Brasil tem ainda, de fato, muito a fazer em termos de compromisso constitucionalmente imposto de erradicar o analfabetismo, mas que pelas políticas públicas realizadas não se constatou situação que se enquadre como omissão inconstitucional, conforme acórdão *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6º, 23, INC. V, 208, INC. I, e 214, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA

⁵⁸⁵ Cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública...**, p. 27.

⁵⁸⁶ Cf. MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública...**, p. 228-229.

⁵⁸⁷ Cf. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 97. Também acompanha este raciocínio: FISCHER, Octavio Campos. O princípio da eficiência e a tributação do Brasil. *In*. MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264.

ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei n. 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei n. 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente.⁵⁸⁸

O princípio fundamental da boa administração vincula a Administração Pública a agir, não pelo excesso e não pela omissão, mas pelo desempenho de suas funções de maneira exemplar e com observação dos princípios constitucionais⁵⁸⁹. Por conseguinte, o controle judicial da gestão pública está autorizado a analisar o alcance dos patamares constitucionalmente estabelecidos para garantia dos direitos fundamentais, sem que isso se caracterize como quebra da separação dos poderes.

Não poderia ser outro entendimento, em razão de expressa disposição constitucional, onde é garantido ao cidadão o direito de proteção jurisdicional, sendo que o art. 5º XXXV determina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, denominado de princípio da universalização da jurisdição. Isso significa que é defeso ao Estado praticar condutas que venham a impedir ou restringir o acesso do cidadão à proteção jurisdicional, tendo o dever de ampliar o acesso de todos os cidadãos ao Judiciário. Neste caso, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a reserva de jurisdição funciona como limite para os atos legislativos e administrativos, de modo que não é admissível que os poderes constituídos invadam a área de atuação do Judiciário⁵⁹⁰. Assim, os juízes, quando acionados, diante de lesão ou simples ameaça a um direito tem o dever de julgarem o caso apresentado e tomarem medidas necessárias para resguardar a segurança jurídica.

⁵⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn n. 1.698/DF. Rel.: Min^a. Carmém Lúcia Antunes Rocha. Julg. 25/02/2010.

⁵⁸⁹ Cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública...**, p. 35.

⁵⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 64.

A importância do princípio da universalização da jurisdição é mais evidente diante de circunstâncias que envolvam a discussão sobre direitos fundamentais, pois diante de ofensa é imprescindível a interferência jurisdicional. Ficou mais do que reconhecido ser um mecanismo adequado à proteção das minorias, cujos direitos fundamentais são considerados como condições de convivência democrática.

No caso do administrador público desrespeitar os pressupostos constitucionais da discricionariedade é possível este vício ser detectado pelo Legislativo ou Tribunal de Contas. Mas, também não se pode negar que haja a possibilidade do Judiciário realizar o controle e a correção do ato que esteja em contradição com os mandados impositivos da Carta Constitucional. É por isso que, segundo escreveu Lúcia Valle Figueiredo, o controle jurisdicional é elemento essencial à democracia e ao Estado de Direito, como garante das liberdades democráticas, e mais:

Por isso mesmo não se pode furtar o Judiciário ao controle se provocado. [...] É claro que não se pretende que o Judiciário se substitua ao Poder Executivo, ou melhor dizendo, às competências administrativas, fazendo as opções de oportunidade e conveniência para o momento, opções estas, que, sem dúvida, pertencem à administração. Entretanto, pretende-se - isso sim - que o Judiciário gize adequadamente qual o limite em que se deverá confinar a discricionariedade do administrador, que não é como tão bem afirma Caio Tácito um "cheque em branco."⁵⁹¹

A finalidade do controle judicial é de verificar se foram atingidos os resultados esperados das políticas públicas, ou seja, se houve o cumprimento do princípio da eficiência e razoabilidade na aplicação dos recursos públicos destinados a concretização dos direitos prestacionais. A eficiência, em especial, está relacionado a otimização e qualidade da implementação das políticas públicas, que deverão ser observados pelo Judiciário no momento do controle da decisão orçamentária. Isso significa que o gestor público não só possui o encargo de agir, mas de agir eficientemente com vistas a atingir o resultado adequado.

A lógica que se defende é de quanto mais essencial for o direito em relação a preservação do mínimo existencial, mais evidente estará a necessidade da

⁵⁹¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. 1, n. 2, mai. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20/11/2010.

intervenção judicial para garantir a dignidade da pessoa humana. Até porque, conforme defende Hartmut Maurer, a “supressão ou limitação do controle judicial exatamente com vistas aos conceitos jurídicos indeterminados é, sobretudo, problemática, porque exatamente neles – justamente por causa de sua indeterminação – uma revisão judicial é especialmente imperiosa, particularmente quando se trata de limitação de direitos fundamentais”⁵⁹².

Os direitos fundamentais devem ser interpretados como baliza e referencial do Poder Público, o que fundamenta uma vinculação da atividade administrativa ao atendimento destes preceitos constitucionais⁵⁹³. Assim, deve-se reconhecer que a Administração Pública apesar de ser um poder constituído autônomo está vinculada à lei e à Constituição, o que permite que haja o controle judicial diante de ofensa aos direitos dos cidadãos⁵⁹⁴.

Em respeito à ordem constitucional, a função da Jurisdição Constitucional é de garantir os direitos prestacionais diante de omissão inconstitucional da Administração Pública. Neste caso, a atuação judicial não comprometerá o plano das decisões administrativas no âmbito orçamentário, na medida em que o controle analisará os pressupostos de validade do poder discricionário.

3.2.3 Da necessária identificação do mínimo existencial dos direitos prestacionais: a desmistificação da dignidade da pessoa humana

3.2.3.1 O direito subjetivo ao mínimo existencial como limite ao controle jurisdicional das escolhas orçamentárias

A consolidação do constitucionalismo democrático provocou um significativo impacto na figura do Estado perante a sociedade, o que propiciou a existência de valiosas reflexões quanto ao verdadeiro papel do Direito na sociedade atual, a recepção de valores sociais na interpretação constitucional, a promoção dos direitos

⁵⁹² MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo geral...**, p. 169.

⁵⁹³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 343.

⁵⁹⁴ MAURER, Hartmut. *Op. cit.*, p. 168-169.

fundamentais, etc. Neste passo, o Estado Democrático de Direito assumiu a posição de garante acerca do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana⁵⁹⁵.

A ordem constitucional brasileira de 1988, após longos anos de ditadura militar, consagrou expressamente a proteção da dignidade da pessoa humana, positivado-a como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Isso mostra que o Estado brasileiro não somente defende a igualdade entre os cidadãos, como também impôs metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, inserindo o respeito à dignidade humana como condição do desenvolvimento nacional.

O problema se concentra na dificuldade de interpretar o princípio da dignidade em razão de sua indeterminação terminológica, bem como devido sua variabilidade histórico-cultural que vem se alternando no decorrer do tempo. Tendo em vista não existir meios para se graduar com exatidão o mínimo e o máximo existencial, situação que pode ameaçar o respeito que deve existir a este postulado constitucional. Devido esta indeterminação várias decisões judiciais foram proferidas em situações no mínimo questionáveis, como, por exemplo, caso em que o Tribunal de Justiça de Pernambuco determinou que o Poder Público fosse o responsável pelo fornecimento de Viagra (Sildenafil 50mg) para um cidadão. A justiça estadual interpretou que esse medicamento teria a finalidade de devolver o mínimo de dignidade do indivíduo⁵⁹⁶.

Apesar do texto constitucional não conceituar expressamente a dignidade da pessoa humana, isso não impede de se identificar, numa coerência lógica, que “será desumano, isto é, contrário à dignidade da pessoa humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto”⁵⁹⁷. É nesse sentido que Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida como:

⁵⁹⁵ Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para um existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 115.

⁵⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Pernambuco. MS. 111.673-2. Rel.: Des. Jovaldo Nunes Gomes. Julg. 04/07/2007. Semelhante decisão: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ap. 0000798-49/2008. Rel.: Des^a. Marilene Melo Alves. Julg. 14/07/2010.

⁵⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁹⁸

No sistema constitucional brasileiro os direitos fundamentais podem ser exercidos de duas formas: através de um aspecto negativo, em se evitar agressões às liberdades e, também por meio de um aspecto positivo, no qual o Estado deverá promover ações concretas que irão criar condições efetivas de vida digna. Quanto aos direitos prestacionais, deve-se evitar a ingenuidade a ponto de não se levar em consideração as condições financeiras do ente federativo para concretizar a dignidade humana. A partir desta premissa, Eros Roberto Grau tem a opinião de que mesmo diante de uma decisão judicial que determine a realização da despesa pública, se não existir autorização orçamentária, o ente público não estará obrigado a assumir essa obrigação, tendo em vista ter ocorrido o efeito chamado de “exaustão orçamentária”. Em outras palavras, a existência de recursos nos termos das regras e princípios orçamentários são condições para que a Administração Pública possa assumir obrigações que gerem despesas públicas, ainda que originárias de decisões judiciais⁵⁹⁹.

Em sentido contrário, Octavio Campos Fischer define que a legalidade financeira, esculpida nos artigos 166 e 169 da Constituição Federal de 1988, é direcionada às despesas públicas que se originam da vontade do gestor público e não que advenham de ordem judicial. Assim define o autor: “mas não há a incidência de tal norma quando a realização de despesa ou o nascimento de uma obrigação decorre, não da vontade da Administração, mas sim de uma decisão judicial”⁶⁰⁰. Até porque não há como haver previsibilidade exata que as despesas originárias de

⁵⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 60.

⁵⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 2, 1993, p. 144.

⁶⁰⁰ Cf. FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro...**, p. 25.

ações judiciais possam gerar ao erário público no exercício financeiro seguinte à elaboração da lei orçamentária.

Não parece razoável permitir que a Administração Pública deixe de cumprir decisões judiciais, tomando como argumento somente a ofensa a legalidade financeira, isto é, a ausência de previsão orçamentária da despesa. Apesar da limitação financeira ser um obstáculo à execução das atividades estatais, ela não se confunde com a essência do direito constitucional, isto é, não é elemento integrante dos direitos fundamentais⁶⁰¹. Por isso, não é permitido à Administração Pública invocar a reserva do possível como defesa com a finalidade de exonerar-se do cumprimento dos direitos indispensáveis à conservação das condições mínimas de dignidade da pessoa humana. Esse foi o entendimento tomado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 45:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁶⁰²

O debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial é legítimo, ainda mais quando se trata de um país que de um lado possui um número infinito de encargos sociais e, de outro, um orçamento limitado. Em algumas situações é possível haver restrições à aplicação dos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo é necessário reconhecer a limitação destas restrições. Ou seja, não é aceitável que a restrição de um direito fundamental seja feita a ponto de extingui-lo, tendo em vista que deverá se preservar o conteúdo nuclear do direito restringido⁶⁰³.

Ainda que se reconheça a possibilidade de haver deficiências na seara de direitos prestacionais devido a limitações orçamentárias, há um dever implícito do Poder Público garantir a implementação dos direitos básicos dos indivíduos. É por intermédio da elaboração destas políticas públicas mínimas que permitirá que as

⁶⁰¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível...**, p. 30.

⁶⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 29/04/2004.

⁶⁰³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 633.

classes marginalizadas tenham condições de atingir níveis mais dignos de sobrevivência. Não obstante a Carta Constitucional de 1988 não contemplar expressamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais, afigura-se evidente que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte⁶⁰⁴.

Mesmo diante da indeterminação conceitual no texto constitucional, o direito ao mínimo existencial surge dentro da concepção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social⁶⁰⁵. Se identifica como o dever de cumprimento de um mínimo dos direitos fundamentais, isto é, compreende-se “daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado”, referindo-se a finalidade do Estado de garantir uma vida digna a todos os indivíduos. Há autores, como Maria Celina Bodin de Moraes, que interpretam a solidariedade como um corolário da dignidade da pessoa humana⁶⁰⁶. A própria essência do Estado Democrático de Direito é de consagrar, de um lado a liberdade individual e a autonomia de vontade e, de outro, implementar “os deveres fundamentais que postulam a intervenção do Estado para corrigir desigualdades e produzir uma sociedade solidária, no sentido de direcionar forças, energias e recursos para a superação de hipossuficiências”⁶⁰⁷.

O que se procura mostrar é que a solidariedade, enquanto norma jurídica, impõe a consagração de tarefas constitucionais mediante o esforço de todos na satisfação das necessidades básicas dos cidadãos menos favorecidos. Isso equivale afirmar que pela própria qualidade de ser humano o cidadão possui a pretensão de ser colocado em condição idônea para exercer suas aptidões individuais. É nesse sentido que Ingo Wolfgang Sarlet define que o mínimo existencial vai além de uma mera sobrevivência física, não se contentando a evitar somente a pobreza absoluta. Argumenta o autor que “se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. Curitiba, v. 7, n. 7, jan./dez. 2007, p. 68-69.

⁶⁰⁵ Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para um existência digna...**, p. 166.

⁶⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana...**, p. 109.

⁶⁰⁷ Cf. BITENCOURT NETO, Eurico. *Op.cit.*, p. 111.

⁶⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 311.

De forma a salientar a importância da garantia de uma vida digna, Michele Carducci defende que o atendimento às condições mínimas do indivíduo é uma condição ao exercício do direito fundamental da liberdade⁶⁰⁹. Entende o autor que muitas das privações da liberdade não ocorrem com a interferência direta de outros indivíduos no plano de vida:

“é suficiente pensar aos casos exemplares de fome e miséria que afligem inteiras populações do planeta. Aqui estamos diante de indivíduos e povos despojados do direito de ter direitos, ou seja, privados de qualquer capacidade de agir, reduzidos completamente à impotência em relação às reais possibilidades de ação, e com os quais nem a sociedade (na qual vivem) nem o Estado (do qual depende), nem o sistema internacional assumem a responsabilidade de garantir aquela liberdade positiva fundamental que é a capacidade de sobreviver, condição básica para que eles sejam protegidos da interferência e do arbítrio de outrem”.⁶¹⁰

O Estado constitucional encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana, no qual o mínimo existencial corresponde às condições elementares que permitem a determinada sociedade atingir níveis mínimos civilizatórios e de participação no processo político. Cabe a todos os poderes constituídos o dever de garantir a maior extensão possível dos direitos fundamentais, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos⁶¹¹. Ao momento que se constate que “determinadas condições – que compõem esse mínimo – são desrespeitadas, há consenso de que o princípio foi violado”⁶¹².

É evidente que a proteção à dignidade da pessoa humana não ocorre exclusivamente por meio da garantia ao mínimo existencial, mas o seu respeito é a condição mínima para que o indivíduo consiga exercer sua liberdade. Em outras palavras, “manter uma existência digna é dar condições para que o ser humano não

⁶⁰⁹ Cf. CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional altruísta**. Trad. Sandra Regina Martini Vial; Patrick Lucca da Ros; Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 56.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 5.

⁶¹¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <www.pfdc.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em: 20/11/2010.

⁶¹² BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrada. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 808.

perca tal capacidade de autodeterminação e de ser sujeito, não sendo comparado a simples objeto da ação do Estado ou de terceiros”⁶¹³.

Assim, o mínimo existencial não é um direito fundamental autônomo, mas um regime de eficácia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Isto pode servir de base para compreender que apesar do direito a educação ser considerado um direito fundamental de inquestionável relevância, não significa que necessariamente a pós-graduação (mestrado e doutorado) seja um mínimo existencial. O núcleo essencial do direito é aquela parte do direito fundamental que jamais pode ser suprimida, sob pena de desaparecer o próprio postulado constitucional.

Em países entendidos como periféricos onde a situação econômica ocasiona desigualdades sociais, há respaldo para defender com ainda mais veemência o mínimo existencial. Apesar das escolhas no âmbito de políticas públicas dependerem de opções políticas, cumpre reconhecer que elas não são absolutas. Quando o Executivo agir de modo irrazoável, comprometendo a eficácia do “núcleo intangível” de um direito fundamental, autoriza o controle judicial sobre a decisão administrativa.

Ao se avaliar o caso concreto que envolve a discussão dos direitos prestacionais, torna-se necessário proteger o núcleo essencial destes direitos, isto é, evitar o esvaziamento do mínimo existencial. Convém notar que “as condições necessárias à existência digna variam de acordo com o tempo e o espaço, o desenvolvimento econômico, social e cultural de cada sociedade”⁶¹⁴. Para que o conteúdo essencial de um direito fundamental seja definido é preciso identificar o seu significado perante a realidade social. Apesar de entender que o conteúdo essencial seja absoluto no sentido de servir de barreira intransponível do Poder Público, também será relativo, ao estar sujeito a adaptação da realidade social, conforme defende Virgílio Afonso da Silva:

Dinâmico e absoluto é o conteúdo essencial de um direito fundamental quando, embora constitua uma área intransponível em qualquer situação seu conteúdo pode ser modificado com a passagem do tempo. A

⁶¹³ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para um existência digna...**, p. 118.

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 119.

característica “absoluta” do conteúdo essencial não significa nem exige, portanto, imutabilidade.⁶¹⁵

Assim, compreende-se que os direitos fundamentais devem ser dinâmicos, a fim de se adaptar as situações de mutação social. Ou seja, “o conteúdo do direito ao mínimo para uma existência digna será fixado em função das necessidades que se identifiquem para que se mantenha o respeito pela dignidade da pessoa, pode ser definido parâmetros na realidade constitucional para tanto”⁶¹⁶.

É possível identificar o conteúdo do mínimo existencial por meio das diretrizes constitucionais conjugadas com as necessidades concretas do padrão de vida da sociedade. Ao se analisar o direito fundamental à privacidade é evidente a mutação que tal preceito constitucional sofreu em decorrência do desenvolvimento tecnológico. Nos dias atuais, na prática de atividades corriqueiras, como fazer compras ou estabelecer relacionamentos pela internet, mesmo sem previsão do constituinte, é possível que ocorra uma ofensa a um direito de privacidade. Nesse sentido, é evidente que o núcleo essencial dos direitos fundamentais também vem se modificando no decorrer do tempo, devido às novas exigências sociais o que propicia que novas situações sejam abarcadas por esse instituto. O que se leva a repensar que cada direito está inserido dentro de um contexto jurídico; quando ocorre uma mudança nessa conjuntura, automaticamente, o conceito de tal direito deverá ser revisto e adaptado às novas situações sociais.

Por isso, entende-se, como Virgílio Afonso da Silva, que o conteúdo essencial de cada direito fundamental não possui contornos fixos e inflexíveis. O que deve ser protegido vai depender das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses apresentados no caso concreto. Isso representa que o núcleo essencial nem sempre será o mesmo, podendo variar de situação para situação⁶¹⁷. Em posicionamento semelhante, Jorge Miranda entende que a fronteira que separa as necessidades básicas que serão custeadas pelo Estado e outras necessidades

⁶¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 188.

⁶¹⁶ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para um existência digna...**, p. 120.

⁶¹⁷ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia...**, p. 196.

nunca é rígida nem definitiva, sendo que de acordo com o desenvolvimento econômico e social de determinada sociedade poderá haver mudanças⁶¹⁸.

A partir da identificação do mínimo existencial das normas constitucionais programáticas, é preciso identificar se tais preceitos têm o condão de gerar direitos subjetivos aos indivíduos, ao efeito de autorizar a concessão do direito prestacional via controle judicial.

O primeiro doutrinador que defendeu a possibilidade de reconhecimento de direito subjetivo originário do direito da dignidade pessoa humana foi o alemão Otto Bachof, o qual lecionou que a vida digna reclama, além da liberdade, um direito de postura ativa do Estado no sentido de garantir as condições materiais de existência. Esse posicionamento foi adotado pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha que após um ano da formulação da tese de Otto Bachof, reconheceu o direito subjetivo de um indivíduo carente receber auxílio material do Estado⁶¹⁹.

Na doutrina nacional existe uma corrente encadeada por Eros Roberto Grau e José Afonso da Silva, que defende que, em regra, a norma programática não vai gerar direito subjetivo de uma prestação estatal. Para estes autores, os direitos prestacionais são reconhecidas como normas-objetivo, que possuem aspecto preponderante ideológico, não resistindo a uma análise jurídica⁶²⁰. Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet compreende que para omissões da Administração Pública se admite direitos subjetivos originários de prestações⁶²¹. Até porque, considerar a impossibilidade de extrair direitos subjetivos dos direitos prestacionais seria o mesmo que declarar sua inoperância, isto é, inexigibilidade perante o Judiciário, conforme entende Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Aceitar que todas as normas constitucionais ditas programáticas estão completamente destituídas da possibilidade de propiciar a figura do direito subjetivo, é imaginá-la recheadas de inoperância, e, ainda mais, com o perigo de ocorrer que interesses poderosos contrariados venham encontrar aliados para propiciar a constância do imobilismo, capaz de influenciar o curso dos acontecimentos, bloqueando a sua efetividade, de tal modo que a

⁶¹⁸ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 394-397.

⁶¹⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, p. 309.

⁶²⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988...**, p. 311.

⁶²¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 293.

supremacia constitucional sucumbiria diante do efeito paralisante irradiado pela omissão de órgão de um poder constituído.⁶²²

Discussões mais aprofundadas sobre a existência de direitos subjetivos originários de normas programáticas foram realizadas na seara dos direitos à saúde e educação, nos quais prevalece a doutrina que defende a máxima efetividade dos direitos constitucionais, funcionando como um vetor favorável à extração de conseqüências jurídico-subjetivas⁶²³. Dentro desta mesma linha, Luis Roberto Barroso entende que apesar das normas programáticas não prescreverem detalhadamente uma conduta exigível do poder público, isso não impede com que o cidadão busque no âmbito jurisdicional, a “interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção, apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos”⁶²⁴.

Para o entendimento desta celeuma jurídica é preciso recorrer a clássica Teoria do Direito, em que Hans Kelsen definiu direito subjetivo como “o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever”⁶²⁵. Em outras palavras, é compreendido como um direito conferido ao indivíduo, em decorrência de norma jurídica, de exigir o cumprimento de uma obrigação.

O direito subjetivo, quando não satisfeito voluntariamente, tem o condão de gerar a pretensão, que abrange não somente a possibilidade de exigir algo, como a de conseguir uma tutela do Estado. Explica Miguel Reale que toda norma de direito que enunciar uma possibilidade de fazer algo sem que jamais surja o momento de sua concretização, como ação ou pretensão concreta, acaba por gerar uma contradição com seu próprio enunciado. Isso significa que a norma jurídica

⁶²² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**: normatividade, operatividade e efetividade..., p. 222-223.

⁶²³ Cf. GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 09/02/2007.

⁶²⁴ Cf. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 118.

⁶²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 153.

obrigacional deve ser direcionada necessariamente para sua realização *in concreto*, nos seguintes termos:

Em virtude do princípio da realizabilidade, só podemos dizer que uma regra de direito prevê, *in abstracto*, uma pretensão ou uma atividade, se, em algum momento da vida social, puder ocorrer alguma ação ou pretensão efetivas que representem a atualização da mesma regram *in concreto*.⁶²⁶

Haverá o direito subjetivo toda vez que a pretensão de um indivíduo corresponder ao tipo de previsão normativa, independente do dever jurídico estar inserido em enunciados abstratos. Por isso, para a Teoria Geral do Direito, a relação jurídica compreende a possibilidade de uma pretensão, unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem⁶²⁷. Convertendo esta lógica para a relação jurídica de direito público e, conseqüentemente, reconhecer um direito subjetivo do cidadão em relação à Administração Pública, deve-se verificar o preenchimento de dois requisitos: a) existir uma norma jurídica que obriga o Poder Público a uma determinada conduta (dever jurídico) e; b) deve a norma jurídica servir à proteção dos interesses do cidadão individual (interesse individual)⁶²⁸. Assim, a relação jurídica administrativa vai surgir quando se constatar um dever jurídico do Poder Público, bem como uma possibilidade de individualização do direito pretendido nas demandas judiciais.

Assim, identifica-se a possibilidade de se extrair direitos subjetivos das normas programáticas, considerado como uma maneira de exigir o cumprimento de uma prestação estatal que deveria ter sido concretizada anteriormente. Pois, através do controle de constitucionalidade torna-se admissível identificar a mora administrativa e, ao mesmo tempo, garantir o cumprimento constitucional no caso concreto, uma vez que o direito subjetivo decorre diretamente da norma programática-prestacional.

Essa análise foi realizada no julgamento no Recurso Especial n. 510.598/SP, através do qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu que diante da previsão do direito a prestação educacional (educação) existe um direito subjetivo que pode ser deduzido em juízo:

⁶²⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 261.

⁶²⁷ *Id.*

⁶²⁸ Cf. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo geral...**, p. 178.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. “Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo” (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004). A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.⁶²⁹

Por isso, detectada a falha do Poder Público em garantir as condições mínimas necessárias para a garantia de vida digna, tem o indivíduo o direito subjetivo de acionar o Judiciário para conseguir a realização do mínimo existencial⁶³⁰. O próprio fundamento do direito à dignidade da pessoa humana serve de razão para defender a sindicalidade do mínimo existencial no âmbito das políticas públicas.

Pode-se mencionar entendimento que prevaleceu no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 393.175-0 no Supremo Tribunal Federal, no qual ficou assentado que o Poder Público tem o dever constitucional de proteger a vida humana. Observe-se fundamentação do ministro Celso de Mello, relator deste recurso:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), 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 humanas.⁶³¹

⁶²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 510.598/SP. Rel.: João Otavio de Noronha. Julg. 17/04/2007.

⁶³⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para um existência digna...**, p. 133.

⁶³¹ BRASIL. STF. AgR-RE 271.286/RS. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello. Julg. 12/09/2000.

Diante do direito de boa administração pública não se admite qualquer faculdade no exercício da função pública, pois se a liberdade “quando exercida como negação dos princípios fundamentais, torna-se viciada por excesso ou deficiência – e, como tal, negadora da discricionariedade legítima”⁶³². Ao momento em que se constatou que houve uma falha no atendimento do mínimo que se esperava da prestação estatal, haja vista que o direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, é razão suficiente para reconhecer o direito subjetivo que vise garantir vida digna do indivíduo.

Reconhece-se que a efetividade dos direitos fundamentais depende de recursos públicos, sendo que planejamento de distribuição de prestações é de atribuição do Executivo. Contudo, ocorrerá uma omissão inconstitucional quando a Administração Pública deixar de garantir o mínimo de condições básicas necessárias para que o indivíduo consiga manter uma vida digna. Esta situação tem condão de gerar direito subjetivo e legitimar um controle judicial sobre a escolha orçamentária.

Dessa forma, não que o mínimo existencial seja suficiente para garantir o funcionamento de uma sociedade, mas seria o limite mínimo, que, diante de sua ofensa, autorizaria o controle judicial sobre decisões administrativas sem quebrar o sistema da separação dos poderes.

3.2.3.2 Possibilidades hermenêuticas como barreiras ao decisionismo judicial

Conforme entende Friedrich Müller, os “problemas de concretização jurídica não podem ser superados mediante a aplicação de prescrições prontas de decisões voluntaristas preexistentes, nem pela subsunção e pela inferência silogística”⁶³³. É por isso que o Judiciário tem se comprometido em corrigir as deficiências do sistema

⁶³² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública...**, p. 129.

⁶³³ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 44.

democrático mediante decisões criativas e substancialistas⁶³⁴. Presencia-se um abandono do modelo neutro e formalista, sendo aos poucos substituído por uma espécie de justiça constitucional que tenta superar o problema da falta de efetividade das normas constitucionais.

A função da Jurisdição Constitucional na seara de implementação de direitos sociais, trazida pela Constituição Federal de 1988, se reflete numa espécie de garante de direitos prometidos e não cumpridos. Tamanha importância é reconhecida que Cândido Rangel Dinamarco afirma que “ao Estado Social contemporâneo repugna a inércia do juiz espectador e conformado; o juiz há de ter a consciência da função que, como agente estatal, é encarregado de desempenhar perante a sociedade”⁶³⁵.

Em decorrência dessa ampliação jurisdicional, várias demandas judiciais tem utilizado a dignidade da pessoa humana como fundamento da solução de problemas jurídicos que poderiam ser resolvidos mediante aplicação de outras regras ou princípios. Nestas situações a aplicação deste preceito constitucional foi utilizado com uma euforia de se fazer justiça a qualquer custo, desprezando as peculiaridades dos casos concretos, bem como as limitações institucionais da atuação do Judiciário. Isso abriu caminho para a discussão acerca do decisionismo, que ocorre quando os julgadores se utilizaram dos princípios para justificar as decisões tomadas, independente de haver fundamento constitucional para esta solução. E quanto mais se recorre indevidamente a dignidade da pessoa humana, mais se está banalizando com seu valor, uma vez que não se trata com o devido respeito a aplicação deste direito constitucional⁶³⁶.

Michel Troper compreende que interpretar é o ato de determinar a significação de um texto, e se este significado decorre do sentido que as palavras

⁶³⁴ “AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I — Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II — Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 365.368-7 Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, 22/05/2007).

⁶³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 188.

⁶³⁶ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia...**, p. 195.

enunciam ao sujeito, é o intérprete quem determina a norma⁶³⁷. Ao momento em que o intérprete tem o poder de conferir sentido ao enunciado normativo é provável que em algum momento se utilize dessa função para oferecer soluções arbitrárias. Isso faz com que haja uma preocupação doutrinária acerca da possibilidade de que as decisões judiciais possam ofender o regime democrático mediante a substituição das deliberações políticas por julgamentos arbitrários.

Além da dignidade da pessoa humana, em vários julgamentos tem-se notado a invocação da justiça social como fundamento da decisão judicial. Mas, gramaticalmente a terminologia “justiça” denota o significado de: “a faculdade de julgar segundo o direito e melhor consciência”⁶³⁸. Assim, tradicionalmente essa palavra fornece uma idéia motivadora, é uma espécie de sentimento que funciona como justificativa para ações humanas em busca de mudanças a fim de corrigir alguma distorção social⁶³⁹.

Um dos debates mais importantes no Direito Constitucional moderno diz respeito aos fundamentos de justiça da ação estatal, seria a tentativa de se identificar qual é a decisão correta para aplicar em cada caso apresentado ao Judiciário. Ao momento em que o preâmbulo da Constituição elege como objetivo do Estado Democrático de Direito brasileiro, dentre outros, a justiça, ela está condicionando as condutas estatais para tal finalidade. Mas a dúvida surge quando se analisa a legitimidade estatal diante dos casos concretos, em que cotidianamente se verifica uma insegurança quanto a constatação da legitimidade da presença do Estado nas decisões dos rumos da sociedade.

A necessidade de se reconhecer a teoria da justiça adotada pela Carta Constitucional pauta-se no impedimento de se eleger aleatoriamente um critério qualquer de justiça social para soluções momentistas, conforme alerta Tom Campbell “*si la justicia se denice como el valor político prioritario, entonces cualquier cosa que se adopte como una prioridad política es automaticamente consagrada con el título de justicia*”⁶⁴⁰. Como bem lembra Octavio Campos Fischer, não só a

⁶³⁷ Cf. TROPER, Michel. **Filosofia do Direito**. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 137.

⁶³⁸ FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico**. Versão 3.0. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

⁶³⁹ Cf. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 314.

⁶⁴⁰ CAMPBELL, Tom. **La Justicia: los principales debates contemporâneos...**, p. 25.

segurança jurídica, mas , também a segurança jurisdicional é um valor que deve ser buscado pela sociedade⁶⁴¹.

Na perspectiva positivista, a justiça é equiparada a um estado de espírito, onde Hans Kelsen compreendeu que o grande anseio por justiça pelo homem é uma busca por felicidade. Neste caso, se justiça é felicidade, “então uma ordem social justa é impossível, enquanto justiça significar felicidade individual”⁶⁴². Pois entende Hans Kelsen que felicidade é um valor subjetivo, na medida em que cada indivíduo teria um conceito próprio, muitas vezes conflitante com o dos outros indivíduos. Imagine-se a situação hipotética de dois homens disputando um cargo público ou o amor de uma mulher, somente um alcançará o objetivo e, conseqüentemente, somente um alcançará a felicidade, até porque a realidade social proporcionará a cada individuo resultados diferentes.

Isso deixa claro que a própria natureza do homem possui inclinações e instintos, ou seja, o homem age por impulsos e paixões que se afastam da razão, o que acabará por influenciar os critérios que cada um tem a respeito de um ato justo. E no âmbito judicial as coisas não são diferentes, pois “os juízes têm seus próprios interesses ideológicos e pessoais no resultado dos casos”⁶⁴³. O problema ocorre quando a decisão judicial está embasada puramente em entendimentos pessoais dos juízes, aspectos que conduzem ao decisionismo de escolhas. Se antes se criticava que os intérpretes eram escravos das estruturas legais (positivismo exegético), agora o perigo é de que o sujeito se transforme em senhores dos sentidos das normas.

Em uma análise interessante sobre economia comportamental, Richard Thaler e Cass Sustein analisam os aspectos que identificam a escolha feita por um ser humano, o que ajudará a compreender melhor os desdobramentos da decisão judicial. Defendem estes autores que existem várias formas de se fazer escolhas, algumas fáceis como escolher o sabor de um sorvete e outras mais complexas como definir o tratamento médico, já que esta opção dependerá de uma fundamentação,

⁶⁴¹ FISCHER, Octavio Campos. Insegurança Jurisdicional e a tributação no Brasil. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et. al.* (Orgs.). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 530.

⁶⁴² KELSEN, Hans. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência..., p. 3.

⁶⁴³ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 449.

como uma série de estudos e exames⁶⁴⁴. Em regra, quanto mais complexa se mostrar a situação, maior será o número de opções aplicáveis, o que segundo pesquisas das ciências sociais, terá maior probabilidade das pessoas aplicarem influências pessoais na escolha correta⁶⁴⁵.

Cada vez mais os cidadãos dependem de decisões judiciais adequadas para solucionar o conflito de interesses. Mas isso não legitima o fato do juiz “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo, arbitrariamente valores às situações concretas. A partir da inauguração do Estado Democrático de Direito as decisões judiciais devem estar delineadas dentro de um plano lógico, sendo que o juiz se “limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo”⁶⁴⁶.

A atuação correta do Judiciário, dentro das atribuições elencadas pela Constituição de 1988, inclusive em defesa da efetividade dos direitos prestacionais, estará a favor da democracia. Por isso, Jorge Reis Novaes defende que não se pode permitir que a realização da idéia material de direito “se transformem em decisões unilaterais de poder e extravasem os limites do Estado de Direito”⁶⁴⁷. Ao invalidar a decisão, o Judiciário deverá demonstrar as razões que levaram a entender que houve uma ofensa às condições constitucionais, pois na sua ausência ter-se-a identificado uma decisão judicial que viola as dimensões fundamentais da democracia, configurando o ativismo judicial⁶⁴⁸.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 140.265, o ministro Marco Aurélio se manifestou no sentido de que o juiz deve recorrer ao direito dogmático somente num segundo plano, sugerindo a seguinte operacionalização do processo interpretativo:

Ao defrontar-se no ofício judicante compreendi que o juiz, ao defrontar-se com uma lide, deve idealizar a solução mais justa para a controvérsia, valendo-se, nesta primeira fase, apenas da formação humanística que

⁶⁴⁴ Cf. THALER, Richard; SUSTEIN, Cass. **NUDGE**: O empurrão para a escolha certa. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 98.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 101-102.

⁶⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 137.

⁶⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito..., p. 222.

⁶⁴⁸ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia deliberativa..., p. 182.

possua. A seguir, então, em respeito à almejada segurança nas relações jurídicas, passa ao cotejo da solução com os preceitos legais pertinentes à hipótese.⁶⁴⁹

Não se concorda com tal entendimento, uma vez que não se pode tomar decisões de antemão e somente depois encontrar o respaldo dogmático. Seria como escolher soluções pré-formuladas e somente depois recorrer a argumentos jurídicos para justificar uma resposta arbitrariamente escolhida pelo magistrado. É latente a preocupação da corrente hermenêutica em se evitar e combater “toda e qualquer atividade discricionária, voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário e, de igual forma e com a mesma contundência, da doutrina positivista que guarnece tais posições”⁶⁵⁰.

A expansão da Jurisdição Constitucional tem sido em boa parte a solução da desigualdade social. Mas não se pode desviar de sua verdadeira finalidade, sob pena de gerar uma crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade. Por isso, entende Luis Roberto Barroso que o Judiciário deve preservar as deliberações tomadas no regime democrático, somente sendo permitido alterá-las quando tiver por finalidade a preservação da própria democracia e dos direitos fundamentais. E, neste caso, os tribunais, “só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição”⁶⁵¹.

Em uma crítica ao decisionismo, Menelick de Carvalho Netto entende que qualquer caso é complexo e envolve pretensões a direitos, o que faz da análise judicial um momento importante para o coroamento do Estado de Direito. A autoridade judicial não pode fazer o que quiser com o texto constitucional, há limites, esses limites são intersubjetivamente compartilhados⁶⁵². De forma semelhante a discricionariedade administrativa, o juiz não possui a liberdade de escolher qualquer opção diante do caso concreto, impõem-se um dever de aplicar critérios que

⁶⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 4.102-RJ. Voto Min. Marco Aurélio. Rel.: Min^a. Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julg. 24/09/2010.

⁶⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito..., p. 168.

⁶⁵¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Orgs.). **Controle de constitucionalidade & Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 251.

⁶⁵² CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 163.

garantam uma análise racional. Assim, é direito do cidadão receber a resposta correta do Judiciário. Isso enuncia “a resposta correta que sempre pode e deve ser encontrada não reside no juiz/intérprete enquanto sujeito do ‘esquema sujeito-objeto’, mas, sim, no juiz/intérprete da relação de compreensão baseada na intersubjetividade (sujeito-sujeito)”⁶⁵³.

Carmém Lúcia Antunes Rocha compreende que a impessoalidade é um dos fundamentos da República, o que impede que se coloquem questões pessoais na atuação do serviço público⁶⁵⁴. A partir deste raciocínio, parte-se de uma concepção de que as decisões judiciais não dependem da consciência do juiz, mas deve garantir respeito a uma integridade e coerência do Direito. Dentro de um plano de obediência às condições hermenêuticas, a interpretação vai se encaminhar para a resposta adequada quando atender os objetivos constitucionais, isto é, a resposta deve ser confirmada na própria Constituição⁶⁵⁵. Em substituição à liberdade de julgamento há o dever de encontrar a solução mais adequada e satisfatória ao interesse público, o que induz a proibição do Judiciário censurar a escolha administrativa e substituí-la por outra que melhor lhe convenha, sem uma fundamentação constitucional. Ao mesmo passo que se exige que a “vontade do agente público” será tutelada pelo Direito quando estiver vinculada objetivamente aos preceitos do Estado constitucional, a mesma lógica se aplica na atuação judicial.

Em conformidade com o art. 93, IX da Carta Constitucional, todos os julgamentos judiciais devem ser fundamentados, de forma que esta motivação será a estratégia utilizada para evitar a discricionariedade judicial. Pois, se os intérpretes devem desenvolver a força normativa da Constituição, é preciso que isto se faça por uma metodologia que venha aferir se a decisão atende a relevância dos elementos do caso e que se sustente diante dos parâmetros constitucionais⁶⁵⁶.

Ronald Dworkin defende que o Direito deve ser aplicado através da integridade, na qual os juízes deverão identificar os direitos e deveres a partir de

⁶⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 341.

⁶⁵⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública...**, p. 154-155.

⁶⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96-97.

⁶⁵⁶ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 53.

uma concepção coerente de justiça e equidade⁶⁵⁷. Isso significa que a fundamentação das decisões judiciais, mais do que um requisito formal, consiste em um pressuposto de legitimidade democrática, o que segundo Daniel Sarmento: “as decisões adotadas devem ser devidamente justificadas de forma a demonstrar não só às partes do litígio, mas ao público em geral, que o resultado alcançado é o que mais se adéqua à ordem jurídica e às peculiaridades do caso”⁶⁵⁸.

Nesta perspectiva, Direito como integridade de Ronald Dworkin, não se impõe por si mesmo; é necessário o julgamento, sendo que “esse julgamento é estruturado por diferentes dimensões de interpretação e diferentes aspectos destas”⁶⁵⁹. A mesma lógica deve ser aplicada na análise da lide envolvendo direitos prestacionais, haja vista que será necessário estabelecer critérios que permitam o entendimento adequado do caso concreto. A aplicação de juízos de ordem política e moral não irá comprometer a plano de julgamento, tendo em vista que a análise judicial deverá ser ampla a ponto de confrontar os mais diferentes ângulos e fundamentos envolvidos no caso concreto. Nesse sentido, Chaim Perelman leciona que somente é possível se alcançar uma paz judicial quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida. Assim defende o autor:

A busca de tais argumentações, graças aos esforços conjugados da doutrina e da jurisprudência é que favorece a evolução do direito. Essa é a principal razão de ser das novas teorias, das construções jurídicas aceitas ardorosamente pelos tribunais, para melhor justifica sua pratica.⁶⁶⁰

A lógica jurídica, defendida por Chaim Perelman, visualiza que a solução dos problemas sociais pode apresentar questões extremamente complexas e controversas. É neste momento em que o juiz deve buscar a resposta razoável dentro de um plano de interpretação do ordenamento jurídico.

⁶⁵⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 371-372.

⁶⁵⁸ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 146.

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 489.

⁶⁶⁰ PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 191.

A teoria hermenêutica desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, denominada de círculo hermenêutico, fornece uma importante contribuição na medida em que prevê que o intérprete deve trabalhar com o pressuposto de que possui uma pré-compreensão do tema a ser decidido⁶⁶¹. Assim, o círculo hermenêutico se desenvolverá com a compreensão do individual para o todo, numa relação circular em que “a antecipação de sentido que visa o todo chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo”⁶⁶². Somente haverá a completa compreensão do caso a partir de que se constate a compatibilidade de algo que o intérprete entendia como correto em relação ao todo. Então, a finalidade é ampliar a unidade dos sentidos compreendidos para o completo entendimento⁶⁶³. Em outras palavras, a interpretação do Direito começa com a análise dos pré-conceitos formulados pelo julgador, mas que serão substituídos por conceitos mais adequados quando postos a prova. Nestes termos, “a tarefa da hermenêutica se converte espontaneamente em um questionamento objetivo e sempre aparece marcada por este. O empreendimento hermenêutico alcança, desse modo, um solo firme sob seus pés”⁶⁶⁴.

Nesta linha, Hans-Georg Gadamer propõe que a análise se inicie através de testes que ocorrerão sobre os pré-conceitos conhecidos pelo intérprete, a fim de atestar sua sustentação jurídica:

Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daquilo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008, p. 175.

⁶⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 386-388.

⁶⁶³ *Ibid.*, p. 388.

⁶⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. Sobre o círculo da compreensão. In: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de (Org.). **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Trad. Custódio Luís Silva de Almeida. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 145.

⁶⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II...**, p. 75.

Para compreender o caso se torna necessário estabelecer uma dialética, analisando as mais diferentes perspectivas envolvidas no caso concreto, sendo que através de avaliações realizadas sobre os conceitos formulados é que se poderá atestar a legitimidade da decisão. Nesse sentido, este “diálogo em que o intérprete põe em discussão seus pré-juízos – os juízos prévios que ele tinha sobre a coisa antes de conhecê-la – tendo, desse modo, ampliando seu horizonte de compreensão através da abertura efetivada”⁶⁶⁶. Por isso, que não se pode aceitar que o magistrado deixe que suas pré-compreensões arbitrárias interfiram em sua compreensão do texto, impondo uma decisão sem passar por uma análise hermenêutica. Observe-se que a razoabilidade liga-se à conduta de analisar, ponderar, discutir, concluir e decidir nos mais diversos campos da vida humana, que demanda avaliação e julgamento da melhor forma possível dos casos que envolvem a ação do homem⁶⁶⁷.

A partir dessa exigência de fornecer a resposta adequada ao caso concreto, se afasta a aplicação de procedimentos subsuntivos ao Direito, conforme enunciado por Marco Aurélio Marrafon:

A adoção dessa nova postura no Direito traz , como efeitos imediatos, a recusa a qualquer procedimento subsuntivo ou dedutivo na sua aplicação, uma vez que a interpretação ocorre sempre no ponto médio, no ‘entremeio do círculo hermenêutico’ confirmará Streck, e o fundamento da decisão é desde já, sempre, antecipado, o que levará ao problema hermenêutico fundamental: a impossibilidade do desdobramento metodológico no processo de busca da decisão jurídica e a unidade da *applicatio*.⁶⁶⁸

Defende-se que “o direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador; é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada”⁶⁶⁹. Por isso mesmo, argumenta Luis Roberto Barroso que

⁶⁶⁶ ALMEIDA, Custódio Luis Silva de. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de gadamer. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de (Org.). **Hermenêutica filosófica**: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer..., p. 63.

⁶⁶⁷ Cf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

⁶⁶⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido..., p. 178.

⁶⁶⁹ PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica**..., p. 191.

a “moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso”⁶⁷⁰. A afirmação de que a resposta adequada não se resume ao mero enunciado legal também é preconizada por Luis Fernando Coelho, quando leciona que o jurista que se limita a aplicar a lei, está atribuindo conteúdo a uma expressão ou entidade lógica puramente vazia. E argumenta que o Direito perde seu papel conservador, passando a buscar a implementação da justiça efetiva no meio social:

Tal qual a sociedade, o direito deixa de ser considerado um objeto que se antepõe à pesquisa teórica, como dado, para transformar-se em categoria do pensamento crítico, na medida em que o saber jurídico reconhece seus próprios obstáculos e os ultrapassa, assumindo o jurista o papel de ativa participação na vida social.⁶⁷¹

É por meio da motivação das decisões judiciais que se contribui para a elaboração da ordem jurídica e o amadurecimento do sistema, pois se fornecerá precedentes que garantirá segurança jurídica para decisões futuras. De acordo com Chaim Perelman, “se uma ciência do direito pressupõe tomadas de posição, elas não serão consideradas irracionais quando podem ser justificadas de uma forma razoável, graças a uma argumentação de que se reconheça a força e a pertinência”⁶⁷².

E de acordo com esta perspectiva, não se exclui a possibilidade do Judiciário, em algum momento, proferir a resposta errada ao caso concreto, mas isso não teria o condão de considerar que todo controle judicial realizado através da hermenêutica será ilegítimo, conforme defende Ronald Dworkin:

A democracia de fato fica prejudicada quando um tribunal de autoridade toma a decisão errada a respeito das exigências das condições democráticas – mas não fica mais prejudicada do que quando uma legislatura majoritária toma uma decisão constitucional errada que continua de pé. A possibilidade de erro é simétrica. Assim, a premissa majoritária é confusa e deve ser abandonada. Estas conclusões são importantes. Elas

⁶⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 309.

⁶⁷¹ COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 192.

⁶⁷² PERELMAN, Chaim. **A teoria pura do Direito e a argumentação**. Disponível em: <www.scarpinellabuono.com.br>. Acesso em: 03/12/2010.

demonstram o quanto é falacioso o argumento popular de que, uma vez que a revisão judicial das normas é antidemocráticas.⁶⁷³

No que se refere a decisão no âmbito do controle judicial das escolhas orçamentárias, é necessário que se tenha condições de avaliar corretamente esta situação específica para a concessão da tutela jurisdicional. Cláudio Pereira de Souza Neto sugere a aplicação de parâmetros que deverão ser observados no momento do controle judicial de direitos sociais. Deve o juiz considerar os direitos prestacionais como unidade, de modo a verificar a relação do direito pleiteado com os outros direitos, no sentido de que no caso de haver duas soluções eficazes para o mesmo problema, deve-se dar prioridade para a opção que ocasionar menor custo⁶⁷⁴. Esse entendimento ajuda a compreender melhor que as decisões administrativas podem ser controladas em situações extremas, quando realmente houver um descumprimento de direito prestacional e, que tal desobediência poderá acarretar um dano irreparável.

Ainda que estivessem sendo litigados direitos ligados à dignidade da pessoa humana não estaria o juiz necessariamente obrigado a conceder o direito da forma solicitada. Isso significa que a decisão judicial não deve ser proferida sempre no sentido do menor custo para o erário público, nem que seja escolhido sempre o direito mais oneroso. Por meio da avaliação coerente e razoável do caso concreto permite que o magistrado tenha condições de julgar se a medida pleiteada será a mais eficiente para aquele determinado problema.

Observe-se que em julgamento do Mandado de Segurança n. 8895/DF o Superior Tribunal Justiça indeferiu pedido de tratamento médico em Cuba, por não haver comprovação técnica de que essa alternativa fosse eficaz e indispensável para garantir o mínimo existencial:

ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da “retinose pigmentar” no Centro Internacional de Retinose Pigmentária em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o

⁶⁷³ Cf. DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte Americana..., p. 50.

⁶⁷⁴ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direito sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie..., p. 535 *et seq.*

financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A Medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado.⁶⁷⁵

Para se chegar a solução jurídica compatível com os ditames da ordem constitucional deve haver um exame realístico de forma a inserir na análise diversas perspectivas e pontos de vista, como, por exemplo, a disponibilidade financeira, o núcleo essencial do direito e a eficiência da medida pleiteada.

O magistrado não pode confundir a defesa da efetividade do mínimo existencial com a ausência de constatação da realidade fática, isto é, não pode se furtar da função de perquirir se a medida pleiteada é a solução adequada para o caso concreto. Encontra-se dentro da função jurisdicional avaliar a qualidade de sua própria decisão, de forma a permitir que se evitem desperdício de recursos públicos. É nesse momento que “a fundamentação da decisão há de apresentar tal consciência que possa, em tese, convencer racionalmente a parte cuja pretensão não foi acolhida da impossibilidade de se fazê-lo sem ferir a justiça e, portanto, a própria segurança jurídica”⁶⁷⁶.

Diante do entendimento de Flávio Galdino de que a idéia do operador jurídico colocar na balança as questões dos custos dos direitos e não somente as opções axiológicas do legislador constituinte⁶⁷⁷, deve ser interpretada com ressalvas. Não se pode reconhecer a ausência de recursos como um empecilho ao controle judicial que visa garantir o mínimo existencial, mas sim como um parâmetro que auxiliará o magistrado na compreensão e identificação do núcleo essencial do direito violado.

A fundamentação racional é uma forma de se potencializar a eficiência, a fim de “possibilitar aos outros que escolham inteligentemente as ações a serem impetradas, conhecendo, de antemão, as prováveis consequências e ajuda a

⁶⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 8.895/DF. Rel.: Min^a. Eliana Calmon. Julg. 22/10/2003.

⁶⁷⁶ CARVALHO NETTO, Menelick de. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais...**, p. 160.

⁶⁷⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores...**, p. 343.

aperfeiçoar a norma ou a lei à luz da experiência”⁶⁷⁸. É por meio de critérios de avaliação da decisão orçamentária que o Judiciário terá condições de constatar se foram esgotadas todas as possibilidades técnicas e financeiras de implementação dos direitos prestacionais. Através de uma análise ampla e democrática, levando em consideração o maior número possível de variantes e perspectivas é que o Judiciário poderá obter uma fundamentação razoável.

O exemplo a se salutar é da iniciativa tomada no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. O desembargador José Carlos Malta Marques, corregedor-geral da Justiça, criou uma comissão formada por representantes das Secretarias municipal e estadual de Saúde e que, em parceria com a Defensoria Pública do Estado, que tem a finalidade de auxiliar os juízes nas ações judiciais que digam respeito à concessão de remédios ou tratamento de saúde⁶⁷⁹. Através da consulta a esta comissão técnica há uma possibilidade de se evitar a concessão de decisões indiscriminadas na seara da saúde, evitando a insegurança jurídica e a ausência de critérios legítimos. Antes de tomar a decisão, o magistrado poderá obter informações técnicas que possibilitará avaliar a situação apresentada, compreendendo se a solução a ser tomada será a melhor para o caso concreto.

Durante a elaboração da Emenda Constitucional n. 45 houve vários debates sobre a importância do Judiciário e a qualidade da tutela jurisdicional⁶⁸⁰. Talvez seja o caso de se discutir a respeito da necessidade do Judiciário estar aberto a discussões externas ao seu gabinete, de forma a ter possibilidade de consultar o entendimento de especialistas, quando possível, antes de proferir decisões sobre casos de extrema complexidade.

Diante da atual conjectura social as técnicas tradicionais de trabalho jurídico foram sendo substituídas por outras realidades. Assim ocorreu na medicina, educação, engenharia, etc. Com a evolução do Direito, a figura do juiz como simples árbitro sem compromissos com a sociedade foi ultrapassada. Atualmente, para o magistrado “cria-se o dever de, tendo os olhos bem abertos, não deixar escapar

⁶⁷⁸ FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas. Trad. Julia Sichieri. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 46.

⁶⁷⁹ Disponível em: <www.corregedoria.tjrn.jus.br>. Acesso em: 02/12/2010.

⁶⁸⁰ Cf. TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88**: (des) estruturando a justiça. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 29.

nenhum pormenor relevante para a formação da decisão”⁶⁸¹. O Direito se tornou o catalisador de mudanças econômicas e sociais, de modo que a análise judicial deve obedecer a integridade e coerência, a partir de uma adequada compreensão do direito discutido. Esse comprometimento dos magistrados garante o direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada e consonante as diretrizes constitucionais.

É evidente que a Jurisdição Constitucional exerce um papel importante no regime democrático, de forma a justificar a importância de sua atuação na seara de direitos prestacionais. Mas isso não permite “confundir a adequada/necessária intervenção da Jurisdição Constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte de juízes e tribunais”⁶⁸². Com isso, a expansão da Jurisdição Constitucional não pode se desviar de seu papel institucional, isto é, garantir a eficiência da aplicação dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos. E por fim, “suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça”⁶⁸³.

O controle de constitucionalidade das decisões políticas deve ser levado a sério, evitando-se a anarquia metodológica, pois isso somente levaria a atribuição desmedida de valores. Chega-se a um estágio que o direito constitucional brasileiro precisa de uma metodologia judicial comprometida com os objetivos constitucionais, a ser exercida de forma séria e racional. A jurisdicalização implantada pela Constituição Federal de 1988 exige uma postura proativa do intérprete, de forma a potencializar o sentido e alcance dos direitos constitucionais. Mas é importante enfatizar que não é permitido ao Judiciário suprimir escolhas tomadas sob a égide das deliberações públicas sem um fundamento constitucional, razão pela qual se exige que todas as decisões judiciais devem passar por um plano de racionalidade hermenêutica, de modo a estarem devidamente fundamentadas diante da Constituição.

⁶⁸¹ WALD, Arnaldo. O novo Supremo Tribunal Federal. *In*: SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Orgs.). **Controle de constitucionalidade & Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes..., p. 213.

⁶⁸² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 170.

⁶⁸³ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática...**, p. 251.

Portanto, a interpretação tradicional assentava-se em um modelo de aplicação de regras mediante a subsunção, tendo o julgador a mera função de descobrir a intenção do legislador. Esta perspectiva convencional se mostrou ser insuficiente para solucionar grande parte das celeumas jurídico-constitucionais, em especial aquelas que gerariam colisão de direitos fundamentais. A interpretação desenvolvida na fase pós-positivista promoveu o resgate dos valores dos direitos, reaproximação do Direito e a moral, bem como valorização da reflexão jurídico-filosófica dos juristas. É nesse sentido que neste novo cenário o controle da racionalidade do discurso jurídico é indispensável para aferir a legitimidade da atuação do Judiciário, de modo que a intervenção judicial nas escolhas orçamentárias somente vai ser legítima se a decisão estiver racionalmente fundamentada, situação que evitará a atribuições autoritárias de valores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a persecução do caminho proposto – de analisar o controle judicial sobre as decisões orçamentárias em matéria de direitos prestacionais sociais – importa neste momento salientar alguns pontos de intersecção do tema.

O desenvolvimento do Estado pode ser entendido como um processo que continua enfrentando inúmeras mudanças, de forma que os institutos jurídicos são trabalhados com perspectivas diferentes para melhor atender as necessidades da sociedade. Frente a tais predicados, a Revolução Francesa é tradicionalmente compreendida como o marco fundamental que simbolizou a conquista da necessária proteção estatal dos direitos individuais do homem. A partir desta fase o Estado de Direito representou a limitação do poder estatal mediante o reconhecimento de direitos individuais e o exercício do poder dentro de uma mecânica de separação de atribuições. Contudo, a legalidade construída no Estado liberal vinha perdendo cada vez mais referência como garantia dos direitos individuais, chegando ao ponto de ser utilizada como fonte legitimadora de governos totalitários. Após exemplos clássicos, como o Estado fascista italiano e o nacional-socialismo na Alemanha, o esquema formal-positivista permitiu com que o Direito fosse confundido com mero enunciado de lei, destituído de conteúdo e descompromissado com a realidade política, social e econômica.

Com a crise do modelo liberal foi possível perceber o surgimento de ideais que defendiam um Estado solidário. Em face desta situação o Poder Público teve sua função reconfigurada para o fim de atender as necessidades até então sob a responsabilidade da autonomia privada. Concebia-se, neste momento, o modelo do Estado do bem estar social, sendo que ao lado dos direitos e liberdades individuais foram inseridos os chamados direitos sociais.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo a partir do segundo pós guerra promoveu-se a transformação do Estado legislativo de Direito para o Estado constitucional de Direito, reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade na aplicação jurídica. Essa situação provocou valiosas reflexões quanto ao verdadeiro papel do Direito na sociedade, propiciando a recepção de valores sociais na interpretação constitucional, a promoção dos direitos fundamentais, a dignidade da

pessoa humana como referencial do ordenamento jurídico, etc. As mudanças detectadas não representariam necessariamente uma revolução do conceito de Estado social, mas sim, uma redefinição dos instrumentos utilizados para consecução do interesse público. Esses ideais influenciaram a Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu um Estado extremamente comprometido com a concretização dos direitos sociais, mediante a exigência de uma atuação eficiente da Administração Pública e a ampliação da Jurisdição Constitucional como garantia da efetividade dos direitos constitucionais.

Como espécie de direitos sociais, os direitos prestacionais exigem do Estado prestações materiais a fim de garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana e solidariedade na sociedade brasileira. Essa tarefa constitucional fez com que o Estado deixasse de ser compreendido como um mero executor de ações concretas e passasse a utilizar meios planejados para atingir os fins públicos de suas ações. É neste cenário que as políticas públicas apresentam-se como um mecanismo de gestão pública, ou seja, como programa governamental destinado a planejar a realização de objetivos determinados com o conteúdo finalístico de buscar a idéia de boa administração.

A definição de política pública ocorre dentro do orçamento público, a qual deve estar em perfeita sintonia com os valores e princípios consagrados pela Constituição Federal. Por isso, ao agir discricionariamente, estará o administrador com o dever de avaliar e escolher a melhor decisão para o caso concreto. O grande obstáculo que existe diante do dever de concretização dos direitos prestacionais é a limitação orçamentária. Isso significa que a escassez de recursos é uma realidade que deve ser observada na implementação dos direitos constitucionais, de forma que o regime de políticas públicas exigida pela Carta Constitucional de 1988 impõe o dever de que as ações estatais sejam planejadas e eficientes a ponto de superar os problemas orçamentários.

Além disso, ainda que a limitação orçamentária represente uma impossibilidade econômica (ausência de recursos suficientes) e administrativa em promover todos os direitos constitucionais, deve haver o respeito ao mínimo existencial dos direitos fundamentais. A proteção à dignidade da pessoa humana não ocorre exclusivamente por meio da garantia ao mínimo existencial, mas o seu respeito é a condição mínima para que o indivíduo consiga exercer sua liberdade.

Encontram-se entre os deveres do Estado manter a existência digna e dar condições mínimas para que o ser humano não perca sua capacidade de autodeterminação. Nesse sentido, o mínimo existencial é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou seja, é a aquela parte do direito que jamais pode ser suprimida, sob pena de desaparecer o próprio postulado constitucional.

Diante de situação fática que ameace o mínimo existencial, claramente se verifica um dever do Estado atender o direito pleiteado, ainda que de forma imediata não exista disponibilidade financeira, até porque, a existência do Estado somente se justifica para garantia da existência digna dos seus cidadãos. A problemática consiste em encontrar um caminho para a efetiva concretização dos direitos prestacionais sociais diante de um Estado omissivo, com recursos escassos e políticas públicas ineficientes. Frente a esta realidade, existe o desafio de lutar pela eficácia dos direitos do cidadão sob pena de deslegitimar os postulados do Estado Democrático de Direito.

Após as escolhas orçamentárias serem realizadas pelo chefe do Executivo, passam por um duplo julgamento no âmbito do controle externo: um político perante o Legislativo e outro técnico perante o Tribunal de Contas. No caso do administrador público desrespeitar os pressupostos constitucionais da discricionariedade é possível este vício ser detectado pelo tradicional controle externo. Mas, também não se pode negar que haja a possibilidade do Judiciário realizar o controle e a correção do ato que esteja em contradição com os mandados impositivos da Carta Constitucional. Pois, devido a importância dos direitos sociais, em especial os prestacionais, também se deve reconhecer a necessidade de defender a judicialização destes preceitos constitucionais, a fim de garantir sua plena efetividade. É preciso encontrar os mecanismos jurídicos adequados e os fundamentos teóricos que permitam superar o aspecto incompleto e abstrato das normas definidoras de direitos sócio-programáticos. Essa foi a situação que levou à necessidade de definir o real papel da Jurisdição Constitucional, identificando sua função de agente concretizador de direitos, sendo permitido promover, quando necessário, a apreciação substancialista das lides.

O desenho constitucional concebido na Constituição de 1988 resulta no estabelecimento de uma supremacia da Constituição, que engloba um catálogo de direitos, bem como a existência de um mecanismo de controle jurisdicional de

constitucionalidade como garantia de efetividade destes direitos. A separação dos poderes é consagrada no artigo segundo da Constituição Federal, o qual estabelece que os poderes constituídos são independentes e harmônicos entre si. Ao mesmo tempo elegeu a Jurisdição Constitucional como mecanismo fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito, suficiente para superar o problema da falta de legitimidade de um poder de Estado em controlar os atos dos demais. Porquanto, as críticas que definem as decisões judiciais substancialistas como contramajoritárias não vingam, tendo em vista que os resultados das deliberações públicas não podem ser considerados no seu sentido absoluto, uma vez que na democracia moderna tem-se que se atentar a outras condições para o perfeito funcionamento do regime político, como por exemplo, a limitação imposta pelos direitos fundamentais. Dentro deste raciocínio, a efetividade dos direitos prestacionais é um meio que permite criar condições para o alcance de uma democracia participativa, mediante a correção das deficiências do regime democrático brasileiro. Embora a construção teórica clássica tenha consagrado a democracia e a soberania popular como a manifestação da vontade majoritária, o constitucionalismo atual exige que as decisões deliberativas respeitem os conteúdos mínimos definidos na Constituição, o que vem a salientar a importância do controle judicial destes pressupostos democráticos.

É por isso que, diante da exigência de que cada vez mais o administrador público tenha uma atuação condizente com os princípios constitucionais, o controle judicial sobre as decisões políticas se mostra importante para garantir a efetividade dos direitos prestacionais. Assim, embora ainda haja entendimentos de que o mérito da escolha orçamentária seja, aparentemente, insindicável, a ordem constitucional fornece critérios que tornam a análise objetiva da discricionariedade, como o atendimento aos seus pressupostos, dentre eles a razoabilidade e eficiência. O não atendimento destes pressupostos terá o condão de viciar a decisão administrativa de grave inconveniente, isto é, configura um vício de finalidade. Neste caso, o controle judicial ocorrerá sobre a validade da decisão orçamentária, não comprometendo a titularidade e a competência do gestor público.

A discricionariedade administrativa não estabelece uma liberdade para que o administrador exerça como quiser a função pública. Este encargo deve ser exercido de maneira exemplar, evitando o excesso e também a omissão. Assim, os juízos de

conveniência e oportunidade encontram-se constitucionalmente vinculados ao direito fundamental da boa administração que vai além do atendimento à legalidade. Isso porque, o princípio da boa administração pública impulsiona o Estado a realizar um planejamento eficiente que permita com que as necessidades sociais sejam atendidas de maneira efetiva. As escolhas orçamentárias não estão à disposição do Executivo e Legislativo, mas deve ocorrer de forma eficiente, promovendo a entrega da solução adequada para aquela determinada situação. Isso faz com que os direitos prestacionais sejam concretizados da melhor forma possível, sob pena de se considerar hipótese de inconstitucionalidade por omissão.

Por isso, considera-se que a corrente procedimentalista é uma teoria insuficiente para países de modernidade tardia, como o Brasil, tendo em vista que o Judiciário, como promovedor de medidas sociais compensatórias, exerce uma função importante ao corrigir as falhas dos outros poderes constituídos na seara de direitos prestacionais. Ainda que seja louvável e importante a função de todos os controle existentes sobre as decisões orçamentárias, a Jurisdição Constitucional é instrumento indispensável para garantir a efetiva proteção do mínimo existencial dos direitos fundamentais. Se de um lado todo o controle judicial deve respeitar as decisões tomadas em sistemas deliberativos públicos, sob pena de ofensa à soberania popular, por outro, também, se admite que a falta de satisfação de alguns direitos prestacionais podem comprometer a legitimidade do processo democrático.

A judicialização dos direitos não pode ser confundida com o ativismo judicial, pois aquele é a possibilidade de qualquer cidadão obter uma medida judicial diante de lesão ou ameaça a um direito (universalização da jurisdição), enquanto o ativismo representa a quebra da separação dos poderes. Os direitos constitucionais não podem ficar a mercê de decisões de uma maioria eventual, sem que o Judiciário possa intervir para garantir a efetividade dos direitos fundamentais e a proteção das classes minoritárias. A superação da visão clássica da Constituição como um mero documento de ordenação de competências, permite compreendê-la como norma fundamental que também estabelece tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado. E, como todo o direito, estas imposições programáticas devem estar suscetíveis de análise judicial para que não corram o risco de inefetividade.

Neste contexto é necessário compreender que o Estado social promoveu uma reavaliação na relação entre Direito e política, o que legitimou a sindicalização

das omissões da Administração Pública que violem imposições constitucionais. E o Judiciário mostrou-se ser uma espaço de legitimação das decisões políticas, servido de contraponto e complemento⁶⁸⁴. Há possibilidade que o Judiciário, através do exercício do “checks and balances”, corrija a prestação dos serviços sociais básicos por meio da concretização judicial do direito prestacional previsto e não implementado adequadamente. A legitimidade do controle de atos discricionários centra-se no fato de que o magistrado não irá valorar aleatoriamente a escolha administrativa, mas sim analisar se os pressupostos objetivos do exercício discricionário foram satisfeitos (razoabilidade e eficiência). Não é qualquer inércia que configura uma omissão inconstitucional, mas esta somente ocorre quando existir uma desobediência (parcial ou integral) à obrigação expressa imposta pela Constituição Federal dirigida a qualquer um dos poderes constituídos.

O debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial é legítimo, ainda mais quando se trata de um país que possui um orçamento bem limitado. É permitido haver restrições à aplicação dos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo deverá haver o cuidado de não restringir um direito fundamental a ponto de extingui-lo, tendo em vista que deverá se preservar o conteúdo nuclear do direito restringido. Neste caso, há um dever implícito do Poder Público garantir a implementação dos direitos básicos dos indivíduos, independente das limitações orçamentárias. Cabe notar que o cidadão tem o direito subjetivo de invocar a Jurisdição Constitucional para obter proteção do mínimo existencial, de forma a autorizar o controle judicial sobre decisões administrativas, ainda que dependa de políticas públicas. Assim, ressalta-se novamente ser possível o controle judicial das escolhas orçamentárias para corrigir a ineficiência administrativa quando for reconhecida alguma ofensa ao mínimo existencial. O direito subjetivo à obtenção do direito prestacional surge a partir da identificação da obrigação constitucional do Estado, isto é, a mora administrativa. A delimitação do mínimo existencial serve como identificador do direito subjetivo à intervenção jurisdicional e, ao mesmo tempo, funciona como limite deste mesmo controle.

Em razão da dinamicidade da sociedade contemporânea, o conteúdo do mínimo existencial não possui contornos fixos e inflexíveis, o que permite que o

684 BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo...**

núcleo essencial dos direitos fundamentais possa variar de situação para situação, a fim de se atualizar frente à realidade social. A função do mínimo existencial deve ser utilizada adequadamente a fim de que haja a garantia dos direitos básicos dos indivíduos, que permita ao alcance dos objetivos constitucionais como o combate a desigualdade social e a proteção da dignidade humana.

Em linhas gerais, a expansão da Jurisdição Constitucional tem sido em boa parte a solução da falta de efetividade dos direitos prestacionais, mas que não pode se desviar de sua verdadeira finalidade, devendo preservar as deliberações tomadas no regime democrático, somente sendo permitido alterá-las quando tiver por finalidade a preservação da própria democracia e dos direitos fundamentais. A jurisdicalização implantada pela Constituição Federal de 1988 exige uma postura proativa do Judiciário, de forma a potencializar o sentido e alcance dos direitos constitucionais, estando entre suas funções institucionais a proteção do núcleo essencial dos direitos constitucionais.

Tendo em vista não existirem meios para se graduar com exatidão o mínimo e o máximo existencial, o problema se concentra na dificuldade de interpretar em quais situações haverá efetiva ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Mas isso não tem o condão de permitir que se criem dogmas a respeito da dignidade da pessoa humana, a ponto de possibilitar que toda invocação deste postulado constitucional resulte na realização do controle judicial. Em conformidade com o art. 93, IX da Carta Constitucional, todos os julgamentos judiciais devem ser bem fundamentados, de forma que esta motivação será a estratégia utilizada para evitar a discricionariedade judicial, isto é, o decisionismo. Para que seja desenvolvida a força normativa da Constituição, é preciso que se utilize uma metódica que venha aferir se a decisão atende a relevância dos elementos do caso e se sustenta diante dos parâmetros constitucionais.

Portanto, a decisão judicial no que se refere ao controle de escolhas orçamentárias somente terá legitimidade se o magistrado promover uma investigação de modo a colocar suas pré-compreensões a teste. Por isso, compreende-se que o julgador deve utilizar um método hermenêutico que possibilite testar seus pré-conceitos da matéria, de modo a evitar decisões judiciais autoritárias e sem uma investigação das peculiaridades do caso concreto.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do Direito Constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Custódio Luis Silva de. Hermenêutica e dialética: Hegel na perspectiva de gadamer. *In*: ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer**. Trad. Custódio Luís Silva de Almeida. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, n. 29, jul./dez. 2006.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANJOS, Pedro Germano dos. Os graus da discricionariedade da Administração Pública no âmbito do Direito orçamentário. *In*. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília: CONPEDI, 2008.

APPIO, Eduardo Fernando. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAGON, Manuel. **Constitucion y control del poder: introducción a uma teoría constitucional del control**. Bueno Aires: Ediciones ciudad argentina, 1994.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Leonel Vallandro e Gred Borheim. São Paulo: Abril Cultural e Industrial, 1973.

_____. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ARON, Raymond. **As Etapas do pensamento sociológico**. Disponível em: <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/aron_montesquieu.html>. Acesso em: 12/07/2007.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

BACHOF, Otto. **Estado de Direito e Poder Político: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política**. Coimbra: Coimbra, 1980.

BALEEIRO, Aliomar. **O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças e à Política Fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA, Ruy. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. ordenados por Homero Pires. I volume - das disposições preliminares. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In*: BARCELLOS, Ana Paula; TORRES, Ricardo Lobo (Orgs.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. 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 (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os Direitos Sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**. Brasília, Ano 23, n. 82, 4. Trim, 2005

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br>. Acesso em: 06/11/2010.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <www.pfdc.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em: 20/11/2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *In:* SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Orgs.). **Controle de constitucionalidade & Direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política.** Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: um enfoque político e social. *In:* SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BERLIN, Isaiah. **Idéias políticas na era romântica:** ascensão e influência no pensamento moderno. Trad. Rosaura Eichenberg. Lisboa: Companhia das letras, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova Jurisdição Constitucional brasileira:** legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis.** Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

_____. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Teoria Geral da Política**. A filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccacia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional. *In*: BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang (Org.). **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Trad. Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *In*: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de Direito tributário e finanças públicas**: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CAMPBELL, Tom. **La justicia**: los principales debates contemporâneos. Barcelona: Gedisa, 2001.

CAMPOS, Francisco. Orçamento – Natureza Jurídica – Anualidade – Discriminação de Rendas – Imposto de Indústrias e Profissões – Movimento Econômico – Imposto sobre Vendas e Consignações. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, vol. 71, jan./mar. 1963.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas. **Separação dos Poderes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

_____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional altruísta.** Trad. Sandra Regina Martini Vial; Patrick Lucca da Ros; Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano. **Curso de Direito Administrativo.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, n. 3, mai. 1999.

_____. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI, Marcelo. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia.** São Paulo: Ática, 1995.

CHAVES, João Freitas de Castro. **Orçamento e participação popular no modelo porto-alegrense.** Breves comentários. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1278>>. Acesso em: 14/09/2010.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e ordem global. Trad. Pedro Joegensen Jr. São Paulo: Bertrand Brasil, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CITADINI, Antônio Roque. **O Controle Externo da Administração Pública.** São Paulo: Max Limonad, 1995.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista de Comunicação, Cultura e Política.** Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, jul./dez. 2004.

_____. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva.** Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização abstrata na constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *In: A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário*. Ano. 1999.

_____. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15/07/2008.

COELHO, Luis Fernando. **Teoria crítica do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Inocêncio Mártines; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. *In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

COMANDUCCI, Paolo. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um aná­lisis metateórico. *In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). Estudos de Direito Constitucional: Em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos. **Revista de Filosofia Política**. Porto Alegre, n. 2, 1985.

CORREIA NETO, Celso de Barros. **Orçamento Público: uma visão analítica**. Disponível em: <www.esaf.fazenda.gov.br>. Acesso em: 05/09/2010.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A autonomia moral da Constituição: da fundamentação da validade do Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

DAHL, Robert. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Trad. Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.

_____. **Sobre a democracia.** Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2003.

DAVI, Kaline Ferreira. **A dimensão política da Administração Pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e Constituição Federal de 1988. **Revista trimestral de Direito público.** São Paulo, n. 1, 1993.

DERANI, Cristiane. Política pública e a norma política. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2000.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição Norte Americana.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais.** Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais Constitucionais como instituições deliberativas. Trad. Julia Sichieri. *In:* BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro Del Estado de Derecho. *In:* CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do Estado Democrático de Direito. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A democracia no limiar do Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, Ano 9, n. 44, jul./ago. 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/02/2010.

FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Arguição de Descumprimento Fundamental no Direito Tributário. *In*: FISCHER, Octavio Campos. **Tributos e direitos fundamentais**. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. Insegurança Jurisdicional e a tributação no Brasil. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et. al.* (Orgs.). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O princípio da eficiência e a tributação do Brasil. *In*: MARTINS, Ives Gandra. **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da Administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina. **Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa.** São Paulo: Dialética, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I.** trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. Sobre o círculo da compreensão. *In:* ALMEIDA, Custódio Luís Silva de (Org.). **Hermenêutica filosófica:** nas trilhas de Hans-Georg Gadamer. Trad. Custódio Luís Silva de Almeida. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALLUPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença** - Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.** Coimbra, XLVI, n. 2, 2007.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder.** 3. ed. Madrid: Civistas, 1995.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno.** Barcelona: Ariel, 1996.

_____. Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls:** Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público.** Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos.** Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em: 09/02/2007.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRIMM, Dieter. **Constituição e Política.** Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade,** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Federalistas**. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HARADA, Kiyoschi. **Direito Financeiro e Tributário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade**. Brasília: Ed. UnB, São Paulo: Visão, 1983.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política: Fundamentação de uma filosofia crítica do Direito e do Estado**. Trad. Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Manual de Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

_____. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **La garantía jurisdiccional de la Constitución** (La justicia constitucional). Trad. Rolando Tamayo Y Salmorán. México-DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. Trad. Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Ano 36, n. 144, out./dez. 1999.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. **Rawls: Teoria d justiça e os seus críticos**. Trad. Henrique da Silva Seixas Meirelles. Coimbra: Gradiva, 1995.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da 'reserva do possível'. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e Direito moderno**. Curitiba: Juruá, 2000.

MARCUSE, Herbert. Ética e revolução. *In*: MARCUSE, Herbert. **Cultura e sociedade**. Trad. Leo Maar de Wolfgang. Maria Loureiro Isabel e Robespierre de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra. V. 2, 1998.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial entre o sentido da estrutura e a estrutura do sentido**. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARSHALL, John. **Decisões de Marshall**. Trad. Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAUÉS, Antonio Moreira. Legitimidade da Justiça constitucional: reflexões sobre o caso brasileiro. *In*: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Moreira (Orgs.). **Justiça Constitucional e democracia**. São Paulo: Dialética, 2005.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo geral**. Trad. Luis Afonso Hack. Barueri: Manole, 2006.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Ensino Jurídico, Literatura e Ética**. Brasília: OAB Editora, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Finanças Municipais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17/08/2010.

_____. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 30/12/2008.

_____. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17/08/2010.

_____. Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade: Algumas notas. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília, Ano 1, v. 1, mai. 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12/12/2008.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda de 1969**. Vol. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O Brasil pós-1988. Dilemas do/para o estado constitucional. *In*: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo e princípio da eficiência. *In*: SUNFELD, Carlos Ari; MUNOZ, Guilherme Andréas (Coords.). **As leis de processo administrativo – Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOUFFE, Chantal. **O regresso político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

_____. **A cidadania democrática e a comunidade política**. Disponível em: <<http://www.fclar.unesp.br/publi/publicacoes/art5.html>>. Acesso em: 15/05/2009.

MOTTA, Fabrício. **Função normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Direitos fundamentais e concurso público. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 1, 2010.

_____. **Das Sanções**. *In*: GASPARINI, Diógenes (Org.). **Pregão Presencial e Eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, n. 9, jul./dez. 1999.

_____. **Métodos de trabalho do Direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MUÑOZ, Eduardo Cifuentes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. *In*: **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**, n. 20, 1999.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Pública da Economia**. Belo Horizonte, n. 20, p. 153-181, out./dez. 2007.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Curso de Direito financeiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NAY, Olivier. **História das idéias políticas**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à jurisdição**. Coimbra: Almedina, 2007.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PAUL, Wolf. Estabilidade constitucional e reforma do Judiciário. Considerações em defesa da "Constituição coragem". **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**. São Paulo, n. 20, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en El Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: Ed. 34, 1996.

PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica**. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A teoria pura do Direito e a argumentação**. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br>. Acesso em: 03/12/2010.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira E Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRADO, Lídia Reis de. **O Juiz e a Emoção**. 4. ed. São Paulo: Millennium, 2008.

PRIORE, Mary Del; VENANCIO, Renato. **Uma breve história do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, Jhon. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **Justiça e Democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZENDE, Fernando. **Finanças Públicas**. São Paulo: Atlas, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Os dez anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. **A construção democrática brasileira e o Poder Judiciário**, n. 20, 1999.

_____. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição Constitucional na Europa e nos Estados Unidos: paradoxos e contrastes. Trad. Adauto Villela. *In*: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e Democracia** - Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Tese de Doutorado, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo y positivismo**. México: Distribuciones Fontamara, 1999.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. Curitiba, v. 7, n. 7, jan./dez. 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. Trad. Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Jose Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Orçamento-programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. **Jurisdição constitucional procedimentalista**. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br>>. Acesso em: 14/05/2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: Uma nova crítica do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. *In*: DAGNINO, Evelina (Org.). **Sociedade Civil e espaços públicos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_____. **Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

THALER, Richard; SUSTEIN, Cass. **NUDGE: O empurrão para a escolha certa**. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito financeiro e tributário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas. Petrópolis: Vozes, 1996.

TROPER, Michel. **Filosofia do Direito**. Trad. Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional:** aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassez Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Trotta, 1995.

WALD, Arnaldo. O novo Supremo Tribunal Federal. *In:* SILVA, Christine Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Orgs.). **Controle de constitucionalidade & Direitos fundamentais:** estudos em homenagem ao Professor Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.