

FACULDADES DE VITÓRIA - FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

VITÓRIA
2004

FACULDADES DE VITÓRIA - FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JUNIOR

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, na área de concentração em Direitos Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Geovany Cardoso Jevaux

VITÓRIA
2004

FACULDADES DE VITÓRIA - FDV

MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR

O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Vitória, _____ de _____ de _____.

A meus pais Américo Bedê Freire e Maria
Sueli Lobo Bedê Freire e as mulheres de
minha vida Márcia e Amanda.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a Deus, Nossa Senhora de Nazaré e Santo Antônio;

Ao Professor Doutor Geovany Cardoso Jevaux pela paciência e lições que permitiram a elaboração da presente dissertação;

A minha esposa Márcia Martins de Sousa Bedê Freire por seu apoio, carinho e amor constantes em tudo o que faço;

Ao meu Pai de quem herdei a vocação para a magistratura e minha mãe de quem herdei a vocação para o magistério;

A bebê Amanda pela realização de um sonho;

Ao amigo José Roberto Almada pela amizade e observações ao longo do trabalho;

A todos os colegas Magistrados e aos funcionários e estagiários da Justiça Federal de Vitória.

“Cubra-me com seu manto de amor
Guarda-me na paz desse olhar
Cura-me as feridas e a dor me faz
suportar
Que as pedras do meu caminho
Meus pés suportem pisar
Mesmo ferido de espinhos me ajude a
passar”

Roberto Carlos

Resumo

A história do constitucionalismo amadureceu a existência de uma nova missão para as constituições contemporâneas, sob as quais a sociedade deve ser afetada, na vida de seu povo, pela força dos direitos fundamentais – a chamada “constituição viva”.

A teoria da separação dos poderes enseja uma diferente perspectiva em algumas sociedades que ainda aguardam desenvolvimento social pleno, como no Brasil, onde muitas peculiaridades históricas e culturais implicam numa diferente visão dessa teoria, significando uma forma razoável de assegurar a força normativa da constituição material.

Para assegurar claramente a efetividade das políticas públicas em geral é necessário adotar uma política mais incisiva de controle judiciário. Nesse contexto, dois são os diferentes níveis de controle judiciário: o primeiro, as atividades de controle judiciário devem acontecer quando a administração não adota qualquer política para satisfazer as necessidades públicas da comunidade; o outro, quando a política é impropriamente adotada pela administração, implicando na falta de satisfação do interesse público ou, ao mesmo tempo, no mal uso do dinheiro público. Em ambos os casos, a missão do controle judiciário se mostra indispensável para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais incluídos na constituição material.

Abstract

The history of constitutionalism provides maturity to the existence of a new mission to the contemporary constitutions, under which the society is supposed to be affected, on the lives of the people, by the force of the fundamental rights – the so called “living constitution”.

The theory of the separation of the public powers concerns a different perspective in some societies that still expecting social development, like in Brasil, where many historical and cultural peculiarities implies a different view of such a theory, meaning a reasonable way to assure the normative strenght of the material constitution.

To clearly assure efectivity of public policies on a general point of view it is necessary to adopt a more incisive policy on the judiciary control. On this context, there are two differents levels of judiciary control: one of them, the judiciary control activities take place when there are no policies adopted by the administration to satisfy public needs of the comunit; the other, when a policy is improperly adopted by the administration, impling on a lack of public needs satisfactions or, on the same time, on the bad use of public founds. In both cases the mission of the judiciary control appears as an indispensable activity to assure the efectivity of the fundamental rights included on the material constitution.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO	10
1 BREVE BOSQUEJO DO SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	22
2 A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO	29
3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES (FUNÇÕES) NOS DIAS ATUAIS.....	34
4 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E AS QUESTÕES RELATIVAS À LEGITIMIDADE DO JUIZ PARA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	44
5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	47
6 A LEGITIMIDADE DO JUIZ PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS	50
7 O CONTROLE JUDICIAL NA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	58
8 RESERVA DO POSSÍVEL PARA QUEM?	66
9 O CONTROLE JUDICIAL QUANDO HÁ POLÍTICAS PÚBLICAS INSUFICIENTES	72
10 A CONSTITUIÇÃO SUBSTANTIVA – PARA ALÉM DA FORMA CONSTITUCIONAL	79
11 INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	83
12 PODERES DO JUIZ NA AÇÃO CIVIL COLETIVA.....	87
13 ABERTURA NO PROCEDIMENTO DO PROCESSO COLETIVO	93
14 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	96
15 LIMITES À ATUAÇÃO JUDICIAL – A AUTOCONTENÇÃO E A HETEROCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	105
CONCLUSÕES.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.	117

INTRODUÇÃO

O mundo contemporâneo vem aprendendo a relativizar todas as teorias científicas unidimensionais, admitindo, então, a possibilidade de inexistir um paradigma único como panacéia para resolução dos conflitos.

O controle judicial de políticas públicas é um tema que provoca reações diversas e apaixonadas entre os autores. Na medida do possível, serão fornecidos os principais argumentos de cada uma das teses existentes sobre tão envolvente tema.

Sobre o tema da presente dissertação, Inocêncio Mártires¹ afirmou que “Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la”; todavia é necessário extrair das antigas partituras novas sonoridades².

Ainda é recente, no Brasil, a discussão sobre o controle judicial de políticas públicas³. De fato, vários questionamentos podem ser feitos ao tema. Pretende-se que, ao longo do trabalho, pelo menos, possam ser analisados os problemas relativos aos parâmetros do controle judicial sobre políticas públicas à questão da compatibilização do controle judicial de políticas públicas e ao princípio da separação dos poderes.

Objetiva-se, ainda, verificar de que modo, no mundo globalizado, é necessário o controle judicial de políticas públicas; detalhar quais os instrumentos que estão à disposição do juiz para a efetivação do controle de políticas públicas e evidenciar que o controle judicial de políticas públicas pode contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais.

¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Jurisdição Constitucional e Criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 07, p. 169, 2002.

² Expressão de MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**: temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984.

³ As referências ao direito comparado serão efetuadas apenas quando possível a sua adequação às peculiaridades do ordenamento brasileiro.

Questão relevante ainda é analisar se é possível ao Poder Judiciário determinar que o Estado adote determinadas políticas públicas, quando de sua omissão do cumprimento das normas constitucionais.

Para cumprir tal tarefa, haverá um breve bosquejo do Estado Democrático de Direito, com a intenção de explicar a origem da atual noção de Constituição, para, em seguida, demonstrar como a globalização atingiu a noção de Constituição e de políticas públicas.

Ato contínuo, é de ser feita uma análise sobre a separação de funções em nossos tempos. Com essas premissas, haverá elementos para iniciar na essência do tema proposto.

Observar-se-á, então, o tema da legitimidade do juiz para efetuar controle de políticas públicas, em que serão catalogados argumentos contrários e favoráveis à maior intervenção judicial no tema em estudo.

O problema da omissão total e omissão parcial de políticas públicas, bem como a concepção substancial da Constituição como ponto de partida para uma postura mais ativa do Poder Judiciário serão analisados em seguida.

Exposta a legitimidade do juiz e a necessidade de sua atuação mais ativa no tema de controle de políticas públicas, serão apresentados os instrumentos para a efetivação do controle judicial de políticas públicas. Nesse diapasão, especial atenção deve ser dada aos poderes do juiz na ação civil coletiva, a fim de fornecer subsídios para essa atuação ativa do magistrado.

O capítulo sobre controle concentrado de constitucionalidade cumpre importante papel na dissertação, uma vez que pretende detalhar um dos mecanismos que tem aptidão nata para viabilizar o controle judicial de políticas públicas.

Será ainda necessário ressaltar as questões relativas à autocontenção e heterocontenção do Poder Judiciário.

Ao final, serão expostas as conclusões dessa tarefa de justificação do controle judicial de políticas públicas.

1 BREVE BOSQUEJO DO SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Todas as realidades de hoje foram utopias de ontem.

P. Lucas Verdú.

Não é simples a tarefa de explicar a evolução e a formação do constitucionalismo até chegarmos ao Estado Democrático de Direito. Deveras, até por uma questão de precisão terminológica, há de se fixar sobre qual constitucionalismo estamos a falar. Parece-nos que as generalizações do tema levam à impossibilidade de uma análise adequada. A título de exemplo, podemos situar que as experiências inglesa, norte-americana e francesa têm fundamentações completamente diferenciadas⁴, apesar de desembocarem em conclusões assemelhadas.

É certo que, para não fugirmos ao objeto de nosso trabalho, não devemos tecer considerações sobre a identificação de um direito constitucional pré-medieval⁵. Todavia devemos lembrar com Lassale⁶ que “...todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos de sua história, uma Constituição real e efetiva...” No final do Século XVIII, a história da humanidade atingiu determinado nível em que foi possível, seja através da revolução (E.U.A e França), seja por meios mais brandos (Inglaterra), chegar a um consenso sobre a existência dos direitos fundamentais, núcleo essencial do Constitucionalismo.

Pode-se argumentar que restringir a expressão *constitucionalismo*⁷ ao reconhecimento de direitos fundamentais é uma visão reducionista. Todavia o que

⁴ Para uma análise aprofundada do tema, ver a precisa obra SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 e JIMENEZ ASENSIO, Rafael. **El Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

⁵ Para uma análise detalhada da existência da Constituição entre os antigos, ver LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964 e FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: De la antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

⁶ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1988.

⁷ Fioravanti define o constitucionalismo como “ El constitucionalismo es concebido con el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar em el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantía” FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução Manuel Martínez Neira. Madrid:

se pretende é ressaltar a grande novidade nessa época da história: a conscientização da necessidade do reconhecimento de direitos⁸, até porque as normas de organização do Estado já existiam desde as constituições dos antigos.

Pode-se dizer que isso é uma visão romântica, pois, por detrás do discurso da igualdade, fraternidade e liberdade, há a intenção burguesa não declarada de rompimento com um sistema que não servia mais às pretensões dos detentores do controle real da economia.

Efetivamente, a construção das declarações de direitos provocou uma importante mudança no eixo das relações sociais da época, posto que, no plano formal, foram alcançados os direitos hoje denominados de primeira geração⁹.

Com esse sistema de garantias, vigorava, de forma quase unânime, a doutrina do liberalismo¹⁰, crédula em que a liberdade plena do indivíduo, conjugada ao absentismo do Estado, viabilizaria um tratamento superior ao da época absolutista.

Trotta, 2001. p. 84. “O constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas, que aproximadamente a partir da metade do século XVII dedicaram-se a incluir na constituição dos modernos o aspecto relativo a limites e garantias” Tradução livre

⁸ Não se deve argumentar com a Magna Carta de 1215 para criticar o sabor de novidade da declaração de direitos, pois se sabe que a Magna Carta, escrita propositadamente em latim, tinha como seus destinatários apenas os nobres ingleses, diversamente do período de que estamos a tratar com pretensões universais. A *petition of rights* e o *bill of rights* também não merecem ostentar a condição de fonte primária do reconhecimento de direitos, pois foram especialmente composições do rei com a nobreza inglesa.

⁹ O autor não desconhece a crítica ao termo *geração* e à posição de prestigiosa doutrina pátria pela utilização do termo *dimensão*, todavia, para os fins de um capítulo histórico, parece-nos mais adequada a terminologia *geração*. Cabe destacar, porém, que o termo *dimensão* também é criticado na doutrina. George Marmelstein alerta que: “doutrina continua incorrendo no erro de querer classificar determinados direitos como se eles fizessem parte de uma dada dimensão, sem atentar para o aspecto da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Na verdade, não é adequado nem útil dizer, por exemplo, que o direito de propriedade faz parte da primeira dimensão. Também não é correto nem útil dizer que o direito à moradia é um direito de segunda dimensão”.

O ideal é considerar que todos os direitos fundamentais podem ser analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão). Não há qualquer hierarquia entre essas dimensões. Na verdade, elas fazem parte de uma mesma realidade dinâmica. Essa é a única forma de salvar a teoria das dimensões dos direitos fundamentais”. LIMA, George Marmelstein. **Crítica à teoria de gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**: doutrina jurídica brasileira. Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7 9

¹⁰ Apesar da dificuldade de definir o conteúdo do liberalismo, adotamos o conceito de Bobbio, ao afirmar que “o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social”. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 17.

Para implementação dessa política liberal, foi construído o dogma do princípio da legalidade¹¹ e da onipotência do legislador¹². Entretanto, em um tempo histórico curto, percebera a humanidade que a solução aventada não bastava por si para efetivar uma prática social tão bela quanto os discursos da época. Reinhold Zippelius¹³, com precisão, sintetizou o sentimento vigente de frustração ao pontificar:

Era um optimismo grandioso que preenchia estas teses. No entanto, fracassou a idéia optimista de um Estado que permitisse que a personalidade do indivíduo, a sociedade e a economia se desenvolvessem de acordo com as suas próprias leis. A bênção de uma economia que se desenvolvesse sem intervenções nem restrições por parte do Estado revelou-se, para os milhares de operários apanhados pela engrenagem das novas fábricas e minas, como sistema de exploração desumana. Os empresários e operários eram, sem dúvida, juridicamente livres de celebrar e rescindir contratos de trabalho, mas em termos económicos esta liberdade consistia para o operário na escolha entre trabalhar sob condições muitas vezes mais que indignas ou morrer de fome.

Constatamos, da forma mais dura possível, que a liberdade formal podia representar a escravidão real e que era preciso novamente romper com o paradigma vigente. Os dogmas construídos da onipotência do legislador e seu fruto (a lei) entraram em crise, visto que eram incapazes de equacionar os ditames de uma sociedade desigual¹⁴. Como sintetizou, com pena de ouro, Boaventura de Sousa Santos¹⁵:

¹¹ Zagrebelsky pontifica que: “ Se habrá notado que los aspectos Del Estado liberal de derecho indicados remiten todos a la primacia de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad”. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 24. Há de se notar que os aspectos do Estado liberal de direito indicados remetem todos a primazia da lei em face da Administração, da jurisdição e dos cidadãos. O Estado liberal de direito é um Estado legislativo que se afirmava a si mesmo através do princípio da legalidade.” (Tradução nossa)

¹² Valeriano Martín afirma que: “a aspiração da burguesia triunfante foi dominar o poder judicial, convertê-lo em simples instrumento de aplicação das leis de liberdade burguesas. O juiz submetido estritamente à lei, sem possibilidades de interpretá-la livremente ou estendê-la por analogia e, menos ainda, de ser criador do direito, era um dos desejos dos velhos poderosos do liberalismo, que pretendiam com isso assegurar a supremacia dos objetivos das classes sociais, representadas no Parlamento, e garantir, também, a segurança jurídica frente à arbitrariedade reinante no antigo regime”. *Apud* ALBURQUEQUE, Mario Pimentel. **O Órgão Jurisdicional e a sua Função: estudo sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 15.

¹³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. 379.

¹⁴ Manoel Gonçalves relata que: “O pior de tudo vem como decorrência. É o desprestígio da lei. Instável, vantagem passageira, expressão partidária, instrumento de interesse, não podendo alcançar, como não alcança, o respeito. Muito menos a veneração que antes recebia. Como venerá-la quando exprime a vitória de interesses ocasionalmente favorecidos pelo quadro político, em detrimento de interesses tão ponderáveis como os triunfantes, que são esmagados? Como venerá-la, quando é uma vantagem que se obteve caro, ou uma desvantagem – ressentida como injusta – que

O Estado Constitucional do século XIX é herdeiro da rica tradição intelectual descrita na secção anterior. Contudo, ao entrar na posse desta herança, o Estado minimizou os ideais éticos e as promessas políticas de modo a ajustar uns e outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. A soberania do povo transformou-se na soberania do Estado-nação dentro de um sistema inter-estatal; a vontade geral transformou-se na regra da maioria (obtida entre as elites governantes) e na *raison d'état*; o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado; a boa ordem transformou-se na ordem *tout court*.

Estão criadas as condições¹⁶ para o surgimento do Estado de bem estar social ou *Welfare State*.

Verificou-se, então, a necessidade de uma efetiva intervenção estatal com o desiderato de materializar os sonhos de garantia de direitos como vida, saúde, alimentação e quejandos. Emergem os direitos de segunda geração a exigir prestações positivas¹⁷ por parte do Estado, passa a existir uma regulamentação direta no comércio e nas relações trabalhistas e surgem os primeiros sistemas de Previdência Social.

Muitos autores¹⁸ reconhecem que, já nesse momento, desapareceu o carácter assistencial e caritativo da prestação de serviços do Estado, e estes benefícios passaram a ser vistos como direitos próprios da cidadania; todavia faz-se mister ponderar que esses direitos ainda eram vistos mais como uma dádiva do que como verdadeiros direitos com exigibilidade judicial.

se combate, ou se contorna, quando não viola ostensivamente? Mesmo porque se antevê que o que é hoje violação, amanhã deixará de o ser, como ontem não o era? Como venerá-la, se ela aparece freqüentemente (cite-se em francês para que não se perca o *jeu de mots*) '*comme un procédé de diversion ou même de divertissement*'?". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 50.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 140.

¹⁶ Dinorá Grotti aponta que "...as imperfeições e opressões do liberalismo no âmbito econômico e social, acabaram por gerar inúmeras injustiças e desigualdades sociais que, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado.". GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 63.

¹⁷ É preciso observar, como bem demonstrado por Sunstein e Holmes, que todos os direitos humanos geram custos ao Estado e, em certa medida, exigem prestações positivas na obra **The Cost of Rigths**. Cambridge: Harvad University Press, 1999.

¹⁸ Streck, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 63.

Nesse modelo, é responsabilidade do Estado assegurar a materialização dos direitos fundamentais através de sua intervenção direta na sociedade. Dessa forma, a teoria das normas de eficácia programática contribuiu decisivamente para esvaziar a efetivação de muitos direitos de segunda geração, visto que, apesar de reconhecida a necessidade de intervenção estatal, a eventual omissão estatal na implementação desses direitos não era sancionada satisfatoriamente.

O Estado de bem estar social¹⁹ entra em crise, pois, como afirmado por Salo de Carvalho²⁰ :

A crise do Estado providência passa a ser perceptível a partir do momento em que se nota uma gradual predominância da razão mercadológica (nova *Lex Mercatoria*) em detrimento das garantias sociais. O discurso (oficial) que justifica o perecimento do modelo intervencionista é ancorado nos problemas de financiamento(custos) dos direitos. Segundo os gestores da crítica ao modelo político-econômico social, sobretudo Hayek e Friedman, as possibilidades de arcar com os compromissos do Estado providência são irrealis.

Em virtude de mais promessas não cumpridas, foi construído um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito²¹, que buscava oferecer soluções qualitativamente superiores aos demais estádios do constitucionalismo.

¹⁹ Já no estado de bem estar social, existiam autores que defendiam uma postura mais ativa do Judiciário. Jorge Hage afirma que: “Quando se passa ao Estado de Bem Estar Social, cuja ordem jurídica contém políticas públicas fixadoras de programas e que têm em vista, na aplicação do direito, uma justificação a partir de princípios, a situação se altera forçosamente. Agora, a materialização que ocorre no Direito implica também sua remoralização, eis que a argumentação jurídica se torna receptiva a argumentos de princípio moral e de políticas públicas (embora seja fundamental, para os fins desse estudo, distinguir uma coisa da outra, insista-se, conforme demonstrado no capítulo anterior). Isso, obviamente, reduz a vinculação linear do Judiciário a diretrizes estabelecidas pelo legislador ordinário. As normas de princípios fundamentais- como os direitos fundamentais- que agora perpassam a ordem jurídica requerem uma leitura construtiva do caso individual, sensível ao contexto, e referida ao sistema como um todo. E isso aumenta o poder do Judiciário”. HAGE, Jorge. **Omissão Constitucional e Direito Subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 93.

²⁰ CARVALHO, Salo. **A ferida narcísica do direito penal – primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea**: CARVALHO Salo (Org) a qualidade do tempo para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 189.

²¹ “ Se o dizer de Ferrajoli é correto, então o constitucionalismo – na sua versão instituidora do Estado Democrático de Direito – não é somente uma conquista e um legado do passado; é, certamente, o legado mais importante do século XX e ainda será no século XXI. Mas a Constituição, enquanto conquista, programa e garantidora substancial dos direitos individuais e sociais, depende fundamentalmente de mecanismos que assegurem as condições de possibilidade para a implementação do seu texto. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 99.

Nunca existiu tanta preocupação²² com a efetivação da Constituição como em nossos dias. A Constituição do Estado Democrático de Direito tem a pretensão de fazer-se normativa e não meramente simbólica²³.

Há uma total releitura do papel da Constituição, vista não mais em uma perspectiva estática, mas sim em seu caráter dinâmico e aberto²⁴. Adicionada tal característica a uma denominada nova interpretação constitucional²⁵, permite-se vaticinar uma honesta esperança de que, finalmente, as promessas do constitucionalismo sejam cumpridas.

Reconhece-se um caráter promocional²⁶ no ordenamento jurídico, permitindo que haja, no plano teórico, condições para o pleno desenvolvimento do ser humano.

É mister, entretanto, levantar limites às expectativas depositadas no Estado Democrático de Direito, pois, parafraseando Salo de Carvalho²⁷, é indispensável entender as limitações da Constituição, abandonando a ilusão infantil da crença num poder irreal autoproclamado.

Entrementes, o fato de reconhecermos as limitações intrínsecas à folha de papel escrita por uma geração não significa uma postura pessimista, mas sim uma consciência de que, se, por um lado, a Constituição tem um papel vital nos nossos dias, por outro, não é a panacéia para todos os dilemas da condição humana.

²² ou consciência da falta de efetivação.

²³ Sobre a Constituição simbólica, ver NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

²⁴ BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. LEITE, George Salomão (Org.). **Dos princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

²⁶ Siqueira Castro lembra que: “a função promocional do direito (funzione promozionale del diritto) a que alude Bobbio, e que corresponde a um Estado de Direito promocional, destinado a exercer a arbitragem pacificadora entre interesses dicotômicos e em permanente conflito (capital/trabalho, indivíduo/coletivo, cidade/campo, inflação/recessão, desenvolvimento industrial/proteção do meio ambiente, mercado interno/mercado externo, público/privado, pobres/ricos, etc) e a cumprir pautas de exigências cada vez mais irrealizáveis”. SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais**. Forense: Rio de Janeiro, 2003. p.258.

²⁷ As observações do autor referem-se a direito penal, mas são adequadas para a Constituição. CARVALHO, Salo. **A ferida narcísica do direito penal – primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea**: a qualidade do tempo para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 207.

O Direito precisa ser aplicado em uma sociedade plural, dominada pelo ritmo da velocidade e por uma ordem econômica mundial que não se preocupa com a garantia de direitos, mas sim com a manutenção de seus privilégios.

Nesse peculiar contexto histórico e econômico, o Estado Democrático de Direito é atingido pelo fenômeno da globalização, razão por que tecer-se-á, no próximo capítulo, alguns comentários específicos sobre a influência da globalização no Direito.

2 A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO

Há, em nosso tempo, duas categorias de juristas: os da legalidade e os da legitimidade, os tecnocratas e os retóricos, os das normas e regras e os dos princípios e valores, os juristas do *status quo* e os juristas da reforma e da mudança.

Eu me inscrevo nas fileiras do segundo grupo, porque, sendo ambos ideológicos, um pertence à renovação e ao porvir, ao passo que o outro se filia à corrente conservadora e neutralista. Mas este último, sem embargo de apregoar neutralidade, professa, em derradeira instância, uma falsa e suposta isenção ideológica e, pelo silêncio e abstinência, acaba por fazer-se cúmplice do sistema e das suas opressões sociais e liberticidas.

Paulo Bonavides

É intensa a produção acadêmica, bem como o debate sobre o termo globalização²⁸, ou mundialização, como preferem os franceses. Existe, portanto, uma diversidade de enfoques e dimensões sobre como é abordado o fenômeno²⁹. No presente capítulo o nosso objetivo é verificar o modo pelo qual a globalização vem influenciando o Direito, ou melhor, as instâncias formais de produção do direito.

Nesse contexto, duas observações iniciais, com forte carga negativa, são importantes sobre a globalização. A primeira é a de que a globalização, em seu aspecto econômico, e o neoliberalismo são tratados como uma realidade inexorável³⁰ de nosso tempo. A segunda é de que a vontade da maioria dos eleitores

²⁸ “Todas as palavras da moda tendem a um mesmo destino: quanto mais experiências pretendem explicar, mais opacas se tornam. Quanto mais numerosas as verdades ortodoxas que desalojam e superam, mais rápido se tornam cânones inquestionáveis. As práticas humanas que o conceito tentou originalmente captar saem do alcance da vista e são agora os fatos materiais, a qualidade do mundo lá fora que o termo parece esclarecer e que ele invoca para reivindicar sua própria imunidade ao questionamento. A globalização não é exceção à regra.” BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 7.

²⁹ “A globalização não deve ser equacionada exclusivamente como um fenômeno econômico ou como um processo único, mas como uma mistura complexa de processos freqüentemente contraditórios, produtores de conflitos e de novas formas de estratificação e poder, que interpreta fortemente subjetividades e tradições, exigindo maior reflexividade na ação diante do incremento da complexidade e da incerteza, e que diz respeito não apenas à criação de sistemas em grande escala, mas também às mudanças nos contextos locais e até mesmo pessoais de experiência social.” Gómez, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000. p. 59.

³⁰ Agostinho Ramalho crítica veementemente essa falta de alternativas do discurso neoliberal ao afirmar que: “O neoliberalismo se dá como justificado de fato e por isso não se sente na necessidade

(partícipes de uma democracia formal), não encontra no projeto de globalização a identificação de seus pleitos.

De fato, entendemos que a única realidade inexorável do ser humano é a morte, não sendo crível acreditarmos que a globalização é inevitável. Preferimos nos filiar aos que sustentam que a globalização econômica vem prevalecendo em virtude de um capitalismo que precisa de novos mercados e que conseguiu, de certo modo, aniquilar os obstáculos externos ao regime. Como esclareceu Monique Sperber³¹:

A globalização é um fenômeno complexo e, portanto, não existe razão alguma para concebê-lo como um processo espontâneo, implacável, homogêneo, que não admitiria nenhuma regulação. A globalização não é uma lei da natureza, mas suma realidade construída por homens e mulheres.

Todavia, insta reconhecer que a globalização econômica vem produzindo uma massa de excluídos³² em condições quicá piores que as dos escravos, pois, como ponderou Agostinho Ramalho³³,

Nessa perspectiva, os atuais excluídos da cidadania e de tudo o que a ordem social pode apresentar como proteção estão numa situação ainda pior que a dos escravos. Estes são a condição necessária de uma ordem escravista. E essa necessidade os inclui. Como escravos, é verdade, mas ainda assim os inclui. Quanto aos excluídos, que necessidade pode haver deles no novo estado de coisas? Ninguém precisa deles, nem mesmo para oprimi-los.

de procurar justificativas éticas ou filosóficas, como o liberalismo precisou fazer. Apresenta-se como sem alternativas, como algo perante o qual não resta a ninguém, quer indivíduos, quer Estados, outra saída senão a de aderir. E aí, na negação de alternativas, transparece o totalitarismo simbólico neoliberal.” MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito: **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. CARVALHO, Salo (Org) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 113.

³¹ SPERBER, Monique Canto. **A globalização com ou sem valores: globalização para quem?**. São Paulo: Futura 2004. p. 54.

³² Atílio Boron esclarece: “...que tipo de sociedade deixa como legado estes quinze anos de hegemonia ideológica do neoliberalismo? Uma sociedade heterogênea e fragmentada, marcada por profundas desigualdades de todo tipo – classe, etnia, gênero, religião, etc. – que foram exarcebadas com a aplicação de políticas neoliberais. Uma sociedade dos “ dois terços” ou uma sociedade com duas velocidades, como costuma ser denominada na Europa, porque há um amplo setor social, um terço excluído e fatalmente condenado à marginalidade e que não pode ser reconvertido em termos laborais nem inserir-se nos mercados de trabalho formais do capitalismo desenvolvido”. BORÓN, Atílio. **A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal: pós-neoliberalismo, as políticas sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1995. p. 104.

³³ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo o declínio do direito in Direitos humanos e Globalização: Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. CARVALHO, Salo (Org) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 113.

Some-se a isso o fato de que as políticas públicas são tomadas então não no interesse da máxima efetividade dos direitos humanos, mas sim de grupos econômicos, pois qual seria o sentido de políticas públicas para os excluídos?

Nunca os interesses de Estado foram encontrados (forjados) para beneficiar tão poucos quanto em nossa época de globalização, uma vez que, no seu aspecto econômico, a globalização vem produzindo efeitos sociais inversamente proporcionais aos argumentos justificadores de sua implantação.

Em relação ao segundo aspecto mencionado, devemos investigar se, no contexto de globalização, o ato de votar se transformou em um ritual simbólico de legitimação formal³⁴ da lógica do economicamente forte e analisar se os direitos humanos podem ter densidade suficiente, a exigir que as políticas públicas sejam orientadas em direção distinta do mercado. Neste sentido, José Eduardo Faria³⁵ afirmou que:

A autonomia da política, como se vê, parece não ter o oxigênio necessário para sobreviver nesse contexto. Nele, a decisão de participar ou não da economia globalizada, na maior parte das vezes, fica fora do alcance dos legisladores eleitos pelo voto popular. Continuaremos votando e testemunhando a vitória de alguns e a derrota de outros, é certo, mas a tradicional política representativa tende a ser muito mais rito do que um efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva. O avanço da globalização leva ao sacrifício da política, e esse é um juízo de fato, não de valor.

Ora, a globalização coloca em xeque a própria concepção tradicional de legitimidade das urnas dos eleitos³⁶, bem como a própria noção do Estado Nacional. A democracia precisa ser reinventada, pois, como pontificou Mireille Delmas-Marty³⁷,

³⁴ Devemos lembrar, com Osvaldo Palu, que: “A representação não garante, por si só, a democracia, ou a legitimidade democrática dos governantes. Nesse sentido, é condição necessária, mas não suficiente; assim sendo, além de um governo representativo, o contínuo controle e a responsabilização dos governantes torna-se imprescindível a esse propósito. Representação e controle, podendo ser este jurisdicional ou via eleitorado, não excludentes, são as duas bases da democracia moderna. PALU, Osvaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 379.

³⁵ FARIA, José Eduardo. Globalização, autonomia decisória e política. In: Margarida Maria Lacombe, CAMARGO (Org.). **1988-1998 – Uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 310.

³⁶ Cristovam Buarque afirmou que: “Na democracia de hoje, milhões de cidadãos debatem sobre seus candidatos, elegem um presidente, para que alguns dias antes da posse um jovem burocrata de um banco, sentando a dezenas de quilômetros, mova alguns botões de seu computador e desarticule toda a economia do país; ou para que, dois dias depois da posse, uma missão de funcionários do FMI traga as normas que deverão ser seguidas nos anos seguintes”. BUARQUE, Cristovam. Prefácio. In: VIEIRA, LISTZ. **Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Em termos de poderes, a constatação seria a da impotência: o Estado perdeu o controle de suas fronteiras, que os atores privados atravessaram abertamente segundo estratégias hoje globais. Ele perde também o controle da regra de direito, inadequada às redes transnacionais (as do comércio, mas também as do crime organizado, ou da comunicação via *internet*). Os atores privados começam a produzir suas próprias regras, evidentemente adaptadas aos seus próprios interesses. Neste mundo governado por uma plutocracia cosmopolita suficientemente flexível e móvel para marginalizar ao mesmo tempo os Estados, os cidadãos e os juízes, a democracia precisa ser reinventada tanto sob sua forma tradicional de democracia representativa quanto sob a forma mais recente de democracia participativa.

É preciso, portanto, existir um vetor em direção contrária à hegemonia econômica e à lógica perversa da acumulação de capital. Esse vetor é a efetivação dos direitos humanos³⁸ a exigir de todos os operadores do direito a releitura de seus dogmas e a formulação de novas teorias.

Devemos acreditar no futuro, pois, como com maestria lembrou Daniel Sarmiento³⁹,

Enfim o quadro não é nada promissor. Mas o rio de Heráclito não deve correr para trás. No atual estágio de desenvolvimento da humanidade, não seria possível, nem recomendável, retornar ao figurino do constitucionalismo liberal preweimariano, em que as constituições limitavam-se a organizar o Estado e a garantir alguns direitos individuais, sem apresentar qualquer projeto de transformação da sociedade. Seria inaceitável, do ponto de vista ético, que as constituições se alhassem diante dos conflitos distributivos e dos problemas de justiça social que são o martírio das nações, sobretudo das subdesenvolvidas como o Brasil.

Essa esperança deve ser cultivada. Sem radicalismos, existem pontos positivos na globalização. Um ponto que deve ser ressaltado é que a globalização sem pátria permite que haja relativizações de dogmas das culturas locais, não na busca impensável e insossa de uma única cultura mundial, mas no aspecto que permite, sem etnocentrismo, a extração de novos valores e de novas visões de mundo.

³⁷ MARTY, Mireille Delmas. **Os sistemas de direito entre globalização e universalismo dos direitos do homem**: globalização para quem? São Paulo: Futura, 2004. p. 272.

³⁸ Cabe citar a conhecidíssima passagem de Bobbio ao afirmar que "...o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los". BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992. p. 24.

³⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional, **Revista de Direito Administrativo**, volume 223; jan/mar 2000, p 161.

Vivenciamos o paradigma da dúvida, da incerteza da relativização de todos os saberes e verdades da ciência. Afinal, se o próprio tempo e espaço são relativos, como construir algo absoluto?

Cabe destacar, nesse diapasão, as candentes palavras de Boaventura Santos⁴⁰ ao ponderar que:

...enquanto feixes de relações sociais, as globalizações envolvem conflitos e, por isso, vencedores e vencidos. Frequentemente, o discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios. Na verdade, a vitória é aparentemente tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer totalmente de cena.

Apesar de visualizar todos esses aspectos negativos da mundialização, deve-se tentar construir alternativas viáveis a fim de impedir que essa estranha ditadura⁴¹ não continue a ficar imune de qualquer controle e a impor flagrantes violações aos direitos fundamentais dos cidadãos. Como elemento essencial para esse contra ponto, é necessário repensar a separação dos poderes em nosso tempo.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura Sousa. As tensões da Modernidade. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, São Paulo, n 10, p. 75, 2002.

⁴¹ Título da obra de Viviane Forester, na qual a autora, com muita percuciência, aponta que “a estranha ditadura é aquela do lucro imposto sub-repticiamente pela economia ultraliberal atualmente dominante em todo o mundo, e que é, na verdade, uma pseudo-economia baseada em produtos sem realidade, inventados em razão do jogo especulativo, ele mesmo separado de todo ativo real, de toda produção tangível. Trata-se de um novo regime que vem substituir uma civilização que até aqui se fundava no emprego pelo desemprego ou por pseudo-salários que não permitem viver, um novo regime camuflado sob pretensas fatalidades econômicas e amparado por um clima, decoração e estruturas democráticas.” FORRESTER, Viviane. **Uma Estranha Ditadura**. São Paulo: UNESP, 2001, p 40

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES (FUNÇÕES) NOS DIAS ATUAIS

O direito atualmente se encontra 'hamletianamente' martirizado pelo dilema de ser arte ou ciência. Ou seja, entre ser 'tecnologia de controle', organização e direção social, o que implica uma formação unidisciplinar, meramente informativa, despolitizada e adestradora, estruturada em torno de um sistema jurídico tido como auto-suficiente, completo, lógico e formalmente coerente; ou ser uma 'atividade verdadeiramente científica', de natureza problematizante, eminentemente especulativa e acima de tudo crítica – o que exige uma formação reflexiva, não-dogmática e multidisciplinar, organizada a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações sócio-econômicas e sobre a natureza ideológica de toda ordem jurídica.

José Eduardo Faria

O princípio da separação dos poderes⁴² encontra-se positivado no artigo 2º da Constituição Federal ao prever que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nos estreitos limites desse trabalho, não cabe tecer a evolução histórica do princípio em comento, mas devemos lembrar com GOUGH⁴³ que:

...a invenção da doutrina da separação dos poderes foi freqüentemente atribuída a Montesquieu, e vários críticos acentuaram a originalidade e independência de sua contribuição, neste aspecto, à ciência política. Já em 1836, contudo, um escritor alemão, Carl Ernst Jarcke, descobriu em Locke o criador da doutrina da separação e equilíbrio de poderes e, considerando esta como uma descrição absurda e impossível da constituição inglesa, estigmatizou-o como o criador da falsa teoria do estado inglês.

Independentemente de reconhecermos em Montesquieu⁴⁴ ou Locke o primeiro estudo sistemático a impor a separação de poderes como forma de controle do

⁴²Esse capítulo não se deterá em todas as facetas do princípio da separação dos poderes. Efetivamente, Flávia Viveiros, por exemplo, aponta oito sentidos distintos em que pode ser utilizada a expressão separação dos poderes. Ver: CASTRO, Flávia Viveiros de. O Princípio da Separação dos Poderes in Os Princípios Constitucionais de 1988. NASCIMENTO FILHO, Firly (Org) Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

⁴³ GOUGH, J.W. A separação dos poderes e soberania. In: QUIRINO. **Pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rosseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992. p. 183.

arbítrio do detentor de poder , há de se atualizar aos tempos de hoje o alcance e o conteúdo do princípio.

É de se destacar, ainda, que não podemos pretender importar um modelo estrangeiro de separação de poderes sem a correta verificação de sua compatibilidade com as peculiaridades pátrias. A separação de funções é cambiante, por exemplo, no sistema francês. Asensio⁴⁵ sintetizou que:

“En qué se concretaba esa aplicación francesa del principio de separación de poderes? Básicamente en tres puntos:

- a) La soberanía parlamentaria y, en consecuencia, la supremacía de la Ley (la Constitución, a pesar de que pueda ser rígida, no es más que un documento de organización política del Estado);
- b) El mantenimiento de un Poder Ejecutivo fuerte, sólo con el contrapeso en su primera etapa por el legislativo y exento de control jurisdiccional;
- c) En la articulación de un Poder Judicial sometido plenamente al imperio de la Ley, ajeno al valor normativo de la Constitución y que no podía intervenir en ninguno de los ámbitos reservados a los otros poderes.

Ora, sem a utilização do direito alienígena, é de se estudar a separação de funções existente no Brasil, pois, como ponderou com maestria Sepúlveda Pertence⁴⁶,

O Princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação de poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República.

Nessa busca de densificação de um modelo brasileiro de separação de funções⁴⁷, é de se destacar de plano, e essa afirmação terá importantíssimas conseqüências ao

⁴⁴ Interessante observar a precisa ponderação de Blanco Valdés ao lembrar sobre Montesquieu que “o filósofo deixa apenas os seis parágrafos escritos sobre separação e todos os demais dos setenta e um do capítulo VI, descrevendo como imaginava coordenação de poderes”. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

⁴⁵ Em que consistia essa aplicação francesa do princípio da separação de poderes? Basicamente eram três pontos: a) A soberania do parlamento e, por conseqüência, a supremacia da lei (a Constituição, apesar da possibilidade de ser rígida, não era mais do que um documento de organização política do estado) ; b) manutenção de um poder executivo forte, apenas com o contrapeso do legislativo e isento de controle judicial , c) A articulação de um poder judicial submetido plenamente ao império da lei, alheio ao valor normativo da Constituição e que não podia intervir em nenhum dos espaços reservados aos outros poderes. (Tradução nossa)

ASENSIO, Rafael Jimenez. **El Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 82.

⁴⁶ conforme ADI nº 183 – MT DJ 31/10/1997 p 55.540

⁴⁷ Frise-se que não se pretende generalizar as conclusões da presente dissertação a todos os países do globo. De fato, em diversos países, podem existir outros mecanismos, por razões históricas ou culturais, que permitam uma efetivação da Constituição. Todavia o presente trabalho se preocupa

longo do texto, que em verdade a nomenclatura separação de poderes não deve prosperar, uma vez que , efetivamente, o poder estatal é uno.

Há, portanto, em nosso país uma separação de funções⁴⁸ e não de Poderes, até porque na verdade todos os “poderes” estão abaixo da Constituição.

Essa correção terminológica funcionará como premissa hermenêutica no presente trabalho. Deveras, o Poder Estatal é um só, materializado na Constituição, de onde se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais.

Após essa breve contextualização, devemos minudenciar o núcleo essencial do princípio da separação de funções no Estado Democrático de Direito. Ora, sabe-se que o Estado Democrático de Direito possui características substancialmente distintas da concepção liberal de proteção da burguesia em face da concentração de poder Estatal. Indiscutível, então, a conclusão de que não é possível enxergar atualmente o princípio com a visão do século XVIII. Paulo Suordem⁴⁹ sustenta como núcleo do princípio:

...na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio da moderação, racionalização e limitação do poder político estatal, no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável.

Verificamos, nessa definição, que a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista⁵⁰.

apenas com o nosso sistema. Parece adequado, então, rever a concepção tradicional de separação de funções na doutrina brasileira.

⁴⁸ Há autores que falam em hexapartição de poderes. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**: por uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

⁴⁹ SUORDEM, Fernando. O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais – a Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização. Coimbra: Almedina, 1995.

⁵⁰ Cláudio Mello pondera que: “De fato, a separação de poderes e os demais elementos constitutivos da organização estatal somente têm sentido enquanto peças – fundamentais, é verdade – do sistema de proteção dos direitos fundamentais assegurados na Constituição; a divisão não tem um fim em si ou tampouco pode autorizar a invocação da comodidade do exercício das funções governamentais contra o objetivo da garantia dos direitos”. MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a teoria

A principal característica do movimento constitucionalista foi, sem dúvida alguma, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico.

Nesse diapasão, deve ser frisado que não apenas os direitos da primeira geração devem ser protegidos pela separação dos poderes, mas todas as gerações dos direitos fundamentais, já que uma das características dos direitos fundamentais é a sua indivisibilidade. Todas as dimensões dos direitos fundamentais, portanto podem (devem) ser protegida pelo princípio em comento.

Constatamos, assim, ser um arrematado absurdo apontar o princípio da separação dos poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais, uma vez que tal interpretação aniquila a efetividade (correta aplicação) da separação dos poderes.

Se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁵¹ pontificava, em seu artigo 16, que “Toda sociedade que não garante os direitos fundamentais e a separação de poderes não tem uma constituição⁵²,” devemos reconhecer a profunda ligação entre os direitos fundamentais e a separação dos poderes, sendo essa última

Discursiva do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, p 274, abr.-jun. 2001.

⁵¹ A título de curiosidade, frise-se que foi discutida, à época, a elaboração de uma declaração de direitos da cidadã francesa.

⁵² Asensio pondera forte crítica ao artigo 16 com as candentes palavras: “ Y sorprende, en efecto , porque la tradición constitucional continental europea derivada de la Revolución francesa há negado sistemáticamente ambos datos. Los textos constitucionales que nacen de esse proceso revolucionário serán unicamente documentos de organización política. Por un lado, la Declaración de Derechos de 1789, como reconoció FAURÉ, sanciono la separación de lãs Declaraciones de Derechos Del campo constitucional, dotándolas así de una suertede autonomía y reduciendo al mínimo su valor jurídico. Por otro, la separación de poderes no pasará de tener em Europa continental un carácter meramente formal; esto és, el poder se dividirá en las tres ramas clásicas (Legislativa, Ejecutiva y Judicial) pero esa división será aparente, pues una de ellas (ya sea el Legislativo o el Ejecutivo, según los casos) predominará sobre las demás. Por lo comum, el “poder judicial” em Europa seráun “poder cautivo”, sometido em todo caso al Legislativo y dependiente de la rama Ejecutiva a través Del Ministério de Justicia.” JIMENEZ ASENSIO, Rafael. **El Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 13. “Surprende, com efeito, porque a tradição constitucional do continente europeu derivada da revolução francesa vem negando sistemáticamente ambas características. Os textos constitucionais que nasceram desse processo revolucionário eram unicamente documentos de organização política. Por um lado, a declaração de direitos de 1789, como reconheceu Faure, sancionou a separação das declarações de direito do campo constitucional, dotando-as assim, de uma autonomia que reduziu ao mínimo o seu valor jurídico. Por outro lado, a separação de poderes não passará de ter na Europa continental um carácter formal, isto é, o poder se dividirá em três ramos clássicos (legislativo, executivo, judicial) mas essa divisão será aparente, porque um dos poderes (ou o legislativo ou o executivo) predominará sobre os demais. Em comum na Europa apenas o fato de que o poder judicial será um poder “cautivo” submetido em todo caso ao legislativo e dependente do ramo executivo através do Ministério da Justiça”. (Tradução nossa)

expressão meio para atingirmos o desiderato maior de proteção dos direitos fundamentais.

Verificamos, então, que já está passando a hora da releitura da separação dos poderes como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito.

Tal releitura busca, especialmente, redimensionar a função judicial na materialização da Constituição, pois a Carta Magna escrita não pode, na verdade, ser a mera folha de papel tão acidamente criticada por Lassale⁵³.

A função judicial passa por uma profunda crise de identidade, já que, na concepção tradicional de separação dos poderes, o Poder Judiciário somente tinha plenitude nas relações privadas. Isto se dava porque o espaço público deveria ser ocupado apenas pelos eleitos pela população com liberdade absoluta, e agora o Judiciário precisa rever essa postura e passar a intervir mais ativamente no espaço público⁵⁴.

Inicialmente, cabe, nessa proposta de revisão do papel do Judiciário⁵⁵, trazer à baila três lúcidas ponderações de eminentes autores do Direito. Lenio Streck⁵⁶ aponta que, a partir da nova ordem jurídica, inaugurada pela Carta da República de 1988, as

...inércias do executivo e falta de atuação do legislativo passam a poder ser supridas pelo judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos

⁵³ LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

⁵⁴ É claro que, nos dias atuais, há uma sobreposição entre o espaço público e privado com a constitucionalização do direito privado e adoção de conceitos privados no Direito Público, mas constata-se claramente uma timidez (auto-contenção) do Judiciário em julgar determinadas questões afetas ao direito público.

⁵⁵ Frise-se que, na nossa frágil cultura constitucional, há uma constante tendência a uma supervalorização do poder Executivo. José Afonso da Silva pontificou sobre a Carta Magna de 1988: "Falhou, porém, na organização do poder. Um dos arraigados elementos da cultura política brasileira consiste na primazia do Poder Executivo e na tradicional desconfiança do poder Legislativo. Larga camada do povo mais carente acalenta a cultura paternalista, que vem do coronelismo, e espera do chefe do Poder Executivo, em todos os níveis de governo, a solução de seus problemas e dificuldades pessoais. Daí decorre um presidencialismo monárquico e personalista, que, não raro, tende a governar por cima dos demais Poderes. Esse centralismo presidencial assumiu feições exarcebadas no regime militar, em detrimento de um equilíbrio mais eficaz com os poderes Legislativo e Judiciário". SILVA, José Afonso. **A Constituição e a Estrutura de poderes**: debates sobre a Constituição de 1988. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 90.

⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. In: **1988-1998, uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p.323.

previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Ou isto, ou tais mecanismos legais/constitucionais podem ser expungidos do texto magno.

Krell⁵⁷ afirma peremptoriamente que:

Parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativos e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Cappelletti⁵⁸, por fim, já lecionava a necessidade de um Judiciário distinto do tradicional, afirmando o mestre de Florença com precisão:

Mas a dura realidade da história moderna logo demonstrou que os Tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador.

Pode-se, tranqüilamente, extrair das passagens retro-citadas uma preocupação comum, ou seja, a de que haja um novo perfil da atuação do Poder Judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais. Frise-se que tal proposta não se enquadra como um mero juízo subjetivo, mas como uma realidade que vem a cada dia demonstrando a sua aceitação e importância na materialização da Constituição.

Nessa toada, a Associação de Professores Alemães de Direito Político destacou a importância do Tribunal Constitucional⁵⁹ (função exercida pelo Poder Judiciário no Brasil) ao afirmar que:

⁵⁷ KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 29.

⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 47.

⁵⁹ SIMON, Helmut. La Jurisdicción Constitucional. In: BENDA et al (Orgs.). **Manual de Derecho Constitucional**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001. Não é concebível uma lei fundamental na qual não exista Tribunal Constitucional, com suas amplas competências. O Tribunal Constitucional é a mais importante garantia do respeito à Constituição pelos demais órgãos do Estado. A conseguinte contenção do poder político em benefício da normatividade da Constituição faz arraigar um importante significado para a lei fundamental na consciência social e contribui consideravelmente para a consolidação de uma nova ordem política (tradução livre)

No es concebible una Ley Fundamental en la que desapareciera el Tribunal Constitucional, con sus amplias competencias, sin que aquélla sufriera una reforma em su esencia. El Tribunal Constitucional se há evidenciado como el más importante garante del respeto por el resto de los órganos estatales al Derecho Constitucional. La consiguiente contención de poder político em beneficio de la normatividad de la Constitución há hecho arraigar el importante significado de la ley Fundamental em la conciencia social y há contribuído considerablemente a la consolidación del nuevo orden político.

Uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer uma das funções, mas a supremacia da Constituição, o que vale dizer que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções.

A eventual colisão de funções⁶⁰ não é um argumento válido para refutar o aprimoramento da função judicial em prol da melhor aplicação possível da Constituição, posto que existem, em todas as constituições, critérios prévios para a definição de soluções na hipótese de choques entre as funções, como, por exemplo, o controle de constitucionalidade⁶¹.

Outro aspecto relevante, que obriga a releitura da separação das funções, é a adoção de um novo papel aos princípios constitucionais⁶². Como pontificou com precisão Daniel Sarmiento⁶³:

As constituições são compostas por princípios e regras jurídicas. Uma Constituição que só contivesse princípios não emprestaria a segurança jurídica e previsibilidade necessárias ao ordenamento, mas uma Constituição, fundada exclusivamente em regras, não possuiria a plasticidade necessária à acomodação dos conflitos que eclodem na sociedade.

⁶⁰ Independência e harmonia são palavras que quase sempre, no mundo fático, entram em rota de colisão.

⁶¹ Situação particularmente dramática é quando o órgão de controle reconhece determinada norma inconstitucional e o parlamento (função controlada), ato contínuo, emenda à Constituição, retirando, por conseguinte, o fundamento para a declaração de inconstitucionalidade, esvaziando o controle.

⁶² Nos estreitos limites desse trabalho, não se irá explicar conceitualmente os critérios que permitem a distinção entre regras e princípios, distinção essa tomada como pressuposto. Ver por todos ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 195.

Ora, os princípios provocam irrefutavelmente uma postura distinta do juiz, uma vez que a “densificação” da norma constitucional pode (deve) ocorrer diretamente através do juiz⁶⁴.

A dignidade da pessoa humana⁶⁵ passa a não ser apenas um mero discurso, mas uma norma da qual se possa extrair efetividade para impedir ações públicas ou particulares contrárias, mesmo que não exista uma lei explicitando o conteúdo do princípio.

O dogma da completude do sistema jurídico através do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do Direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis⁶⁶.

⁶⁴ Suplanta-se a posição de que, necessariamente, a efetivação da Constituição deveria primeiramente passar pelo legislador para, então, ter condições de ser reconhecida judicialmente.

⁶⁵ É certo que devemos ter cuidado com afirmações genéricas sobre a dignidade da pessoa humana. Alexy demonstra que a norma relativa à dignidade da pessoa humana pode ostentar situações de princípios, bem como situações de regras. Assim se manifestou o mestre: “ Sin embargo, podría pensarse que la Ley Fundamental establece, por lo menos, un principio absoluto, y referirse como fundamentación al artículo 1 párrafo 1 frase 1 LF ‘ La dignidad de la persona es intangible’. Efectivamente el artículo 1 párrafo 1 frase 1 da LF provoca la impresión de absolutidad. Pero, la razón de esta impresión no reside em que través de esta disposición de derecho fundamental se establezca un principio absoluto, sino em que la norma de la dignidad de la persona es tratada, em parte, como regla y , em parte, como principio, y también em el hecho de que para el principio de la dignidad de la persona existe un amplio grupo de condiciones de precedência em las cuales existe un alto grado de seguridad acerca de que bajo ellas el principio de la dignidad de la persona precede a los principios opuestos” ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 107. “Sem prejuízo, poder-se-ia pensar que a lei fundamental estabelece, pelo menos, um princípio absoluto ao referir-se como fundamentação ao artigo 1, parágrafo 1, da lei fundamental: ‘a dignidade da pessoa humana é intangível’. Efetivamente, o artigo 1, parágrafo 1 da CF provoca essa impressão de ser absoluto. Mas a razão dessa impressão não reside no fato dessa disposição de direito fundamental estabelecer um princípio absoluto, mas sim que a norma da dignidade da pessoa é tratada em parte como regra e em parte como princípio, e também no fato de que, em relação ao princípio da dignidade da pessoa, existe um amplo grupo de condições de precedência. Nestas existe um alto grau de segurança de que, abaixo delas, o princípio da dignidade da pessoa é superior aos demais princípios.” (tradução livre)

⁶⁶ Las separaciones ley-derechos-justicia y principios-reglas encuentran su unidad en la aplicación judicial Del derecho, una actio duplex de la que las concepciones positivistas de la jurisdicción han ocultado durante mucho tiempo una de las partes. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**., ley, derechos, justicia. Valladolid: Trotta, 1999. p. 131.

Tal postura hermenêutica é conseqüência do reconhecimento de uma relação dialética entre a Constituição e a sociedade. Como pontificou Ney Barros Bello Filho⁶⁷:

A Constituição compõe-se de texto e de realidade. Há um binômio do qual não pode fugir o intérprete. O espaço constitucional compõe-se de dois planos: o texto e a realidade. Isso implica dizer que a concepção que isola o fenômeno constitucional em apenas um dos campos – o texto ou a realidade – são visões redutoras de um espaço complexo.

É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada. Tal missão somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas no princípio da constitucionalidade dos atos.

O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado⁶⁸, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe⁶⁹, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias.

Para o cumprimento desse mister, é indispensável vislumbrar, no princípio da separação de funções, não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição.

⁶⁷ BELLO FILHO, Ney Barros. **Sistema Constitucional Aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23.

⁶⁸ Não podemos olvidar que qualquer cidadão é um legítimo intérprete da Constituição, só que somente os juízes o fazem com força coercitiva. Ver precisa lição de HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 13.

⁶⁹ Como afirmou Calmon de Passos em recente palestra, “A sociedade do século passado estava em seu modo de viver e conviver muito mais próxima da antiguidade clássica de que de nosso tempo”.

Por outro lado, é de se trazer à baila uma outra face do Princípio da Separação de Funções bem exposto por Benda⁷⁰, ao pontificar que:

La division de poderes también significa que no es legítimo privar a ninguno de los poderes públicos de las competencias requeridas para el cumplimiento de sus tareas constitucionales. Todos los poderes deben ser capaces de funcionamiento y bastarse para satisfacer sus responsabilidades.

Ora, a Carta Magna, ao prever que compete ao STF⁷¹ a guarda da Constituição, automaticamente determina que haja mecanismos para o cumprimento dessa missão, não sendo possível invocar a separação de funções como limite (impedimento) ao pleno exercício da missão constitucional do poder Judiciário.

Para concluir, devemos lembrar Paulo Bonavides⁷², que já lecionava com propriedade ao frisar:

Tocante ao princípio da separação dos Poderes, enquanto inspirado pela doutrina da limitação do poder do Estado, é uma coisa; já inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto, ali exibe rigidez e protege abstratamente o conceito de liberdade desenvolvido pela relação direta indivíduo-Estado; aqui ostenta flexibilidade e protege de maneira concreta a liberdade, supostamente institucionalizada na pluralidade dos laços e das relações sociais[...]. Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno da transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio ; enquanto o Poder legislativo se apresenta em declínio de força e competência.

Fixadas essas premissas sobre a separação de funções, devemos analisar o controle judicial de políticas públicas.

⁷⁰ BENDA, Ernesto. **Manual de Derecho Constitucional**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001. p. 504. “A divisão de poderes significa também que não é legítimo privar a nenhum dos poderes públicos das competências necessárias para o cumprimento de suas tarefas constitucionais. Todos os poderes devem ser capazes de funcionar e ter autonomia suficiente para satisfazer a suas responsabilidades” Tradução livre

⁷¹ Pelas peculiaridades do sistema brasileiro, cabe destacar que não apenas ao STF, mas também a todos os juízes cabe o dever de efetivar a Carta Magna.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 586.

4 O CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E AS QUESTÕES RELATIVAS À LEGITIMIDADE DO JUIZ PARA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O filósofo nada tem a fazer na caverna, pois seu conhecimento das verdades universais não tem relevância para a comunidade política, que coloca questões políticas e não filosóficas, pretendendo respostas que requerem mais conhecimento político – particular e pluralista – que filosófico – universalista e singular.

Michael Walzer

Ninguém respeita a Constituição, mas todos acreditam no futuro da nação.

Renato Russo

Não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas⁷³, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau⁷⁴:

A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

É óbvio que, a partir da evolução do constitucionalismo, houve uma grande mudança na atuação do Estado, sendo hoje inegável o seu papel promocional na materialização de uma ordem social mais justa⁷⁵.

⁷³ Há autores que, inclusive, reconhecem um caráter redundante na expressão, posto que a política é essencialmente pública. Guilherme Amorim afirma: “A utilização da expressão política pública é redundante, verdadeiro pleonasma, mas em cuja utilização centramos nossos esforços, tendo em vista que desejamos agregar ao fim social, que busca alcançar, qualquer atividade identificada na Constituição Federal, como meta a ser alcançada pelos grupos de competências outorgadas, a qualificação de pública. SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004. p. 103.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21.

⁷⁵ Adriana Schier aponta, ainda, para o fato de que: “...é possível entender que se deve ao Estado Social o desenvolvimemnto de políticas públicas voltadas a estender a todos os indivíduos os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais. Além disso, a partir do que foi exposto observa-se que neste modelo de Estado ocorre o reforço da independência do Poder Judiciário, com o conseqüente aumento de seu papel de controle das atividades dos demais poderes”. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71.

A variedade de formas pelas quais as políticas públicas estão sujeitas, em sua condição de meio para a efetivação do direito fundamental, torna impossível a sua catalogação⁷⁶, já que encontraremos políticas públicas, por exemplo, em relação à saúde, educação, moradia, lazer e quejandos.

Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.

De outra banda, existe o direito do cidadão a que o Estado exercite as políticas públicas. Tal observação é transcendente, já que impede que a omissão estatal implique soçobrar os direitos previamente definidos.

Aliás, independente de se pretender categorizar, em qualquer direito fundamental, a existência de um direito subjetivo ou, pelo menos, o seu aspecto objetivo, o fato é que não se pode aceitar a redução da Constituição à mera retórica ou à vitória de Pirro. Disso se extrai a importância vital que as políticas públicas possuem no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que expandiu o reconhecimento de direitos e que pretende normatizar adequadamente as relações sociais.

Verifica-se, a partir da força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição⁷⁷. Valmir Pontes Filho⁷⁸ destaca que:

Quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos princípios e diretrizes constitucionais ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes e, portanto, sujeitos ao mesmo controle jurisdicional de constitucionalidade a que se submetem as leis. Como igualmente ponderado é observar que a abstinência do governo em tornar concretos, reais, os fins e objetivos inseridos em tais princípios e diretrizes constituirá, inelutavelmente, uma forma clara de ofensa à Constituição e, conseqüentemente, de violação de direitos subjetivos dos cidadãos.

⁷⁶ Até porque, do mesmo modo que os direitos fundamentais são inexauríveis, não podem as políticas que pretendem implementá-lo serem previamente estabelecidas.

⁷⁷ Sobre o tema, insta ressaltar importante obra de CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁷⁸ PONTES FILHO, Valmir. **O Controle das Políticas Públicas**: cadernos de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 244.

Após essa breve contextualização das políticas públicas, devem-se expor os argumentos favoráveis e contrários à legitimidade do controle judicial de políticas públicas.

5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EXERCER CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Com a justicialização da política, a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder.

Carl Schmitt

É relativamente tranquilo expor os argumentos contrários à intervenção do Poder Judiciário em Políticas Públicas, posto que, de um modo geral, são, desde muito tempo, repetidos como verdadeiros dogmas pela posição conservadora.

O primeiro óbice é o da falta de legitimidade, visto que os juízes não são eleitos e, mesmo nos países em que são eleitos, não o são para a função de elaborar o Direito.

Haveria, na atuação dos juízes em matéria política, uma ilegítima invasão de poder reservado a outra função estatal. Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável *déficit* democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas.

Retratando esse posicionamento, podemos trazer à baila a seguinte ementa de julgado do STJ:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PODER DISCRICIONÁRIO. ADMINISTRAÇÃO.

Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio da discricionariedade, pois a municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir. Precedentes citados: REsp 169.876-SP, DJ 21/9/1998, e Ag no REsp 252.083-RJ, DJ 26/3/2001. **Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19/12/2003.**

Aduz-se, ainda, que admitir o controle judicial de políticas públicas significaria colocar o Judiciário como um super poder, visto que poderia sempre controlar, mesmo que por razões não tão confessáveis, os atos dos demais poderes. Tal situação implicaria a quebra da igualdade e separação dos poderes.

Ora, a Constituição exige que as escolhas de aplicação de recursos públicos sejam feitas pelos representantes do povo, eleitos democraticamente, e não por Juízes.

Alega-se também que a judicialização da política pode trazer graves prejuízos, especialmente no que tange à imparcialidade dos juízes, requisito fulcral para a jurisdição, posto que o jogo político é incompatível com posições neutras ou imparciais.

Cabe, nesse contexto, trazer à baila as lúcidas ponderações de Loewenstein⁷⁹, que há mais de meio século alertava para o fato de que:

la intervención de los tribunales puede conducir a borra las fronteras entre la administración de justicia y la política. Los detentadores del poder, políticamente responsables – gobierno y parlamento -, están expuestos a la tentación de llevar ante el tribunal un conflicto político. Los jueces, por su parte, están obligados a sustituir las decisiones de los responsables detentadores del poder por sus juicios políticos, camuflados en forma de sentencia judicial. Instalar un tribunal como árbitro supremo del proceso del poder – y este es el núcleo de la < judicialización de la política > - , transformaría, en último término, el sistema gubernamental en un dominio de los jueces o en una < judiciocracia>..

⁷⁹ Ver LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 325. A intervenção dos tribunais pode conduzir à quebra das fronteiras entre administração de justiça e política. Os detentores do poder, politicamente responsáveis – governo e parlamento – estão expostos à tentação de levar aos tribunais um conflito político. Os juízes por sua parte, estão obrigados a substituir as decisões dos responsáveis pelo poder por seus juízos políticos, camuflados de sentença judicial. Instalar um tribunal como árbitro supremo do processo de poder – e este é o núcleo da judicialização da política – transformaria, ao final, o sistema governamental em um domínio dos juízes, ou seja, uma judiciocracia. (Tradução nossa)

Alerta Loewenstain, nessa parte de sua obra, para a possibilidade de existir uma ditadura dos juízes. Ele conclui levantando questionamento que tornou-se clássico: *Quis custodiet custodes*⁸⁰?

Ora, se o Poder Judiciário foi concebido para controlar a ação dos demais poderes em políticas públicas, como controlar as políticas públicas desenvolvidas pelo Judiciário? Quem controlará os controladores?

Todos esses argumentos serão analisados no capítulo seguinte, que trata da legitimidade do Judiciário para efetuar o controle de políticas públicas.

⁸⁰ Observe que se trata de um falso dilema, pois a pergunta, nos termos formulados, leva a um retorno ao infinito, pois sempre se questionaria a legitimidade para o fornecimento da última palavra.

6 A LEGITIMIDADE DO JUIZ PARA O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

À Justiça não cabe resolver todos os problemas, dar a última palavra em matéria de ciência ou de história, definir o bem político e responsabilizar-se pelo bem estar das pessoas. Ela não o pode e não o deve, sob pena de mergulhar-nos num inferno sofista frustrante, estéril e destruidor, que ninguém deseja. A justiça jamais nos livrará do escrúpulo por ter que fazer política, porém ela nos estimula a inventar uma nova cultura política. A velha cultura republicana, que adorava editar leis mas não gostava de respeitá-las, e que resolvia a prática de suas instituições na hipótese de uma ordem judiciária fraca e submissa, já não vigora. Eis que juízes, levados por um consenso poderoso, pretendem agora aplicar todas as leis e exercer suas funções. Em toda sua plenitude. Eles pegam o legislador pela palavra e procuram fazer com que verdadeiro desempenho corresponda ao seu modelo. Esta revolução cultural está em marcha e talvez dela só venhamos a ter conhecimento, como freqüentemente ocorre, quando já estiver parcialmente terminada.

Antoine Garapon

É chegado o momento de discutirmos a legitimidade do juiz para exercer o controle de políticas públicas. Tal tarefa não é fácil. Como dilucida Cláudio Pereira Neto⁸¹:

Tem sido bastante discutida, como se sabe, a relação entre democracia e constitucionalismo. A possibilidade de o judiciário substituir, na produção de normatividade, o legislativo e o executivo, legitimados pelo voto popular, exige, efetivamente, uma justificação complexa.

Para bem cumprir esse mister, deve-se inicialmente analisar a vinculação do juiz à lei.

Ora, para se discutir a legitimidade do Poder Judicial exercer o controle de políticas públicas, deve-se resolver uma questão precedente, qual seja: a verificação da relação do juiz com a lei. Tal resposta estará condicionada ao modo pelo qual entende-se o Direito.

⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 1.

Numa concepção positivista, haverá uma plena identificação do Direito com a lei. Tal concepção foi bem sintetizada por Geovany Cardoso Jeveaux⁸², ao ponderar que, para o positivismo jurídico:

...o primado da lei leva ao legalismo. O sistema “pleno” ou “fechado” implica a ausência de lacunas, por um lado e , por outro, o sistema como método da ciência jurídica, que fornece os conceitos de procedimento construtivo e da subsunção. A interpretação torna-se mera leitura da norma escrita e a separação de interpretação e criação do direito, ao mesmo tempo em que justifica o ponto precedente, inibe qualquer criatividade do intérprete. Este, aliás, recolhe-se à insignificância de mero aplicador de uma norma já interpretada pelo legislador.

Note-se que, nessa concepção positivista, a legitimação da decisão judicial é a lei. Como lecionou Hassamer⁸³:

Em regra, a norma codificada é capaz de legitimar materialmente a decisão jurídica, sem que a fundamentação da decisão tenha, obrigatoriamente, de fazer referência a princípios de decisão, que por sua vez, são o fundamento da norma codificada.

Constata-se, facilmente, que a legitimidade do juiz derivaria da identificação da lei adequada ao caso concreto; ao ir para além da lei, o juiz entraria em seara que não lhe pertence, violando a separação de poderes e decidindo, portanto, sem legitimidade.

Essa concepção do direito não pode ser a existente em nossos dias, mas antes de se demonstrar a nova concepção, seria interessante trazer à discussão trações dentro da ortodoxia do positivismo, como nessa clássica passagem de Hassamer⁸⁴:

Nestes programas informais, estão incluídas importantes áreas da actividade decisória dos juizes, como por exemplo, a apreciação de provas em todos os tipos de processos ou a fixação da pena no direito penal. Ninguém poderá deduzir, completamente, das instruções descritas de decisão contidas na lei, na dogmática e na jurisprudência que o depoimento de uma certa testemunha apenas seja em parte credível ou que seja justo infligir uma pena de prisão de, exactamente, um ano e três meses para determinado delito penal.

⁸² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 61.

⁸³ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: HASSAMER, Winfried; KAUFMMAN, Arthur. **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneos**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 287.

⁸⁴ *Idem ibidem*.

Ora, o Código Penal prevê para o homicídio simples uma pena que varia de seis a vinte anos. Apesar de todas as regras para a dosimetria da pena, é inegável que não há como alguém, em abstrato, sempre prever com precisão a pena exata que será aplicada ao réu, pois inúmeras circunstâncias serão consideradas na visão do julgador.

É importante frisar que se trata de um ato judicial com conseqüências muito sérias, posto que atingirá o direito fundamental de liberdade do indivíduo e nessa *vexatio quaestio* a vinculação não existe.

Imaginemos então uma norma que tivesse o seguinte conteúdo “a pena ainda poderá ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei”⁸⁵. Ora, nessa hipótese, o legislador confere ao juiz o poder de criar a atenuante inominada e não há como questionar a legitimidade do juiz para reconhecer essa atenuante.

Verifica-se, então, que o juiz tem poderes para completar o ordenamento jurídico ou interpretar de modo a viabilizar a justiça, mesmo que para tanto precise ir além do legislador.

Corroborando tal argumentação, devemos lembrar que a Constituição confere ao Supremo a sua guarda e que, no Brasil, qualquer juiz, pelo controle difuso de constitucionalidade⁸⁶, deve, independentemente de alegação da parte, fazer prevalecer a Constituição. Ocorre que essa Constituição é recheada de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, que precisam do juiz para materializar as normas constitucionais. Logo, é impossível continuarmos com o dogma do positivismo e da completude da legislação.

⁸⁵ Essa é exatamente a redação do artigo 66 do nosso Código Penal.

⁸⁶ que foi construído numa interpretação da Suprema Corte Americana sem que qualquer norma expressa concedesse essa legitimidade ver a famosa decisão do juiz Marshall no caso Marbury x Madison.

Claro que existe legitimidade do juiz para atuar além da lei, mas tal situação depende de uma fundamentação adequada. Nesse diapasão, Aury Lopes Jr⁸⁷ afirma com propriedade que:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.

Frise-se que, quando se reconhece a legitimidade do juiz para atuar além da lei, isso não significa que o juiz está acima dela. Colocar o juiz acima do legislador é repetir o erro que se critica (superioridade do legislativo), apenas mudando o conteúdo subjetivo do erro. Zagrebelsky⁸⁸ atinge o ponto nevrálgico da questão ao pontificar:

Podemos, por tanto, corregir la afirmación con que comenzamos este epígrafe. Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garante de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier señor del derecho hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.

Não se quer uma nova ditadura, agora, de juízes⁸⁹, pelo contrário, o que se pretende é a prevalência dos direitos humanos e, para tanto, não se concebe o Juiz Pilatos,

⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 73.

⁸⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1995. p. 153. Podemos, portanto, corrigir a afirmação com que começamos essa epígrafe. Hoje, certamente, os juízes têm uma grande responsabilidade na vida do direito, desconhecida dos ordenamentos do estado legislativo. Mas os juízes não são os senhores do direito no mesmo sentido que foram os legisladores no século passado. São mais precisamente os garantidores da completude estrutural do direito no Estado Constitucional, quer dizer, os garantidores da necessária e dúctil coexistência entre lei, direito e justiça. E mais, podemos afirmar como conclusão que entre o Estado constitucional e qualquer senhor do direito há uma radical incompatibilidade. O direito não é um objeto de propriedade de alguém, mas deve ser objeto do cuidado de todos (tradução nossa)

⁸⁹ Gustavo Binbenbom pontifica que: “É louvável o esforço das teorias contemporâneas sobre democracia e direitos fundamentais no sentido de balizamento de um âmbito próprio de atuação da jurisdição constitucional, que a torne compatível com o sistema de separação e harmonia entre os poderes. Mais do que meros corretivos liberais do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam, hodiernamente, como condições estruturantes da própria democracia; devem eles, por isso, ficar à margem das disputas políticas, sob a proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões”. BINENBJOM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ou seja, o que não pretende assumir sua importantíssima missão na nova ordem constitucional⁹⁰.

Como foi dito no capítulo sobre globalização, há uma rediscussão da própria noção de democracia, o que implica não ser, necessariamente, o voto o único fator de legitimação.

Ademais, para utilizar uma expressão tão cara à doutrina norte-americana, os juízes são um poder contra-majoritário⁹¹ para resistir, como lembra John Elster⁹², comparando a Odisséia de Homero aos cantos das sereias.

A regra da maioria não pode ser absoluta⁹³ sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos)⁹⁴. Afirmar, portanto, o caráter contra-majoritário de um poder em nada significa retirar a sua legitimidade, pois, repita-se, a legitimidade dos juízes decorre da própria Constituição e da fundamentação de suas decisões. Referente a isso, Thomas Fleiner⁹⁵ pontifica que:

A democracia existe somente para a maioria étnica. O Estado utiliza a roupagem constitucional e democrática para dissimular a discriminação humilhante da minoria.

⁹⁰ Cite-se, a título de exemplo dessa postura inadequada, a posição extremamente tímida, adotada, em regra pelo STF, sobre os efeitos do mandado de injunção no direito pátrio.

⁹¹ Gustavo Binenbojm argumenta com precisão que: “A jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”. *Idem ibidem*.

⁹² Ver VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 19.

⁹³ Como afirma Celso Campilongo, “Assumir o critério majoritário como um instrumento inequivocamente democrático, sem o exame aprofundado de suas diversas facetas, pode conduzir a erros graves. Enfocado exclusivamente a partir de suas características lógico-formais ou jurídico-positivas, o critério majoritário reveste-se de uma suposta neutralidade dogmática. Entretanto, quando essa técnica de articulação do consenso é dissecada não apenas em sua validade legal, mas também como ferramenta de legitimidade e legitimação dos arranjos sociais, o discurso jurídico sobre a regra da maioria ganha consistência”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 44.

⁹⁴ Ana Barcellos relata que “A história é pródiga em exemplos de maiorias totalitárias, sendo os dois mais recentes e famosos a Assembléia Jacobina do período do terror, na Revolução Francesa, e as maiorias nazistas e fascistas. A democracia exige mais do que apenas a aplicação da regra majoritária. É preciso que, juntamente com ela, sejam respeitados os direitos fundamentais de todos os indivíduos, façam eles parte da maioria ou não”. BARCELLOS, Ana Paula. Educação, constituição, democracia e recursos públicos. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, p 43 a 50

⁹⁵ FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 53.

A democracia não deve ser compreendida como forma estatal de dominação da maioria, pois esta não pode ter sempre razão. Os direitos humanos, por exemplo, nunca devem ser sacrificados em favor dos interesses da maioria.

Ademais, devemos lembrar ,com José Adercio Leite ⁹⁶, que:

A concepção de democracia, como se defende neste artigo, não se reduz a meros procedimentos de seleção de dirigentes, nem a identidade necessária entre vontade da maioria ou da opinião pública com a vontade de todos. A vitória eleitoral não importa a escravidão silenciosa dos derrotados, nem a apuração momentânea e circunstancial de uma opinião pública, sem apoio em reflexões e debates suficientemente informados, reveladora apenas de emoção ou de slogans de propagandas políticas bem-sucedidas.

Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas.

Nessa alheta, ainda é de lembrar as ponderações de David Diniz⁹⁷ ao destacar que:

Centrando-se o foco nos direitos fundamentais, o papel do juiz – tomando-se por referência o estado constitucional – é de garantidor da intangibilidade dos direitos individuais do cidadão e não de protetor dos interesses da maioria. Como observa Pawlowski, o juiz – que assegura autonomia privada ao cidadão é essencial ao Estado de Direito na medida em que garante que o princípio democrático não terminará em ditadura da maioria.

É claro que tal missão, o controle da política pelo direito, não é fácil. Klaus Stern⁹⁸ lembrou-nos em palestra :

Como a minha pátria, o País no qual tenho a honra de proferir essa palestra viveu tempos de ditadura. Nós, brasileiros e alemães, sabemos, portanto, que, na história, sempre foi mais difícil submeter o Poder ao Direito do que o Direito ao Poder. Se criamos agora Estados Democráticos de Direitos, temos um elevado bem a preservar.

⁹⁶ SAMPAIO, José Adercio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada(I) . **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, p. 101, jul.-dez. 2003.

⁹⁷ DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**. São Paulo: WVC, 2004. p. 233.

⁹⁸ STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 515.

A atuação do juiz deve ser na efetivação das normas constitucionais, especialmente dos direitos fundamentais, mesmo que isso implique desagradar maiorias ocasionais. Claro que se deve ter todo cuidado nessa missão, pois, como alertou Germana Moraes⁹⁹:

Grande, enorme, imensa, gigantesca é a responsabilidade do Juiz constitucional – ao atribuir corpo e alma aos princípios, ao dar vida à Constituição: cabe a ele libertar os princípios de sua sina escorpíonica – de sua tendência autodestrutiva, que ameaça a prática de injustiça em nome da justiça que eles (os princípios) pretendem realizar. Cabe ao Juiz Constitucional estar atento para que, em nome dos princípios constitucionais, mais injustiças não sejam perpetradas.

Cabe também a ele, o Juiz constitucional, escapar da armadilha do escorpião e de ser ele próprio também um. Relembrando a famosa fábula, quando era transportado nas costas pelo sapo, na travessia de caudaloso rio, o lacraio pica o batráquio, provocando o naufrágio dos dois.

É preciso cuidar para que não soçobrem juntos Juiz e princípios constitucionais...

Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de políticas públicas indevidas¹⁰⁰ ou de sua falta.

Cabe, por fim, trazer à baila precisa decisão do Ministro Celso de Mello¹⁰¹, assim resumida¹⁰² e vaticinando o efetivo controle judicial de políticas públicas:

ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível” (Transcrições) ADPF 45 mc/df* Relator:Min. Celso de Mello ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada

⁹⁹ MORAES, Germana de Oliveira. **O Juiz Constitucional no Brasil. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, p. 541, jul.-dez. 2003.

¹⁰⁰ Como afirma Paulo Costa: “O controle jurisdicional-constitucional da administração pública no Estado Social de Direito não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes vetores constitucionais”. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 212.

¹⁰¹ Em interessante precedente que lembra o famoso caso Marbury x Madison, tendo em vista que o julgamento de mérito está prejudicado, mas a corte entra no mérito para fixar genericamente a posição de defesa da Constituição. Frise-se que na história da humanidade, já em 1610, foi lançado o fundamento do controle de constitucionalidade pelo juiz inglês COKE, conforme relata Asensio: “*Ya em 1610, em el conocido caso Boham, Edward Coke hará uso de la noción ley superior para referirse al common law, y sobre todo reafirmar que los jueces, em virtud del precedente, podían incluso declarar la nulidad de una ley del Parlamento que contraviniera aquél*” Já em 1610, no conhecido caso Boham, Edward Coke fez uso da noção de lei superior ao referir-se à *common law* e, sobretudo, ao reafirmar que os juízes, em virtude do precedente, poderiam, inclusive, declarar a nulidade de uma lei do parlamento que fosse de encontro aos precedentes” (tradução nossa). JIMENEZ ASENSIO, Rafael. **El Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 31.

¹⁰² Voto inserto no informativo 345 do STF.

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).

Após essa fundamentação geral a favor da legitimidade do controle judicial, deve-se, para melhor análise do tema, dividir duas situações, a saber: a ausência total de qualquer política pública e a prestação insuficiente de políticas públicas por parte do Estado.

7 O CONTROLE JUDICIAL NA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

...porquanto se sabe que as chamadas normas programáticas foram sempre uma espécie de salvo-conduto para as omissões do constitucionalismo liberal no campo da positividade social do Direito.

Paulo Bonavides

Onde o processo político da definição concretizadora e implementação de uma política pública falha em nível de Executivo, o Judiciário tem não somente o poder, mas o dever de intervir.

Andreas Krell

Há um aspecto relevante no controle de políticas públicas quando há a omissão total do Estado na implementação de direitos fundamentais assegurados na Constituição. Como é possível extrair diretamente da Constituição a efetivação de suas normas¹⁰³? Riccardo Guastini¹⁰⁴, com precisão, aponta que:

en el constitucionalismo de nuestros días se tiende a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales. Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales- sobre todo los principios generales y las normas programáticas- pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en ocasión de cualquier controversia....

A Carta Magna de 1988 pontificou, em seu artigo 5º, §1º, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, corroborando a necessidade de repensarmos a postura meramente contemplativa em face de uma norma constitucional, posto que tal posicionamento em nada contribui para a efetivação de direitos.

¹⁰³ No capítulo 14 haverá considerações sobre os mecanismos processuais para suprir a lacuna existente.

¹⁰⁴ GUASTINI, Riccardo. **Estúdios de Teoria Constitucional**. México: Fontamara, 2001. p. 160. no constitucionalismo de nossos dias, se tende a pensar que a função da Constituição é moldar as relações sócias. Por consequência, também se entende que as normas constitucionais – sobretudo os princípios gerais e as normas programáticas – podem produzir efeitos diretos e ser aplicadas por qualquer juiz no julgamento de qualquer controvérsia. (Tradução nossa)

É certo que ainda não se observa nos operadores do direito a plena tomada de consciência dessa verdadeira revolução, talvez pelo pouco tempo de libertação de uma ditadura, pois, como destacou Andréas Krell¹⁰⁵:

Talvez o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos Direitos fundamentais seja a atitude ultrapassada de grande parte da magistratura brasileira para com a interpretação constitucional, cuja base até hoje consiste no formalismo jurídico que tem dominado gerações de operadores do direito, especialmente durante o tempo autoritário.

Justificativas à parte, o fato inexorável é que, cotidianamente, a força normativa da Constituição vem sendo minada a partir de posturas que utilizam como álibi o velho e bolorento argumento da não aplicabilidade imediata da Constituição, como se os Direitos dependessem da lei. Pablo Verdú¹⁰⁶ resume com maestria o equívoco dessa postura, ao sintetizar que:

En resumen, ya no son los derechos fundamentales los que se mueven dentro de las limitaciones legales y constituidos por éstas, sino justamente al revés: son éstas las que se mueven conforme a los derechos fundamentales.

Ora, a omissão total não deixa de ser uma política pública negativa, que pode estar sendo praticada por uma minoria a qual, maquiavelicamente, aprovou o texto constitucional consciente de que não haveria qualquer tipo de sanção pelo descumprimento da norma.

A premissa é irrefutável. Até os autores que criticam a intervenção do judiciário nessas questões reconhecem o acerto da premissa do raciocínio. Exemplifica-se tal afirmação com Loewenstein¹⁰⁷ que, apesar de contrário à intervenção judicial, pondera:

¹⁰⁵ KRELL, Andréas. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: STRECK, Lenio (Org). **A constituição Concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁰⁶ VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional**. Madrid: Editorial Réus, 1985. p. 202. Em resumo, não são os direitos fundamentais que se movem dentro das limitações legais e constituídas por estas, mas justamente o contrário: as leis é que se movem na conformidade dos direitos fundamentais. (Tradução nossa)

¹⁰⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de La Constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964. p. 325. Os defensores da atuação judicial entre os diferentes detentores de poder alegam ser patente que, no Estado de direito, todas as ações políticas de qualquer detentor de poder têm que estar de acordo com as disposições constitucionais e que é uma tarefa legítima do tribunal constitucional supremo determinar a extensão das normas constitucionais e interpretar o seu conteúdo. Essa tese é irrefutável (tradução nossa)

Los defensores del arbitrio judicial entre los diferentes detentadores del poder hacen patente que, en un Estado de derecho, todas las acciones políticas de cualquier detentador del poder tienen que estar de acuerdo con las disposiciones constitucionales y que es una tarea legítima del Tribunal Constitucional Supremo determinar la extensión de las normas constitucionales e interpretar su contenido. Esta tesis es irrefutable..

A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes pelos detentores do poder.

Fixados alguns suportes teóricos, devem-se discutir efeitos concretos desse posicionamento. Para isso, interessante seria a análise do problema da Emenda Constitucional 26 no Brasil. Essa emenda foi aprovada exclusivamente para incluir no rol dos direitos sociais do artigo 6º da CF, o direito a moradia.

Ora, os autores tradicionais zombam de tal medida, apontando que a Constituição não constrói casas, bem como a reserva do possível impede a efetivação pelo Judiciário do direito materializado na Constituição. Tais argumentos, o primeiro empírico e o segundo, que será analisado com mais vagar no próximo capítulo, são típicos de uma visão conservadora da Constituição, mas que começam a ser refutados.

Sendo verdade que a Constituição não constrói casas, não se pode, por outro lado, negar que expressar abertamente¹⁰⁸ o direito à moradia possui conseqüências relevantes como, por exemplo, uma releitura das normas do Sistema Financeiro de Habitação¹⁰⁹, bem como deve implicar que o Executivo crie a política pública que viabilize a efetivação desse direito.

¹⁰⁸ Em razão de que a maior parte da doutrina já entendia que o direito a moradia era direito social implícito, consectário inclusive da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁹ Sílvio Rocha afirma que: "A EC 26 incluiu a moradia entre os direitos sociais. A sua inclusão pela EC 26 não quer dizer que esse direito não era anteriormente assegurado pela Constituição Federal. Ele já estava implicitamente previsto, se levarmos em conta o art 1º, que instituiu como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana... Dos dispositivos constitucionais acima mencionados, podemos concluir que o Estado brasileiro deve planejar e executar políticas públicas que permitam a todos o direito à moradia. O Estado deve atuar diretamente nesse sentido, promovendo ou a construção de moradias ou provendo linhas de crédito que permitam a aquisição de moradias". ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Crédito habitacional como instrumento de acesso à

Quando um direito fundamental não está expresso em uma norma constitucional, o seu descumprimento gera apenas uma omissão simples, todavia quando existe a norma constitucional, mesmo que na linguagem tradicional seja meramente programática e não preceptiva, a sua não efetivação passa a configurar uma omissão qualificada que implica possibilidade de existir controle dessa omissão.

Qual o direito que não é justiciável? Retirar essa característica (justiciabilidade) é transformar o direito em um mero favor ou uma obrigação moral.

Deve-se, nesse diapasão, exemplificar a postura ora defendida com o complexo problema da educação. O artigo 208, I, da Constituição prevê que é dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório.

Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola¹¹⁰, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja a de permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola¹¹¹.

É claro que muitas vezes a solução não será diretamente pré-estabelecida¹¹², mas construída, o que não é incompatível com a Constituição, uma vez que a Constituição não é estática, mas dinâmica, em um contínuo processo de aperfeiçoamento.

moradia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p. 178, out.-dez. 2000. Além disso, a permissão legal para o levantamento do FGTS na hipótese de aquisição de moradia, demonstra a preocupação do legislador em viabilizar a efetivação do direito à moradia.

¹¹⁰ Infelizmente, o exemplo não é meramente teórico.

¹¹¹ Frise-se que se pode, no exemplo em análise, argumentar que haveria uma colisão de direitos fundamentais, porque a construção do campo de futebol densificaria o direito ao lazer, também previsto no artigo 6º da CF.

¹¹² Como, por exemplo, se, inicialmente, o Município pretendesse construir um hospital; tal situação precisaria ser sopesada à luz do caso concreto para que fosse feita a análise do acerto ou não, a partir da Constituição, da escolha do Município.

Verifica-se, portanto, que deve haver uma maior participação dos juízes na efetivação da Constituição.

Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando para sanar a omissão, existem várias opções que, *a priori*, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.

Pode-se, ainda, pensar na questão da saúde, especificamente em relação ao fornecimento de coquetéis para o combate à AIDS. Indaga-se: caberia ao Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos, inclusive com a escolha dentre os vários tipos de coquetéis, do mais adequado a ser utilizado pelos Estado?

Em relação ao fornecimento dos coquetéis de combate à AIDS diretamente pelo Judiciário, entende-se que é perfeitamente extraível diretamente do artigo 196 da CF, combinado com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, parágrafo único da CF). Entrementes, resta a indagação: qual coquetel?

Parece que a solução para o problema seria o Judiciário determinar a implementação dos coquetéis como uma obrigação alternativa, deixando ao devedor (Estado) a opção de concentrar a obrigação no coquetel de remédios que atenda ao desiderato constitucional.

Apenas nas hipóteses de o Estado não concentrar a obrigação em prazo razoável ou, no caso concreto, se apenas um coquetel tivesse utilidade ao autor da ação, é que se vislumbra a possibilidade de o Judiciário já determinar (escolher) qual coquetel deverá ser utilizado. Em importante decisão, a Suprema Corte¹¹³ pontificou que:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS
FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO

¹¹³RE271286AgR/RSRIOGRANDEDOSUL
AG.REG.NORECURSOEXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSODEMELLO
Julgamento: 12/09/200ÓrgãoJulgador: SegundaTurma
Publicação: DJ DATA-24-11-00 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409

GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - 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 conseqüência 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. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, 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.

Verifica-se, nesse importante precedente, uma mudança da concepção das normas constitucionais, passando o intérprete a ter o dever, e não meramente o poder, de implementar a Constituição.

Frise-se que, em nenhum momento, pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição, contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico.

Corroborando a função subsidiária do juiz na implementação das políticas públicas, Oswaldo Palu¹¹⁴ pontifica:

...no Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, em nosso sistema presidencialista, a um Governo democraticamente eleito, que, como sabemos, trata-se do Executivo e sua base de apoio parlamentar. **E somente em casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária** ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, **constitucionalmente fundada aos atos de governo.** (Grifos no original)

Não existe discricionariedade na omissão do cumprimento da Constituição. Na verdade, trata-se de arbitrariedade que pode e precisa ser corrigida.

Ademais, a Constituição prevê peremptoriamente que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão que não somente lei, mas também atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle¹¹⁵. Disso se constata que a omissão total pode (deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário.

É certo que, muitas vezes, não se pode afirmar que o juiz possa extrair em abstrato da Constituição a melhor solução para os direitos fundamentais, uma vez que, ao se adotar a teoria relativa¹¹⁶, estamos cômicos de uma impossibilidade de solução "a priori" para eventuais colisões de direitos fundamentais. Todavia tal situação não impede que se construam argumentos favoráveis à possibilidade e necessidade do controle judicial, até porque os juízes terão, no caso concreto, os elementos para realizar a ponderação de direitos.

¹¹⁴ PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹¹⁵ Aliás, a grande característica da república é a existência de controles. Ver ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1998.

¹¹⁶ Gilmar Mendes leciona sobre a posição absoluta e relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais: "Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa [...] os sectários da chamada teoria relativa (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck- Mittel- Prufung*) com base no princípio da proporcionalidade." MENDES, Gilmar Ferreira et alli. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica: 2000. p. 244.

Visto os argumentos que levam à inexorável conclusão da viabilidade da intervenção judicial, é necessário fazer uma análise em separado da teoria da reserva do possível, apontada como relevante óbice para a atuação do Poder Judiciário em face de omissões do Poder Público.

8 RESERVA DO POSSÍVEL PARA QUEM?

Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior [...]. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe, a nós, dirigentes, juízes e intérpretes, é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve – que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem a cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangulá-la ao nascer.

Pontes de Miranda

É argumento reiterado na discussão sobre a implementação de políticas públicas através do Poder Judiciário a reserva do possível, que normalmente é dividida em seu aspecto fático e jurídico e, em algumas situações, envolve tanto o aspecto fático quanto jurídico.

Ana Paula de Barcellos¹¹⁷ sintetiza a reserva do possível numa visão fática ao ponderar que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

No aspecto jurídico, é alegada a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial relativa a políticas públicas. Mas, inicialmente, há de se ressaltar que alegações genéricas de falta de recursos não podem passar de meras alegações¹¹⁸.

¹¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

¹¹⁸ George Marmelstein pondera que “ Há que ser feita, contudo, uma advertência: as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível deve ser sempre analisada com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades

É claro que a Constituição não é só norma e de nada adiantaria a norma constitucional ou o juiz decidir sem que houvesse elementos fáticos para o cumprimento da decisão. Todavia, antes de se reconhecer singelamente a falta ou escassez de recursos, é preciso investigar, no caso concreto, essa escassez e os motivos que levaram a ela.

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Por outro lado, é preciso observar que se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa *per si* que são insuficientes para iniciar a política pública.

Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.

Krell¹¹⁹ aponta que a reserva do possível é uma falácia, fruto de um direito constitucional comparado equivocado. Afinal, como importar limites de uma sociedade tão diferente, especialmente quanto à garantia mínima de direitos¹²⁰?

financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais". LIMA, George Marmelstein. **Crítica a teoria de gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**: doutrina jurídica brasileira. Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7 9

¹¹⁹ KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 51.

¹²⁰ Não desconhece o autor a problemática relativa ao mínimo existencial como parâmetro definidor de justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, entretanto, por não ser adepto de tal posicionamento, não haverá maiores considerações ao longo do trabalho sobre tal postura hermenêutica. Como todo paradigma, o mínimo existencial vem sendo reconhecido sem maiores contestações como parâmetro a definir a necessidade de atuação do legislador, todavia prefere-se acreditar que não será a solução para os diversos problemas de efetividade vincularmos

Cabe ainda lembrar, em relação ao argumento fático da reserva do possível, que tal teoria, sob os auspícios de modernidade, nada mais é do que a *profecta* fórmula romana que previa “*Ad impossibilia nemo tenetur*”.

Efetivamente, um juiz não pode determinar que o Estado cure um doente de AIDS se ainda hoje a doença não tem cura, não há nada de novo nessa construção.

Cabe frisar ainda que, na elaboração da Constituição, discutindo-se o problema das omissões no cumprimento da Constituição, chegou a ser aprovado em Subcomissões¹²¹ (embrião do artigo 103 da CF) um parágrafo que previa:

Parágrafo único. Na hipótese de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de ato de administração, se o Estado demonstrar comprovadamente a impossibilidade de prestação por falta ou insuficiência de recursos financeiros, bem como pela inexistência de planejamento em execução para a erradicação da impossibilidade, o Tribunal Constitucional a declarará, só para o efeito de firmar a prioridade e fixar prazos limites da etapa de execução.

Veja-se que há vários modos de analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula supra-legal de descumprimento da Constituição e há o modo como enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais.

Já em 1987, discutiam-se alternativas à comprovada (não meramente alegada) escassez de recursos, não sendo razoável continuarmos a inviabilizar o processo de materialização de direitos sem que haja tentativas sérias de criar as condições necessárias para a resolução da omissão constitucional.

Em relação ao aspecto jurídico da reserva do possível analisada isoladamente, é preciso distinguir o tipo de política pública decidido pelo Judiciário.

aprioristicamente a responsabilidade do legislador ao mínimo, mas deve-se cobrar e procurar efetivar ao máximo as normas constitucionais.

¹²¹ Conforme registra SOUZA, Luciane Moessa. **Normas constitucionais não-regulamentadas:** instrumentos processuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 57.

A depender da urgência do caso concreto, nada impede que haja, pelo magistrado, a determinação de inclusão no orçamento para o ano seguinte de verba específica para colmatar a lacuna existente.

Exemplo dessa situação pode ser a decisão judicial que determina que seja realizada a construção de uma escola. Ora, dependendo das circunstâncias fáticas, o início da construção da escola pode ser materializada no próximo ano, evitando-se o conflito com a falta de previsão orçamentária.

Por outro lado, quando for necessário o cumprimento imediato da decisão, como, por exemplo, a concessão de remédio ou cirurgia, haverá uma colisão de regra constitucional do orçamento com o princípio ou outra regra que serviu de suporte para o magistrado determinar a implementação da política¹²².

Nesses casos, haverá a prevalência da decisão, pois a ponderação necessária para o encontro do núcleo essencial de direitos à regra da prévia dotação orçamentária não é absoluta.

Ademais, quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente, vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídico somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição).

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la¹²³, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.

Há outras questões interessantes relacionadas ao problema da reserva do possível no seu aspecto jurídico, como, por exemplo¹²⁴: a) política pública prevista no plano

¹²² Frise-se que é possível a colisão entre regras e princípios e colisão entre princípios.

¹²³ Aliás, nessa lógica perversa, se já existe o descumprimento da Constituição, qual o problema de descumprir ordem do judiciário?

¹²⁴ Cabe, para melhor análise das questões, trazer à baila a lição de Uadi Lammêgo Bulos para definir plano plurianual : “O plano plurianual é o plano relativo às despesas de capital nos programas de duração continuada, que excedam o orçamento anual em que tais despesas foram iniciadas. Vale lembrar que o plano plurianual é um plano de investimentos, devendo compatibilizar-se com todos os

plurianual, mas não prevista na lei orçamentária; b) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso; c) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, porém realizada apenas em parte no exercício próprio; d) possibilidade de o juiz determinar a inclusão de política pública no próprio plano plurianual; e) problema de que a previsão na lei orçamentária anual não gera direitos subjetivos nem obriga o administrador a realizar a despesa prevista¹²⁵; f) política pública prevista no plano plurianual, com dotação orçamentária na lei orçamentária anual, mas ainda não efetivada.

Analisados os questionamentos de um modo global¹²⁶, encontramos o conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais. Entende-se que deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas, seja para inclusão no plano plurianual, seja para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual.

Não se pretende, com essa postura, menosprezar a importância do orçamento e do direito financeiro, todavia há que se verificar até que ponto os empecilhos formais

planos e programas nacionais, regionais e setoriais". BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 1075.

Augusto Zimmermann define a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual do seguinte modo: "Quanto à Lei de Diretrizes Orçamentárias, nesta devem estar contidas metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Além disso, ela orienta a elaboração da lei orçamentária anual, dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento (CF, art. 165, § 2º). A lei orçamentária anual, como se deduz, é válida para o exercício financeiro que tem duração de um ano. Autoriza, outrossim, as despesas e faz uma previsão estimativa das despesas da União. A lei orçamentária anual compreende três peças distintas: a) o orçamento fiscal, que é a peça mais importante, prevendo as receitas fiscais da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta; b) o orçamento de investimento das empresas em que a União detenha a maioria do capital social com direito a voto; c) o orçamento da seguridade, que abrange todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público (CF, art. 165, § 5º, I, II, III). ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 673.

¹²⁵ Insta observar que a Constituição gera direitos subjetivos e que, apesar de não existir uma obrigatoriedade da realização da despesa prevista na lei orçamentária anual, tal regra não pode ser utilizada para justificar o não atendimento de direitos fundamentais. Talvez seja possível falar que, nesses casos, comprovada a necessidade fática, há uma obrigatoriedade de realização da despesa, não existindo qualquer discricionariedade ao administrador público.

¹²⁶ As eventuais peculiaridades a serem observadas para uma solução adequada em face de cada questionamento levantado não impede o estabelecimento de uma regra geral de prevalência do direito material sobre o orçamento, razão pela qual é viável o estabelecimento da premissa de todas as soluções aventadas.

podem impedir a materialização da essência da Constituição. Cabe lembrar que a prévia previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Ademais, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹²⁷ que prevê expressamente no seu artigo 2º-1:

Cada Estado-parte no presente pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Ora, verifica-se a mudança de paradigma de simplesmente atender a reserva do possível para a aplicação dos recursos disponíveis ao máximo, ou seja, efetivamente deve-se procurar transformar em realidade as conquistas formais dos direitos fundamentais.

É claro que deverá haver um controle contínuo da efetivação dessa despesa, bem como um acompanhamento pelo Poder Judiciário do correto cumprimento das normas constitucionais, além da necessária participação do Tribunal de Contas no controle de políticas públicas. Todavia as dificuldades inerentes à materialização não são suficientes para obnubilar o direito fundamental.

Enfim, a reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissada com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais.

¹²⁷ Por não ser objeto do presente trabalho, não será efetuada a discussão se o pacto foi incorporado ao *status* de norma constitucional ou de lei ordinária.

9 O CONTROLE JUDICIAL QUANDO HÁ POLÍTICAS PÚBLICAS INSUFICIENTES

Ainda que a Constituição fosse tão perfeita, como se tivesse baixada dos céus, o país haveria de ser julgado não pelo seu texto, mas sim segundo o modo pelo qual a pusesse em prática. Importa, assim, conhecer a Constituição, para assegurar-lhe eficácia, realizando seus princípios, como forma de tornar efetivos os desígnios que – bem ou mal – o povo nela expressou.

Rui Barbosa

Outra faceta importante a ser analisada é a da omissão parcial. De fato, existem políticas públicas, mas, ou elas são insuficientes para atender a demanda, ou o critério adotado pela política pública exclui determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência.

Trata-se de problema de enormes conseqüências práticas, uma vez que a pretensão universalista¹²⁸ dos direitos fundamentais não é compatível com a exclusão fática de determinados grupos da proteção da norma, bem como a realização mínima (simbólica) de direitos fundamentais é mais freqüente do que a omissão total por parte do Estado.

Deve-se ter cuidado ao tratar do tema, uma vez que se está diante da denominada omissão parcial assim definida por Dirley Cunha Jr¹²⁹ :

¹²⁸ Cabe lembrar a imprecisão dessa esperança universalista dos direitos fundamentais. Boaventura Santos alerta que: “É sabido que os direitos humanos não são universais na sua aplicação[...]. Todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais [...] todas as culturas são incompletas e problemáticas na sua concepção de dignidade da pessoa humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura”. Para combater essa crítica, propõe o autor a hermenêutica diatópica, destacando que : “A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os *topoi* de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível no interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro noutra. Nisto reside seu caráter diatópico.” SANTOS, Boaventura Sousa. *As tensões da Modernidade. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, São Paulo, 2000, n. 10, p. 82.

¹²⁹ CUNHA JUNIOR, Dirley. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 122.

...quando o censurável silêncio transgressor do poder público ocorre somente em parte, ou seja, o poder público atua, mas de forma incompleta ou deficiente, sem atender fielmente aos termos exigidos pela Constituição.

A omissão parcial está umbilicalmente ligada ao princípio da igualdade. Frise-se que, para tal desiderato, a conhecida definição da igualdade¹³⁰ em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, frase de enorme impacto retórico, não contribui para a solução do problema, posto que não define os critérios para o estabelecimento da igualdade ou desigualdade.

A igualdade é um dos pontos centrais do constitucionalismo. Paulo Bonavides¹³¹ já pontificava para o fato de que:

O centro medular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado contemporâneo.

O princípio da igualdade se refletirá nas políticas públicas, uma vez que permitirá a todos os indivíduos o direito de concorrer, em igualdade de condições, às políticas públicas. Canotilho¹³² denominou tal situação de direitos derivados a prestações, definindo-o do seguinte modo:

...alude a doutrina a direitos derivados a prestações (*derivative Teilhaberecht*) entendidos como direitos do cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes. Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de guarda de flanco (J.P.Muller) desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido.

¹³⁰ Jorge Reis Novais pondera que: “A imbricação entre igualdade e proporcionalidade/ponderação de bens resulta também do facto de que uma progressiva assunção, na dogmática constitucional, da igualdade enquanto igualdade material eleva a ponderação de bens e o princípio da proporcionalidade a critério e medida (a justa medida de que falam os autores quando se ocupam do chamado terceiro elemento do princípio da proibição de excesso) das diferenciações de tratamento justificadas ou impostas pela desigualdade de condições ou situações, bem como na delimitação da margem de conformação aí reconhecida ao legislador [...]. Assim, se a igualdade é elemento de objectivização e racionalização dos procedimentos de ponderação de bens a que se recorre na limitação de direitos fundamentais”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 800.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 1999. p. 301.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 469.

Não pode o Estado escolher quem serão os destinatários de políticas públicas, uma vez que elas devem ter uma abrangência global.

Interessante observar que, da atuação parcial do Estado, há para o indivíduo um novo direito fundamental constitucional a amparar sua pretensão, que é exatamente o princípio da igualdade. Efetivamente, além do fundamento originário (por exemplo, direito à educação ou à saúde), há outro fundamento, também de estatura constitucional, que é o direito à igualdade de prestações. Se existem vagas na escola de 1º grau para Tício, há de existir vagas para Mélvio.

Mas, num quadro real de limites de vagas em escolas, de que modo deve agir o Poder Judiciário em face de inconstitucionalidades derivadas de uma omissão parcial do poder público? A resposta não é simples, entretantes cabe frisar que, do mesmo modo que a omissão total, a omissão parcial precisa ser combatida pelo Judiciário.

Pode-se pensar tanto em soluções paliativas quanto em soluções mais amplas. Para a demanda individual, que necessita de resposta urgente no esgotamento de vagas na rede pública, pode-se pensar em matricular o indivíduo numa escola particular às expensas do Estado¹³³. Todavia, em nível macro, caberia a discussão da possibilidade do juiz determinar a construção de escolas.

Podemos citar outros casos complexos nessa matéria, como o do salário-mínimo. Sem dúvida, ninguém no Brasil discute que o valor do salário-mínimo estabelecido

¹³³ Regina Macedo, afirma com propriedade, que: “Partindo do art.205 da Constituição Federal, quando disciplina 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, deve-se perguntar se essa norma programática poderá dar origem a um direito subjetivo, se os pais podem acionar o Estado para que seu filho possa estudar. Ora, em face do exemplo formulado, o Judiciário não poderia eximir-se de prolatar a sentença, não podendo negar a prestação jurisdicional, sob a alegação de falta de legislação ou de que o pai não pode exigir a construção de uma escola para abrigar o seu filho, porque a norma constitucional tem somente eficácia negativa. O juiz não poderá, nessa hipótese, entender inaplicável a norma programática por falta de legislação, mas analisar o caso tendo em vista o fim constitucionalmente visado e determinar a matrícula do aluno em escola pública, ou mesmo que o Estado custeie os seus estudos em escola privada, pois aqui existe um direito subjetivo na sua versão positiva, direito este fundado na própria Constituição e não derivado de lei, mesmo porque nossa Constituição Federal de 1988 determina, no §1º do art. 208, que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, isto é, o acesso ao ensino fundamental ministrado no ciclo básico é direito público subjetivo”. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: RT, 2001. p. 234.

em lei não atende a Carta Magna, uma vez que esta prevê que o salário-mínimo será capaz de atender as necessidades, inclusive de uma família, relativas à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social e o valor fixado não permite objetivamente o cumprimento da norma constitucional.

Ainda em 1996, ao julgar a ADIN nº 1458, o STF¹³⁴ já fixava na ementa do julgamento liminar que:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo poder Público[...]. As situações configuradas de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do poder Judiciário.

Importante o reconhecimento pelo STF¹³⁵ quando propaga e determina o combate às omissões inconstitucionais, inclusive em relação às omissões parciais praticadas pelo Poder Público.

É certo que o tema requer cuidados, pois, com a competência que lhe é peculiar, o eminente Ministro Gilmar Mendes¹³⁶ pondera que¹³⁷:

De nada adianta o Tribunal decidir que agora o salário mínimo será de 500 reais, porque isto não produzirá mais recursos no caixa do Estado. O exemplo do salário mínimo é muito bom, pois, no momento em que houver uma decisão no sentido de se elevar o salário mínimo, é preciso também prover os meios e os modos que possibilitem sua aplicação pelos órgãos da previdência social. Não há como desvincular uma coisa da outra, pois o salário mínimo é o primeiro benefício da previdência social. Em geral,

¹³⁴ **Revista de Direito Administrativo** n 206, p 248, out.-dez. 1996.

¹³⁵ No capítulo 14 será efetuada uma análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão.

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988: estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 126.

¹³⁷ Frise-se que não se está concordando com a reserva do possível.

aqueles que acabam tendo uma visão isolada do fenômeno imputam ao Tribunal uma certa leniência. Um poder não pode impor sua posição, aqui existem questões extremamente delicadas.

Deve-se lembrar que, em nenhum momento desse trabalho, defende-se a idéia de criar uma ditadura dos juízes ou reconhecer uma inexistente supremacia do Judiciário sobre os demais poderes. Ao contrário, concorda-se plenamente com a precisa afirmação de Cristina Queiroz¹³⁸, que pontificou:

Em conclusão, a Constituição não é o que o Tribunal Constitucional diz que ela é. É, antes, o que o povo agindo constitucionalmente por intermédio de outros poderes permite ao Tribunal dizer o que é. Segundo, que isso pressupõe uma revisão e reconstrução críticas das concepções jurídico-políticas de interpretação constitucional, em larga medida retiradas das categorias jusprivatísticas, no quadro do funcionamento do moderno Estado democrático e constitucional.

O grande problema não é usar o povo¹³⁹ para apregoar uma supremacia do Tribunal Constitucional. O verdadeiro dilema é reconhecer o caráter aberto e dinâmico da Constituição e também, como em todo processo histórico, constatar que é possível não existir previamente a resposta para todos os problemas.

Não se quer que o STF fixe outro valor¹⁴⁰ em desacordo com a Constituição, ou fixe um valor que leve o país à bancarrota. Mas não se admite que a passividade do Judiciário seja um beneplácito para que as condutas em desacordo com a Constituição sejam estimuladas, ao invés de reprimidas.

Não pode o Poder Judiciário ser mero carimbador de decisões políticas tomadas ao arrepio da Constituição e ao sabor de conjunturas que em nada se preocupam com os direitos do povo, que produziu uma Constituição e indicou o Poder Judiciário para defendê-la justamente dessas conjunturas misteriosas e inexoráveis.

¹³⁸ QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 351.

¹³⁹ Esta palavra é tem significado aberto e cria uma áurea de legitimidade quando invocada. Para ver vários sentidos da palavra no direito constitucional, ver MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

¹⁴⁰ Claro que, na fala do Ministro, o valor de 500 reais é usado simbolicamente e não como sugestão de valor que atenderia aos ditames constitucionais.

Nesse diapasão, é interessante observar, no direito comparado, as chamadas sentenças intermediárias¹⁴¹, nas quais claramente existe o fim do dogma de que o Judiciário apenas atuaria como legislador negativo. Rafael Asensio¹⁴² pontifica sobre essas decisões lecionando:

Particular relieve em este terreno lãs denominadas genericamente sentencias interpretativas, pues a través de ellas no cabe Duda de que el Tribunal Constitucional interfiere, siquiera sea mediatamente, em la tarea legislativa; o, al menos, depende de cuál sea el tipo específico de sentencias interpretativas, lo que e tribunal hace es extraer de um enunciado legal uma norma que, em ocasiones, puede significar uma lectura reduccionista Del alcance inicial Del texto, e, incluso, puede implicar lisa y llanamente uma alteracion del enunciado legal

Cabe mencionar que existem, pelo menos, dois tipos de decisões interpretativas: as denominadas aditivas e as decisões denominadas substitutivas.

As decisões aditivas implicam a possibilidade do Tribunal adicionar elementos, originariamente não explícitos na norma, com o fim de alcançar situações não previstas ou permitir a constitucionalidade de uma norma.

Nas decisões substitutivas, o Tribunal inicialmente decide que determinada parte da norma é inconstitucional, mas, incontinenti, substitui essa parte por algo decorrente do sistema, permitindo que haja a aplicação da lei em sua integralidade.

É claro que, na adoção dessas técnicas, o Tribunal não tem liberdade absoluta para atuar como se legislador fosse, ao contrário, fica limitado às potencialidades de uma interpretação sistemática da Constituição e a conteúdos que deviam estar implícitos. Todavia não há dúvidas de que, nessa matéria, o mito kelseniano de o Tribunal atuar apenas como legislador negativo fica suplantado.

¹⁴¹ No Brasil, ver o interessante estudo SAMPAIO, José Adercio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adercio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

¹⁴² JIMENEZ ASENSIO, Rafael. **El Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 163. Particular relevo nesse terreno tem as denominadas genericamente sentenças interpretativas, pois através delas não cabe duvidar de que o Tribunal Constitucional interfere, seja mediatamente, na tarefa legislativa; ou, pelo menos, dependendo de qual seja o tipo específico de sentença interpretativa, o que o tribunal faz é extrair de um enunciado legal uma norma que, em algumas ocasiões, pode significar uma leitura reducionista do alcance inicial do texto o que, inclusive, pode implicar uma alteração do enunciado legal. (tradução nossa).

O STF ainda não aplicou, declaradamente, as técnicas da sentença interpretativa. Comentando a posição do STF, Octavio Fischer¹⁴³ pondera que:

Neste sentido, é importante repensar a divisão legislador negativo – legislador positivo, a que tanto se apegava o Supremo Tribunal Federal quando quer restringir sua atuação frente a algumas situações de clara ilegitimidade constitucional. Trata-se, sem dúvida, de um binômio de complexidade delicada, separado por uma linha bastante tênue, em que essa falta de precisão conceitual e demarcatória tem levado à adoção de uma posição mais restritiva, talvez por receio de alegações de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Numa leitura mais detida de decisões recentes do STF, encontram-se, todavia, decisões tipicamente de sentenças interpretativas (apesar de não utilizar essa nomenclatura), senão vejamos: na recente decisão sobre a contribuição de inativos¹⁴⁴, o Pretório Excelso atuou nitidamente como legislador positivo ao determinar que o valor imposto como mínimo para a incidência da exação fosse o mesmo valor do Regime Geral de Previdência.

Observa-se que o Tribunal não se limitou a declarar inconstitucional o valor fixado pelo legislador, mas, incontinenti, fixou o valor correto nos termos da Constituição.

Como fundamento dessa atividade da Jurisdição Constitucional, é de se tecer comentários sobre a concepção substancial da Constituição.

¹⁴³ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.148.

¹⁴⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3105-8 DF.

10 A CONSTITUIÇÃO SUBSTANTIVA – PARA ALÉM DA FORMA CONSTITUCIONAL

A Constituição, entendida como um conjunto de regras vinculativas, tem sido confrontada quer com o paradoxo da democracia, quer com o paradoxo intergeracional. John Elster formulou estes paradoxos em termos agora considerados clássicos: cada geração quer ser livre para vincular as gerações seguintes, mas não quer ser vinculada pelos seus predecessores.

José Joaquim Gomes Canotilho

A epígrafe do presente capítulo busca demonstrar o paradoxo existente no direito constitucional que influenciará, decisivamente, uma concepção substancial da Constituição. Uma vez que se aceita a plena e irrestrita liberdade de cada geração para regular o seu destino, tem-se a inexistência de limites para cada geração e, por conseguinte, o não reconhecimento de um carácter substancial à Constituição.

A Constituição Substantiva prevê a existência de um núcleo essencial da Constituição imune a atuações de maiorias ou a argumentos de exceção. A grande dificuldade é definir qualitativamente essa essência e, principalmente, obrigar que haja o respeito à mesma.

Essa dificuldade de definição do conteúdo não é óbice para o reconhecimento da concepção substancialista da Constituição, uma vez que, sem essa concepção, a humanidade não estaria livre da escravidão ou de outras atrocidades. Tentando sintetizar a concepção substancialista, Lenio Streck¹⁴⁵ pondera:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o judiciário deveria assumir o papel de 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.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 187.

É óbvio que o tema transcende ao Direito. Para se aceitar a concepção substancialista, não se pode ter como premissa lógica qualquer norma, mas sim valores transcendentes¹⁴⁶, quase metafísicos, que a humanidade construiu ao longo de sua conturbada história.

Há o risco de, na identificação desses valores¹⁴⁷, pretender-se impor uma visão etnocêntrica do intérprete. Tal conduta legitimaria uma técnica oculta de dominação. Mas, sem pensar em teses conspiratórias, o fato é que a História¹⁴⁸, a Sociologia e a Antropologia influenciarão diretamente essa concepção substancial da Constituição. É preciso uma visão interdisciplinar do fenômeno Constituição.

A Constituição possui, então, um núcleo substancial¹⁴⁹ que jamais pode ser definido exclusivamente pelo Direito. Aliás, o direito teria uma função muito mais declaratória do que constitutiva desse núcleo, o qual responde pelos direitos fundamentais. Impossível definir previamente todos esses direitos, contudo, em cada caso concreto, pode-se encontrar o excesso de cada geração ou ainda perceber como cada geração, com a típica pretensão de criar o novo, acaba por, na prática, explodir direitos inalienáveis.

¹⁴⁶ José Ribas Vieira pontifica que: “A teoria constitucional americana sempre foi lastreada pela discussão decorrente de um quadro valorativo”. VIEIRA, José Ribas. Construindo a Teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos. In: _____ (Org.). **Temas de Direito Constitucional Norte-Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 5.

¹⁴⁷ Jorge Miranda afirma: “O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produtos de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica coerência ou talvez mais rigorosamente, consistência; projecta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 223.

¹⁴⁸ Castanheira Neves relata que: “Quer isto dizer, em último termo e inequivocamente, que deparamos com uma contínua constituição histórica do direito, na sua realização prática e através dela, e que essa realização não se traduz num mero desenvolvimento desimplicante das potencialidades do sistema jurídico pressuposto e que ficaria intocado na sua definição e intenção primeiras, um mero desenvolvimento progressivo e de enriquecimento linear, pois trata-se antes de uma constituição reconstrutiva, i.é, de uma Constituição que, dialecticamente, reflui sobre o todo do sistema e lhe implica por isso uma contínua revisão ou reconstituição de sentido – desenvolvimento, portanto, histórico-dialecticamente regressivo”. NEVES, Castanheira. **A digesta**: escrito acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 240.

¹⁴⁹ Há, tangenciado a esse ponto, a famosa discussão sobre clausulas pétreas, mas que, por não ser o objeto desse trabalho, não será aqui aprofundada.

Apesar da clara inspiração jusnaturalista¹⁵⁰, a concepção substancialista somente se completa com a certeza de que esses direitos não são apenas naturais, mas que também são declarados e exigíveis pelo Direito.

É claro que de nada adianta uma concepção substancial sem um mecanismo de defesa para eventuais ataques a esse núcleo formador da Constituição. O Poder Judiciário é esse guardião que tem essa árdua missão.

Muitos não concordam com essa valorização excessiva do Judiciário. A preciosa pena de Canotilho¹⁵¹ pondera:

Bem. Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da idéia e total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político. As últimas sugestões feitas aqui mesmo, na minha Faculdade, vão no sentido de que a visão principialista só tem sentido numa visão jurisprudencialista do direito.

A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que a fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de actuação. O exemplo mais frisante é o caso do Timor. Não foram os juízes que deram a independência a Timor. Foram os homens e a resistência dos homens que deram Timor ao povo. O Estado de Direito em Portugal não foi criado pelos juízes. Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição Dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental.

Respeitável como de costume o posicionamento do mestre Canotilho. Entretanto, é preciso destacar que as conquistas apontadas pelo mestre, que efetivamente não podem ser tributadas a uma atuação do Poder Judiciário, foram efetuadas, em verdade, na base do sangue e justamente para evitar que novas vidas fossem imoladas. Em prol dessas conquistas é que impende, num Estado Democrático de Direito, essa atuação transformadora do poder judicial na materialização dos direitos fundamentais e na própria preservação do Estado de Direito.

¹⁵⁰ O mestre Orlando Bitar lecionou em obra clássica: "Nas suas fontes e no seu exercício, o controle judicial é de feitio jusnaturalista. Embora teoricamente se ensine não deva ser decretada inconstitucionalidade de lei só porque injusta, opressora, ofenda a razão ou o espírito da Constituição ou os princípios fundamentais do direito, esta é a realidade, liberta da ortodoxia oficial: o controle jurisdicional se informa em uma base jusnaturalista[...]. Firmou-se o conceito de constituição como a revelação de uma justiça fundamental, diz Carl Swisher: aquilo que for justo será constitucional e aquilo que for injusto, será inconstitucional. Dando à Constituição esse valor absoluto de justiça, os juízes a santificam. (Swisher)" BITAR, Orlando. **Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 579. v. 1.

¹⁵¹ *Apud* COUTINHO, Jacinto Miranda. **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A luta travada pela conquista formal dos direitos fundamentais não produzirá os efeitos desejados se contínuas omissões fáticas, levadas a cabo pelo poder público e pelo capital privado, receberem o beneplácito do Poder Judiciário que vem se auto-limitando na inarredável missão de garantidor dos direitos fundamentais .

É claro que não se acredita que essa desejada nova postura do juiz implicará , “de per si” , a solução para todos os graves problemas das omissões constitucionais. Como toda simplificação de raciocínio, essa conclusão seria equivocada, mas reconhecer tal limitação intrínseca em nada diminui a importância dessa nova voz que permite à Constituição alcançar efetividade real, pois, como ponderou Cristina Queiroz¹⁵²:

O princípio do Estado de Direito impõe a conformidade máxima dos actos do poder público com a Constituição. A função do poder judicial é a de criar condições de confiança e certeza de que esses limites jurídicos não serão ultrapassados. Daqui resulta uma maior acentuação do aspecto judicial na aplicação da Constituição e a necessidade correlativa de se definir, com determinabilidade e precisão, uma teoria normativa da interpretação em direito constitucional.

Deve-se, então, demonstrar instrumentos que buscam dar efetividade a essa concepção substancial da Constituição.

¹⁵² QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 2000. p. 47.

11 INSTRUMENTOS PARA A EFETIVAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Como situação política existencial, como forma e ordenação concretas, a Constituição só é possível porque os partícipes consideram essa ordenação e essa forma já realizadas ou por realizar-se no futuro, como algo que deve ser e o atualizam; seja que a forma de atividade ajustada à Constituição se tenha convertido para eles, por meio do hábito, em uma segunda natureza, em conformação habitual do seu próprio ser apenas considerada como exigência normativa consciente; seja que os membros motivem a sua conduta de modo mais ou menos consciente, por normas autônomas ou heterônomas.

Herman Heller

Thomas Fleine¹⁵³ questiona como podem ser realizados e protegidos os direitos humanos, e responde:

Aquele que pudesse dar uma resposta válida para esta pergunta deveria receber vários prêmios Nobel da paz. A luta por uma melhor proteção dos direitos humanos é tão antiga quanto a violação dos mais elementares destes direitos. Quem quiser proteger os direitos humanos deve limitar o poder que o homem tem sobre os demais e tomar providências para que esse poder possa sempre ser controlado.

Nessa busca de um controle mais eficaz dos Poderes Públicos, como forma de tentar efetivar os direitos fundamentais, faz-se mister dilucidar de que modo e quais instrumentos processuais estão à disposição do juiz para cumprir com as esperanças depositadas em sua pessoa nessa nova perspectiva constitucional.

Já se tornou senso comum na doutrina processual brasileira a afirmação de que os institutos clássicos do processo civil foram pensados para a resolução de conflitos individuais (Tício x Mévio), sendo necessário um repensar do processo civil quando se está diante de uma crise de direito material¹⁵⁴ meta- individual.

¹⁵³ FLEINER, Thomas. **O que são Direitos Humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 47.

¹⁵⁴ Utilizando uma terminologia tão bem aplicada pelo professor Bedaque, na obra BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo:** influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 2000.

A insuficiência do Código de Processo Civil de 1973 para a resolução dos litígios trans-individuais é de clareza solar. O legislador pátrio aí utilizou a técnica de criação de vários micro sistemas com o objetivo de colmatar a lacuna constatada, não apenas academicamente, mas, principalmente, por parte dos cidadãos que não encontravam, no ordenamento processual, uma solução para seus problemas reais.

Cappelletti¹⁵⁵, já em 1976, apontava que:

Eram quatro os pontos nos quais seria necessária uma profunda reforma do processo civil tradicional, a fim de garantir um novo canal de acesso ao Judiciário: legitimidade ativa, garantias processuais (contraditório e ampla defesa) dos ausentes; efeitos da decisão (*secundum eventus litis*); e tipo de provimento e de sanção que se pode obter do juiz.

Há que se falar, atualmente, em um efetivo direito à tutela meta-individual¹⁵⁶. Na Constituição Federal de 1988, reforça-se a necessidade de uma nova visão processual, posto que a Carta Magna contém inúmeros dispositivos que implicam a fixação de direitos subjetivos trans-individuais (por exemplo, o art. 225, ao tratar do meio ambiente) e, como é cediço que não se pode mais aceitar passivamente a argumentação de que a Constituição escrita não passa de uma mera folha de papel (Lassale), sobressai a necessidade do processo fornecer mecanismos hábeis para que se possa atingir o que Loewstein denominava de Constituição Normativa.

Destaca-se, então, a ação civil pública como forma de permitir que políticas públicas (saúde, educação, escola e quejandos) sejam determinadas em prol da efetividade da Constituição.

¹⁵⁵ CAPPELETTI *Apud* DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 96. O próprio Cappelletti considera a proteção aos direitos difusos como a segunda onda de acesso à justiça que o processo civil moderno deve enfrentar. Ver CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortnfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

¹⁵⁶ Insta frisar que os autores já apontavam que, desde a lei de ação popular, podemos encontrar respostas processuais para crises de direito material trans-individuais, todavia não podemos olvidar que o alcance da ação popular fica limitada a violações perpetradas pelo poder público e que muitas das lesões que se buscam combater com os processos coletivos hodiernos têm como sujeito passivo entidades com personalidade jurídica de direito privado. Também não se pode olvidar que existem outros micro sistemas que contribuem para a efetivação de um processo coletivo, como, por exemplo, a lei de improbidade administrativa, as leis orgânicas do Ministério Público, a lei de defesa da ordem econômica e da livre concorrência e quejandos.

Nesse diapasão, vale trazer à tona precisa decisão do STJ assim ementada¹⁵⁷:

Administrativo e Processo Civil – Ação Civil Pública – Ato Administrativo Discricionário: Nova Visão.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examine, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.
4. Recurso especial provido.

Constata-se que o processo civil, no aresto em comento, cumpriu sua relevante missão de viabilizar o direito material constitucional. Há uma clara mudança de eixo do processo moderno para uma adequação às novas realidades constitucionais.

A tutela coletiva tem condições de instrumentalizar o controle de políticas públicas de modo a fornecer à Constituição densidade suficiente para a tutela de direitos trans-individuais. Nesse contexto, é de ser repensada a atuação do *parquet*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 viabilizou um novo papel ao Ministério Público, colocando no fortalecimento dessa instituição a esperança de que existisse um órgão capaz de viabilizar, pelo direito de ação, a implementação dos nobres ditames do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal aponta, no artigo 127, que compete ao *parquet* a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A Lei complementar 75/93 e a Lei 8625/93 regulam minuciosamente a altaneira missão do Ministério Público no Brasil.

A propositura de ações pelo MP, no controle de políticas públicas, é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos pelo povo.

Defendendo a implantação de políticas públicas através da ação civil pública, Gregório Almeida¹⁵⁸ sustenta que:

¹⁵⁷ Inserta na Revista Dialética de Direito Processual, volume 14, São Paulo, 2004p 120

A Constituição Federal não restringe o objeto material da ação civil pública (arts. 5, XXXV e art. 129 III), tanto que consagra expressamente, como já mencionado, o princípio da não-taxatividade da ação civil pública. Depois porque a implantação de políticas públicas, especialmente as exigidas constitucionalmente, nunca pode ser considerada como questão pertencente à seara da mera conveniência e oportunidade do administrador. A implantação de políticas públicas é dever do administrador, que se não as realizar conforme manda a Constituição e a legislação respectiva poderá ser acionado jurisdicionalmente por qualquer legitimado coletivo interessado arrolado nos arts. 5 LACP e 82 do CDC.

Verifica-se o cabimento de ação civil pública com o objetivo de implantação ou correção de políticas públicas, permitindo que o processo coletivo se torne, então, eficaz mecanismo de materialização do controle judicial de políticas públicas.

¹⁵⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. Direito Processual Coletivo. Saraiva: São Paulo, 2003, p 342

12 PODERES DO JUIZ NA AÇÃO CIVIL COLETIVA

Cumpra não perder de perspectiva que, no regime constitucional que consagra o Estado Democrático de Direito, as decisões políticas emanadas de qualquer das casas do Congresso Nacional, na medida em que delas derivem conseqüências de ordem jurídica, estão sujeitas ao controle jurisdicional; desde que tomadas com inobservância da Constituição e das leis. Quando estiver em questão, portanto, a necessidade de impor por respeito à ordem constitucional, a invocação do princípio da separação de poderes não terá a virtude nem de impedir o controle judicial nem de exonerar qualquer das Casas do Congresso Nacional do dever de observar o que prescreve a Lei Fundamental da República.

Min. Celso de Mello

Esse é um dos tópicos mais importantes para que os resultados almejados com toda a produção científica que arquitetou o sistema das ações coletivas possam ser produzidos, especialmente no controle de políticas públicas.

Não há dúvida de que a sociedade moderna não aceita a postura do juiz Pilatos, que não se preocupa com sua função social e resolve fatos da vida concreta dos cidadãos como se estivesse a discutir tertúlias acadêmicas. Iniciado o processo, o juiz está comprometido com a justa resolução do litígio posto diante de si. O juiz não pode ser uma marionete das partes, ele precisa ao menos perscrutar o que de fato aconteceu no mundo real.

Ao contrário dos que argumentam que a postura do juiz ao produzir provas compromete a sua imparcialidade, a omissão do juiz é que implica uma postura incompatível com o seu papel constitucional e, de certo modo, viola sua imparcialidade, posto que a falta de provas implica a aplicação da regra do ônus da prova¹⁵⁹.

¹⁵⁹ A moderna doutrina processual busca não reconhecer a qualidade da coisa julgada às sentenças fundadas em ônus de prova, uma vez que, em verdade, nessas hipóteses, o magistrado não sabe qual a justa resolução para a demanda e, com o fito de evitar o *non liquet*, o sistema concebeu a regra de ônus da prova a fim de que possa o processo ser julgado.

Aliás, se a justiça das decisões está ligada diretamente ao modo pelo qual se procedeu para buscar tal solução, negar ao juiz a efetiva participação é fazê-lo refém de um processo que não se preocupa com a justa solução do litígio, mas com um formalismo estéril e, muitas vezes, inconseqüente.

Especialmente em um país desigual como o nosso, deve o juiz buscar sempre evitar que o vencedor da demanda seja aquele que possui um advogado mais iluminado, ou recursos que possam comportar uma maior dilação do processo, fazendo com que o verdadeiro titular do direito material possa ver garantido seu direito através do Poder Judiciário.

Nem se argumente que no processo coletivo, com a coisa julgada *secundum eventum litis*, tal postura perde importância, pois a demanda pode ser repetida. Tal argumento parte do obívio de que, especialmente em matérias como os interesses difusos e coletivos, o tempo conspira contra o direito. Pelo contrário, o atraso decorrente de uma nova demanda, na demonstração da lesão ao direito, pode ocasionar situações irreversíveis. Basta imaginarmos, por exemplo, um dano ambiental causado pela poluição de um rio.

Defendendo uma postura ativa do juiz, é de se trazer à baila a pena de Bedaque¹⁶⁰, ao afirmar com precisão que:

...a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da postura instrumentalista que envolve a ciência processual. Essa postura favorece, sem dúvida, a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos. Contribui, enfim, para a efetividade do processo, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa. A tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia da solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório.

No processo coletivo, além dessa necessidade de uma intensa participação do juiz na colheita das provas, é preciso ir além e entender ser possível ao magistrado

¹⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo posto na causa. Essa conclusão, inclusive, pode ser extraída sistematicamente de nosso ordenamento jurídico. Há de ser feita, portanto, uma mitigação ao princípio da correlação entre o pedido e a sentença para fornecer ao juiz a maleabilidade necessária para produzir uma solução materialmente adequada à lide posta em suas mãos.

É óbvio que, por diversas vezes, estaremos, em processos coletivos, diante dos denominados *hard cases*, o que provoca a necessidade do intérprete qualificado (juiz) dimensionar qual a solução adequada para aquele litígio. Não há dúvida em afirmar que é impossível admitir que a capacidade de abstração do legislador possa, sem os dados concretos da relação jurídica material, fornecer sempre a solução mais justa para a questão, o que provoca a necessidade de um repensar dos pseudo-limites da atuação dos juízes na soluções desses *hard cases*.

Será que é possível admitir a violação de um direito difuso fundamental porque o autor não soube formular adequadamente o pedido? É muito simples e cômodo para o magistrado indeferir o pedido, mas será que esse é o papel do juiz de nossos tempos?

Filiamo-nos àqueles que permitem certa elasticidade ao magistrado para, fundamentadamente, preservar, através do processo, os direitos fundamentais dos cidadãos, mesmo que para tanto seja necessário fazer breves mitigações de princípios do processo.

É certo que o princípio do contraditório irá iluminar essa atuação do juiz, permitindo que as partes saibam até onde vislumbra o magistrado ser necessário alcançar, na sua decisão, para a preservação do direito discutido na ação coletiva. Bedaque¹⁶¹ aponta com precisão para o fato de que:

Nessa medida, o exame de ofício de questões de ordem pública, especialmente as de natureza processual, deve ser precedido de plena participação das partes. Embora possa o juiz conhecer das questões,

¹⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os Elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In Causa de Pedir e pedido no processo Civil, RT: São Paulo 2003, p 40

independentemente de provocação, deve, antes de proferir decisão a respeito, submetê-las à manifestação das partes[...].

Qualquer decisão judicial fundamentada em convicções decorrentes de elementos não submetidos ao debate frustra a efetividade do contraditório, reduzindo injustificadamente o conteúdo da regra constitucional.

Daí a entender que o modelo processual constitucional, ao consagrar o princípio do contraditório, impede o juiz de tomar qualquer decisão, sem ouvir as partes a respeito de questões a serem abordadas no provimento.

Respeitado o contraditório, não há motivo para impedir que o magistrado, ao proferir a sentença, busque a solução mais adequada do ponto de vista constitucional, mesmo que não haja pedido.

O legislador¹⁶² já permitiu, em prol dos direitos fundamentais, no processo de investigação de paternidade, uma plena mitigação do princípio da demanda. Do mesmo modo, deve ser permitida, inclusive por interpretação sistemática, ao magistrado a concessão de decisões extrapedido ou ultrapedido quando necessária para a efetivação da proteção dos direitos fundamentais constitucionais.

Tal proposta busca evitar o perecimento de direitos fundamentais pelo formalismo exacerbado de uma concepção individualista superada. Reconhecendo o caráter público do processo e a indisponibilidade dos direitos fundamentais, vislumbra-se a efetividade dos direitos coletivos¹⁶³, utopia realizada no papel e conspurcada diariamente em nossa sociedade capitalista.

Não serão as questões de alimentos em investigação de paternidade ou a tese aqui defendida em matéria de controle judicial de políticas públicas as únicas exceções de nosso sistema ao princípio da correlação entre sentença e pedido. Vallisney de

¹⁶² O artigo 7º da lei 8650/92 prevê expressamente que: “Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”. Verifica-se, inclusive, uma cumulação de uma demanda declaratória com uma demanda condenatória.

¹⁶³ Corroborando o tratamento diferenciado do processo coletivo, Ricardo Leonel afirma que: “Ademais, o próprio legislador deu indícios de que há uma maior liberdade de atuação judicial no âmbito das demandas coletivas com: a) previsão de que o magistrado deve adotar de ofício providências que assegurem o resultado prático equivalente ao da prestação pretendida e não atendida; b) imposição de multa diária independentemente de pedido do autor; c) implementação de medidas necessárias, como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra e impedimento de atividades nocivas, além de requisição de força policial.” LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 347.

Oliveira¹⁶⁴ aponta, entre as exceções ao princípio da congruência: tutela específica, fungibilidade de ações possessórias, correção monetária e juros, litigância de má-fé, dentre outras.

Aliás, Vallisney, na obra já mencionada, sugere, ainda, como quebra do princípio da congruência, o interessante caso de erro do pedido formulado pelo advogado¹⁶⁵:

Para Hernán F. López Blanco, já não existe razão para não se permitir ao juiz civil julgar com base no que se prove dentro do processo e para se poder eliminar, de uma vez por todas, ao menos o julgamento *ultra petita*, porque não se afigura justo que, por uma indevida apreciação do autor, por falta de experiência de seu advogado, ou enfim, por qualquer motivo, a limitação existente em suas pretensões impeça o logro completo do direito que lhe assiste, já que, deste modo, se deixa “ao ouvido” a função restauradora da ordem jurídica concedida ao juiz como representante do Estado.

De fato, o singelo e mero erro na formulação do pedido pode excluir o princípio da eventualidade e o rígido comando da estabilidade do processo, até por aplicação do devido processo legal no seu sentido material, com a conseqüente mitigação do princípio da correlação da sentença.

É preciso rever velhos dogmas a fim de que o direito material não soçobre em razão do formalismo de outrora¹⁶⁶.

Frise-se que o fortalecimento dos poderes do juiz é o único meio para que possa ser alcançada a efetividade das normas postas no sistema, cabendo, para concluir, trazer à tona as precisas palavras do Ministro Carlos Velloso¹⁶⁷, ao pontificar, em brilhante, discurso que:

Numa solenidade em que são celebrados os direitos do homem, é oportuno que se fale no fortalecimento dos juízes, porque nada garante melhor os direitos declarados que juízes independentes, fortes e respeitáveis. Edouard Laboulaye, que escreveu a respeito do poder Judiciário, especialmente do poder judiciário norte-americano, no século passado, no seu livro **A Constituição dos Estados Unidos**, registrou que, desde que haja juízes capazes de fazer respeitar a Constituição e as leis, o governo pode ser até absoluto, mas não será um governo déspota. O moleiro de

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. Saraiva: São Paulo, 2004.

¹⁶⁵ Frise-se que o autor, no exemplo em questão, sustenta que o juiz deve intimar o autor, inclusive pessoalmente, para formulação do pedido, o que é diverso do sustentado para as ações relativas a controle de políticas públicas.

¹⁶⁶ Observe-se que a posição aqui defendida pode ser extraída sistematicamente dos princípios informadores do processo civil, não sendo necessário, portanto, qualquer alteração legislativa para essa atuação ativa do poder Judiciário.

¹⁶⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Celebrar os direitos humanos é preciso. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 36, jul.-set. 2001.

Sans-Souci, resistindo a Frederico II e atirando-lhe á face a frase famosa – “Ainda há juizes em Berlim” –, demonstra que, se Frederico II era um monarca absoluto, nem por isso era um déspota. E Frederico II não era um déspota, porque havia juizes em Berlim.

Quase duzentos anos depois, na mesma Alemanha, um déspota produziu o holocausto de um povo.

É que os juizes estavam sufocados ou mortos. Já não havia juizes em Berlim.

13 ABERTURA NO PROCEDIMENTO DO PROCESSO COLETIVO

A democracia não somente é fundamento da ordem constitucional, mas também princípio de legitimação do exercício do poder político. Um estado democrático é aquele, nas palavras de Garcia Pelayo, onde o povo é fonte do qual emanam os poderes do estado ou, mais corretamente, de onde os cidadãos participam e podem controlar as decisões do Estado (Tradução nossa).

José Luis Cascajo Castreo

O objetivo do presente capítulo é tentar, na medida do possível, fornecer algumas sugestões para uma maior efetividade do processo coletivo, uma vez que, como já demonstrado, objetivamente tal processo ocupará, no nosso Estado Democrático de Direito, um papel extremamente relevante ao contribuir para a efetivação de políticas públicas.

Nesse diapasão, é necessário estabelecer medidas que possam permitir uma maior participação de toda a sociedade no processo coletivo, tal como foi efetuado no processo da ADIN com a Lei 9868/99.

Efetivamente, é preciso, como estabelecido no processo de controle de constitucionalidade em abstrato, viabilizar uma abertura no processo coletivo, a fim de que toda a sociedade que, efetivamente, é alcançada pelos efeitos da decisão possa participar ativamente das decisões do processo coletivo.

Como exemplo dessa abertura do procedimento, vislumbra-se plenamente compatível com as ações coletivas a introdução de figuras como o *amicus curiae* e a realização pelo Judiciário de Audiências Públicas. Isto é importante a fim de viabilizar que o juiz, ao analisar a questão coletiva, não seja seduzido por parte da realidade transportada aos autos, mas possa sopesar as questões postas, ouvindo um maior número de opiniões das pessoas que também serão alcançadas pela decisão no processo coletivo.

As peculiaridades do processo coletivo precisam sensibilizar o legislador e os operadores jurídicos para que haja um correto tratamento das questões que visam, sobretudo, viabilizar o acesso à justiça.

Cabe sempre ter em vista a precisa observação do mestre Barbosa Moreira, demonstrando a validade de mudanças pontuais em nossa legislação¹⁶⁸:

Há um tipo de tentação ao qual cumpre resistir com todas as forças. A sociedade em que vivemos é basicamente mal organizada de muitos pontos de vista. Às vezes nos sentimos levados a duvidar da utilidade de iniciativas que visem à melhoria da situação em setores específicos ou, pior ainda, em pontos isolados. Seria como se estivéssemos a disfarçar futilmente, com a aplicação de cosméticos, as rugas do rosto de um doente terminal. Não faltará quem repute inócuo, senão contraproducente, qualquer esforço para resolver este ou aquele problema particular: mero desperdício de energias, que deveriam poupar para a faina do dia glorioso em que se levará a cabo a profunda e indispensável reforma estrutural. Se os alicerces mesmos do edifício estão em causa, não valeria a pena preocuparmo-nos com o mau funcionamento da bomba d'água, ou com a deficiente iluminação da garagem. Semelhante atitude, encontrada em espíritos que se julgam progressistas, é, na verdade, a melhor aliada do conservadorismo. Apostar tudo no ideal significa, pura e simplesmente, condenar o real à imobilidade perpétua. Disse um grande estadista que é muito difícil sabermos o que precisaríamos fazer para salvar o mundo, mas é relativamente fácil sabermos o que precisamos fazer para cumprir o nosso dever. Se começarmos por aí, não direi que cheguemos a salvar o mundo, mas talvez possamos contribuir, e não será pouco, para torná-lo menos inóspito.

A abertura do processo coletivo visa, especialmente, permitir que todos os membros da sociedade possam fornecer elementos para que a decisão seja a mais adequada para a implementação da política pública. Materializa-se, então, a tese de Peter Haberle¹⁶⁹, ao falar com propriedade que:

Povo não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania no sentido do art. 33 da Lei Fundamental. Dessa forma, os Direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*). Na democracia liberal, o cidadão é interprete da

¹⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74 p 110

¹⁶⁹ HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997. p. 37.

Constituição. Por essa razão, tornam-se mais relevantes as cautelas adotadas com o objetivo de garantir a liberdade...

O cidadão precisa, então, possuir mecanismos para expor seus argumentos em um processo coletivo em que esteja sendo resolvido o destino de toda a sociedade, razão pela qual é necessária a modificação da lei de ação civil pública para permitir que, durante o processo, haja essa abertura como forma de viabilizar que o juiz, ao decidir, tenha plena consciência de todas as teses efetivamente extraíveis do caso em questão.

A sociedade moderna deve aprender a conviver com as diferenças, a aceitar o pluralismo intrínseco à condição humana e, ainda, a aceitar que todos têm o direito de expor e produzir efeitos dessa sua visão de ser e do mundo. Portanto a verdadeira interpretação da Constituição precisa ter sensibilidade suficiente para permitir que, de algum modo, o juiz perceba essa realidade variante na hora de materializar a Constituição.

Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas.

Conclui-se, então, ser a abertura do processo coletivo um meio eficaz para, numa sociedade plural, estimular o debate e viabilizar uma fundamentação adequada da futura decisão judicial sobre políticas públicas.

14 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Se compreendemos os direitos humanos como direitos, então só aos juízes pode ser confiada, por fim, a sua proteção. Isso porque o direito somente é um direito quando um juiz pode fixar o conteúdo, sua extensão e seus limites, bem como tomar as decisões necessárias para a sua imposição.

Thomas Fleiner

O controle concentrado de constitucionalidade pode ser também um excelente meio para a efetivação das políticas públicas¹⁷⁰.

Antes de se discutir o controle concentrado como forma de exercício de controle de políticas públicas, são necessárias breves digressões gerais sobre o controle concentrado no Brasil.

A Constituição Federal Brasileira prevê que o controle concentrado para garantir a supremacia da Constituição Federal é exclusivo do Supremo Tribunal Federal.

É de se destacar que, no Brasil, coexistem como forma de controle concentrado: a Ação Direta de Inconstitucionalidade em suas três espécies – ADIN *stricto sensu* (Federal e Estadual), ADIN por omissão e ADIN interventiva (Federal e Estadual) –; a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental.

As leis 9868/99 e 9882/99 regulam o procedimento das ações de controle concentrado. Em alguns casos, a lei extrapola a sua competência como, por

¹⁷⁰ Como pondera Guilherme Campos Silva, “O constitucionalismo pressupõe a existência de instrumentos jurídicos que garantam a aplicação do modelo de ordenamento prescrito pela Constituição, sujeitando-os a controle judicial, seja por Tribunais ordinários ou pelos denominados Tribunais Constitucionais”. SILVA, Guilherme Amorim Campos. Delineamentos sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade de políticas públicas pela via processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBUR, Walter (Orgs.) **Aspectos Atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 133.

exemplo, quando pretende normatizar os efeitos da decisão de controle¹⁷¹ no artigo 27 da Lei 9868/99. De qualquer modo, deve-se reconhecer que essas leis são as responsáveis pela regulamentação do procedimento do controle concentrado no Brasil.

Houve, em 1988, uma expansão do rol de legitimados para a propositura do controle concentrado de constitucionalidade, permitindo, por consequência, uma maior atuação do Pretório Excelso em prol da guarda da Constituição.

Deve ser observado, porém, que, no processo da Adin, não existem partes na concepção de processo civil, ou seja, o processo é objetivo. Os legitimados somente ajuízam a ação.

Frise-se que o STF vem restringindo a legitimidade para a abertura do processo de ADIN ao exigir para alguns poucos legitimados¹⁷² o requisito de pertinência temática. Entrementes, não é possível concordar com tal requisito, posto que, se o processo é de preservação da supremacia da Constituição, só secundariamente são regulados direitos subjetivos em controle abstrato. Logo não há motivos para a alegação de pertinência temática.

Em razão do processo da Adin ser objetivo, não cabe intervenção de terceiros nem desistência¹⁷³, e não há que se falar em impedimento ou suspeição do juiz¹⁷⁴ (via de regra).

¹⁷¹ ver FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade por lei ordinária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 56, p.19-24, 2000.

¹⁷² A Mesa da Assembléia, o Governador do Estado e entidades de classe ou confederação federal (incisos IV, V e IX do artigo 103 da CF).

¹⁷³ Informativo 138 STF: É incabível a possibilidade de o autor desistir, ainda que parcialmente, da ação direta de inconstitucionalidade. Com esse entendimento, o Tribunal – acolhendo questão suscitada pelo Min. Sepúlveda Pertence no julgamento de mérito da ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 4º da Lei nº 4.957/94, do Espírito Santo, e contra a Resolução nº 8/95, editada pelo TJ/ES, e Resolução nº 1.652/93, editada pela Assembléia Legislativa/ES – determinou que se reabra a fase processual destinada a permitir a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República sobre os atos estatais, que, embora impugnados pelo autor, constituíram objeto da desistência parcial não admitida. Adin 1.500-ES, rel. Min. Carlos Velloso, 18.2.99.

¹⁷⁴ Informativo 198 do STF: Julgando o pedido de medida liminar em ação direta ajuizada pelo Partido Liberal – PL – contra o art. 23 da Resolução 20.562/2000 do Tribunal Superior Eleitoral – que trata da distribuição do tempo para a propaganda gratuita no rádio e na televisão entre os partidos e as coligações que tenham candidatos –, o Tribunal, preliminarmente, decidiu não estar impedido de participar do julgamento o Min. Néri da Silveira, Presidente do TSE, que prestou as informações nos autos em nome daquela Corte, tendo em vista que o processo objetivo de controle abstrato de

O STF vem entendendo ser a causa de pedir aberta¹⁷⁵, ou seja, no julgamento, deve o Supremo realizar a análise da compatibilidade da norma com toda a Constituição e não apenas com o dispositivo apontado como violado na petição inicial.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade federal pode ser proposta contra lei ou ato normativo federal ou estadual e o STF interpretou restritivamente tal dispositivo ao excluir o cabimento de ADIN contra as leis municipais¹⁷⁶.

normas não envolve relações de caráter individual. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal não conheceu da ação, uma vez que os alegados excessos do poder regulamentar da Resolução em face da Lei 9.504/97 não revelariam inconstitucionalidade, mas sim eventual ilegalidade frente à Lei ordinária regulamentada, sendo indireta, ou reflexa, a alegada ofensa à CF. ADIn 2.243-DF, rel. Min. Marco Aurélio, 16.8.2000.(ADI-2243)

¹⁷⁵ Exemplo de decisão em que o STF adotou esse entendimento: – AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO – LEI Nº 9.717/98, PORTARIAS NºS 4882 E 4883 DE 1998 E 4992 DE 1999 DO MINISTRO DA PREVIDÊNCIA E DA ASSISTÊNCIA SOCIAL, ARTIGO 40, § 13, DA CARTA MAGNA NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998, E ORIENTAÇÃO NORMATIVA INSS Nº 10/99, ORIENTAÇÃO NORMATIVA MPAS Nº 9/99 E ORDEM DE SERVIÇO INSS Nº 619/99 – Quanto à arguição de ser o § 13 do artigo 40 da Carta Magna na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98 inconstitucional, está ela prejudicada, uma vez que esta Corte, na ADIMC nº 2024, indeferiu a medida cautelar para suspender a eficácia desse dispositivo. – Por outro lado, tendo a Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, sido publicada anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, e **tendo esta também de ser levada em consideração no exame da constitucionalidade da referida Lei, dada a causa de pedir em Ação Direta de Inconstitucionalidade ser aberta**, não é de ser conhecida a presente ação porque se estará no âmbito da revogação, o que não dá margem ao cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. No tocante à inconstitucionalidade total, ou de alguns de seus dispositivos, das Portarias MPAS nºs 4882/98, 4.883/98 e 4.992/92, esta ação também não é de ser conhecida, porquanto as duas primeiras não dão margem ao controle concentrado de constitucionalidade por serem atos normativos que se destinam a execução de Lei, e a última não está regulamentando o § 13 do artigo 40 da Constituição em sua redação atual por ser este auto-aplicável, mas, sim, está dando instruções, no âmbito da Administração Pública da Previdência e Assistência Social, aos servidores subordinados ao Ministério dessa área para a aplicação, à nova hipótese, da legislação infraconstitucional relativa ao regime geral de previdência social. Por fim, também não é de ser conhecida a presente ação quanto à Ordem de Serviço 619/99 da Diretoria do Seguro Social do INSS, à Orientação Normativa nº 9/99 da Secretaria da Previdência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social e à Orientação Normativa nº 10/99 da Coordenação Geral de Arrecadação do INSS, porquanto, sendo o § 13 do artigo 40 da Carta Magna em sua redação atual auto-aplicável, não estão elas regulamentando-o, mas têm o exame de sua validade situado no terreno infraconstitucional. Ações diretas de inconstitucionalidade não conhecidas. (STF – ADI 2009 – DF – TP – Rel. Min. Moreira Alves – DJU 09.05.2003 – p. 00045).

¹⁷⁶ Frise-se que a Suprema Corte Americana sempre interpretou ampliativamente as competências do Tribunal Constitucional em matéria de controle de constitucionalidade, não sendo, portanto, verossímil supor que, pelo simples fato de a lei ser municipal, estaria imune ao controle concentrado pela via de ADIN. O principal argumento adotado no famoso caso *Marburyx Madison* justificaria a competência do STF. Ocorre que, sem dúvida, existe uma questão prática de excesso de processos no STF, posto que, objetivamente, haverá dificuldades concretas em efetuar o controle abstrato de constitucionalidade das leis de quase 5(cinco) mil municípios existentes no Brasil.

O Advogado Geral da União é obrigado a defender a constitucionalidade da lei, como forma de prestigiar a presunção de constitucionalidade das leis.

O Processo da Ação Direta foi democratizado quando o artigo 7º §2º da lei 9868/99 permitiu a admissão ao processo do *amicus curiae*. Escrevendo sobre o instituto, Edgar Bueno Filho¹⁷⁷ ponderou:

... a presença do *amicus curiae* no processo, em maior extensão do que no passado, serviria para garantir maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte Constitucional. Em outras palavras, sustentou que, além do sentido democrático da participação desse terceiro gabaritado, o debate seria enriquecido, dada a representatividade da entidade ou órgão, com a possibilidade de transmissão aos julgadores de elementos de informação e experiência de implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais notáveis.

É cabível a liminar em ADIN, sendo que os requisitos, em regra, são o da fumaça do bom direito e do perigo da demora.

Se a ADIN é proposta e, antes do seu julgamento, a lei é revogada, ocorre perda do objeto superveniente. Neste caso, os cidadãos que se sentirem prejudicados pela vigência da lei podem questionar os efeitos através do controle difuso, mas no plano abstrato, já não existe mais risco para a supremacia da Constituição.

Deve-se tecer, nesse instante, algumas considerações sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão.

Do ponto de vista histórico, no Brasil, a Constituição Federal de 1988¹⁷⁸ foi a primeira a, expressamente, contemplar um remédio para a omissão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo em efetivar a Constituição. Aliás, trouxe o Constituinte dois remédios, a saber: o mandado de injunção e a Ação Direta de

¹⁷⁷ BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus curiae*: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 47, p. 11, abril-junho de 2004.

¹⁷⁸ A Constituição brasileira sofreu nítida influência da Constituição de Portugal de 1976. Cabe ressaltar que se aponta a Constituição da Iugoslávia de 21.02.1974 como a primeira a expressamente contemplar instrumentos de combate às omissões inconstitucionais.

Inconstitucionalidade por omissão para tentar combater as omissões inconstitucionais¹⁷⁹. Como bem escreveu Zeno Veloso¹⁸⁰,

Para que não se transformasse num patético catálogo de intenções, deixando de ter aplicabilidade por causa da inércia ou da resistência do legislador e das autoridades incumbidas de editar leis ou atos reguladores de normas constitucionais que careçam destas providências, a Carta Magna tem alguns preceitos e instituiu um mecanismo de defesa com vistas a garantir obediência a seus comandos, objetivando conferir efetividade aos seus propósitos e dar concretude a seus princípios. Se a Constituição Formal ou escrita não se transformar numa Constituição viva e real, não terá passado de uma folha de papel. E não são poucos os espíritos retrógrafos e passadistas que sonham com isto.

Idealizado o instrumento de combate às omissões, infelizmente, não se constata na jurisprudência da Suprema Corte efeito idêntico ao idealizado pelo constituinte. A postura de apenas comunicar a omissão ao Poder Legislativo¹⁸¹ enfraqueceu o Instituto, principalmente pela notória falta de consciência da necessidade de respeito ao cumprimento de decisões judiciais¹⁸², tornando a inovação um avanço formal sem a produção dos efeitos almejados.

¹⁷⁹ Leciona Jorge Hage que a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão visa “à defesa objetiva da integridade do sistema normativo, tem por objeto o próprio vício omissivo, em si considerado, e constitui forma de controle abstrato, concentrado e objetivo da ordem jurídica, com legitimidade ativa restrita e definida *numerus clausus*; sua finalidade é reprimir a omissão normativa inconstitucional dos Poderes Públicos, constatando, em tese, a existência de uma lacuna reduz a efetividade da ordem jurídica constitucional”. Enquanto isso, o mandado de injunção “pelo contrário, visa socorrer direito subjetivo concreto do titular, prejudicado em seu exercício, pela ausência de norma regulamentadora (não de outras medidas, não normativas ou materiais, frise-se, de logo); é processo subjetivo [...], depois de julgado procedente o mandado de injunção, a situação de omissão normativa do Poder legislativo pode, naturalmente, perdurar inalterada” HAGE, Jorge. **Omissão Inconstitucional e Direito Subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 134.

¹⁸⁰ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belém: CEJUP, 1999. p. 273.

¹⁸¹ ressaltando que os juízes ainda não aprenderam a lidar com o saneamento de omissões inconstitucionais, Oscar Vilhena Freire aponta que: “Um dos mecanismos criados com o objetivo de minorar esse problema da omissão do sistema político em realizar a vontade constitucional, (sic) foi atribuir ao judiciário a função de controlar as omissões inconstitucionais perpetradas pelos poderes constituídos. Os tribunais passam de uma posição meramente negativa ou de bloqueio, para uma situação em que lhe são atribuídas competências positivas. Se a implementação da vontade constitucional depende em larga medida de uma ação positiva dos poderes públicos e essa não existir, a sociedade recorrerá ao judiciário para ver realizar seus direitos constitucionais. A atribuição de poderes positivos ao poder judiciário, para suprir essas omissões, provoca dificuldades tanto técnicas, como de justificação do seu poder, frente a uma teoria democrática. Isto porque não estão os juízes treinados para a função de *decision makers*, nem legitimados majoritariamente para isto. O que não significa que não haja uma legitimação constitucional subsidiária, ou seja, decorrente da omissão dos poderes políticos. FREIRE, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 37.

¹⁸² Jorge Miranda pontifica sobre o controle por omissão em Portugal, ressaltando que: “O Tribunal Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal é chamado a pronunciar-se sobre a existência ou não da omissão constitucional. O Tribunal Constitucional, apenas, vai-se limitar a declarar que existe essa omissão e a dar conhecimento, a dar ciência dessa omissão ao órgão legislativo. O Tribunal Constitucional ou o Supremo Tribunal Federal não tem nenhum poder de sub-rogação ou de substituição. Não podem ser eles a fazer a lei, porque não têm legitimidade democrática. Mas, sendo

Devemos lembrar que, se a omissão for do executivo, a Constituição já estabeleceu um prazo de 30 dias para o cumprimento da decisão. Todavia as principais questões do tema estão relacionadas às omissões do legislativo.

A interpretação tradicional restringe as potencialidades da Ação Direta por omissão. Clemerson Cleve¹⁸³ pondera, por exemplo, que:

A censura da omissão de medidas de cunho não normativo, especialmente das que implicam a atuação material do Estado envolvendo a organização de determinados serviços, a alocação de recursos, ou a construção de obras, não pode, em princípio, ser feita por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão. Esse tipo de omissão não dispõe de remédio na farmacologia jurídico-processual, reclamando antes suprimento por meio da atuação política (com o uso das técnicas da democracia representativa e da democracia participativa).

Com todo o respeito que o ilustre autor paranaense merece¹⁸⁴, filiamo-nos aos que não admitem que haja uma lesão sem possibilidade de reparação pelo Poder Judiciário. A farmacologia do Judiciário deve encontrar mecanismos para efetivar a Constituição. Não serve de empecilho a conhecida alegação de violação a separação de poderes, pois, como já analisado em capítulo próprio, a noção de separação de funções não pode servir de obstáculo para a materialização do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

É interessante um repensar dos efeitos da decisão na Ação Direta por omissão, além da necessidade meta-jurídica de uma consciência social de que as decisões judiciais precisam ser cumpridas independentemente de interesses pessoais¹⁸⁵.

assim, pergunta-se se esse controle não é puramente platônico, não é puramente ineficaz. Posso dizer que nas poucas vezes em que em Portugal funcionou o controle da inconstitucionalidade, ele veio a ser eficaz; sempre o órgão legislativo viria a refazer a lei em falta – a lei que já deveria ter sido elaborada. Quer dizer, conseguiu-se, pelo menos na prática, congressar mais uma vez os Princípios Democrático e da Constitucionalidade.” MIRANDA, Jorge. Democracia e Constituição In: **Anais do 17º Encontro Nacional dos Juizes Federais** .: AJUFE, 2001. p.42.

¹⁸³ CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1995. p. 234.

¹⁸⁴ Frise-se que a posição defendida por Clemerson Merlin é majoritária na doutrina e jurisprudência.

¹⁸⁵ Como pondera Konrad Hesse: “ A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar a ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional-, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”.

Frise-se, por fim, que na ADIn por omissão não há a intervenção do AGU pelo simples fato de que não existe norma a ser defendida no processo de controle.

Nesse cenário, cabe tecer breves considerações sobre a Ação Direta de Constitucionalidade¹⁸⁶.

A Ação Direta de Constitucionalidade tem um rol de legitimados restrito, uma vez que, nos termos do artigo 103, §4º, da CF, apenas o Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara ou Procurador Geral da República podem iniciar o procedimento.

O objeto da Ação é apenas analisar a constitucionalidade das leis e atos normativos federais, objetivando transformar a presunção relativa em presunção absoluta.

Interessante destacar como condição de procedibilidade da ação a comprovação, na petição inicial, de divergência jurisprudencial sobre a constitucionalidade da lei

Importante, nesse contexto, falar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, uma vez que essa ação tem o objeto ampliado para incluir atos que possam violar a Constituição de qualquer dos poderes¹⁸⁷, além da possibilidade de controle de leis municipais e leis anteriores à Constituição Federal.

Deve ser observado que, nas hipóteses da Arguição de Descumprimento, o parâmetro de controle é restrito aos preceitos fundamentais da Constituição. A lei¹⁸⁸ não definiu quais são os preceitos fundamentais, mas filiamo-nos àqueles que

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 19.

¹⁸⁶ Ação criada pela emenda constitucional nº 3/93 foi duramente criticada pela doutrina pátria com inúmeros posicionamentos apontando a inconstitucionalidade de sua criação por violação ao devido processo legal, ao contraditório, ao acesso à justiça, à separação de poderes etc. Ver excelente obra coordenada por MARTINS, Ives Gandra da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁸⁷ Lamenta-se o fato de a lei não incluir atos inconstitucionais praticados por particulares como objeto de controle concentrado, pois atualmente essa forma de inconstitucionalidade provoca consequências extremamente gravosas para a supremacia da constituição

¹⁸⁸ De forma acertada, pois seria absurdo admitir a hipótese de que a lei fosse definir o que são preceitos fundamentais da Constituição

entendem que os fundamentos da República Federativa do Brasil (art 1º da CF), os direitos fundamentais, os princípios constitucionais sensíveis e o artigo 60, §4º da CF e o artigo 3º (objetivos da República Federativa do Brasil) são o parâmetro de controle.

É de se destacar que o legislador optou por colocar a ADPF como um soldado de reserva, em virtude da adoção do princípio da subsidiariedade, ou seja, somente é cabível a ação se não existir outro meio hábil para sanar a lesão que está sendo perpetrada contra os preceitos fundamentais.

Constata-se ser potencialmente útil a ADPF¹⁸⁹ para o controle de políticas públicas, inclusive pelo aumento de atos controláveis, como afirmou Guilherme Amorim¹⁹⁰ :

No plano constitucional, no que diz respeito aos preceitos atinentes à obrigatoriedade dos poderes constituídos implementarem bases delimitadoras de políticas públicas que levem à promoção do desenvolvimento nacional, cumpre reconhecer sua vinculatividade absoluta com a previsão do artigo 3º da Constituição Federal, de que são preceitos fundamentais da República, dentre outros, a realização do desenvolvimento nacional.

É de se ponderar que há uma grande expectativa sobre a ADPF, pois almeja-se que esse instrumento possa, efetivamente, servir como meio eficaz de combate às omissões e às ações violadoras da Constituição, inclusive por políticas públicas inadequadas.

A grande vantagem do controle concentrado é permitir que, originariamente, na Corte Máxima do País, haja a resolução, com força vinculante e *erga-omnes*, dos eventuais conflitos dos poderes constituídos com a Constituição.

Em relação às políticas públicas, o STF, no controle concentrado, tem o caminho aberto para permitir a maior efetividade da Constituição, anulando políticas

¹⁸⁹ É claro que o veto presidencial à legitimidade do cidadão para a propositura da ADPF restringiu potencialidades do novo instituto, todavia não há dúvidas de que os atos do poder público ainda podem ser controlados por meio da ADPF proposta pelos legitimados para a ADIN.

¹⁹⁰ SILVA, Guilherme Amorim Campos. Delineamentos sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade de políticas públicas pela via processual da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBUR, Walter (Orgs.) **Aspectos Atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 142.

inconstitucionais ou sancionando a omissão no cumprimento das normas constitucionais.

Através da postura do Poder Judiciário no julgamento dessas ações, é possível viabilizar o sonho constitucional ou transformá-lo em terrível pesadelo.

15 LIMITES À ATUAÇÃO JUDICIAL – A AUTOCONTENÇÃO E A HETEROCONTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

A correção de decisões judiciais mediante lei superveniente é, todavia freqüente, podendo-se falar de um permanente jogo de xadrez entre Congresso e Suprema Corte, no qual aquele logra dar sempre o xeque mate.

Loewenstein

Verificou-se, nos capítulos precedentes, a necessidade de uma atuação efetiva do Judiciário em prol da materialização das esperanças constitucionais. Cabe ponderar que, por óbvio, o ativismo judicial¹⁹¹ não será, *de per sí*, panacéia para toda e qualquer violação de direitos existentes na face da terra. Por outro lado, não podem os juízes também, a pretexto de interpretar e efetivar a Constituição, utilizar seus subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional.

Exemplo de riscos está na adoção indiscriminada da máxima da proporcionalidade. Barroso¹⁹², com maestria, lembra que:

É bem de ver, no entanto, que a ponderação, embora preveja a atribuição de pesos diversos a fatores relevantes de uma determinada situação, não fornece referências materiais ou axiológicas para a valoração a ser feita. No seu limite máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto as bem-inspiradas como as nem tanto.

A concepção substancialista da Constituição fornece o antídoto à eventual falta de referências axiológicas da máxima da proporcionalidade. É de se frisar que, na hipótese de abusos dos juízes, haverá mecanismos de controle, visto que ninguém está acima da Constituição.

¹⁹¹ Sergio Moro pondera que: “Uma jurisdição constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia. Cabe aos representantes eleitos pelo povo a primazia na formulação das políticas públicas, o que eles fazem principalmente por meio de atos legislativos. As intervenções da jurisdição constitucional demandam a demonstração de que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado. MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 204.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 120.

É preciso consciência dos juízes para usar do ativismo na exata proporção, ou seja, sem excessos ou omissões¹⁹³.

Não se pode esquecer que há questões que não devem ser exclusivamente decididas pelo Judiciário, mas sim por toda a sociedade. Devemos pensar em verdadeiros *hard cases* em que, além da abertura no procedimento, talvez fosse legítimo prever um referendo para a ratificação, pelo povo, da decisão do Poder Judiciário.

É claro que, para tanto, há que se repensar a coisa julgada, a proibição de decisões condicionais, etc. Entrementes, não podemos pensar em controle por Tribunal Constitucional de uma complexa questão constitucional a partir da lógica concebida para um processo civil de caso concreto, uma vez que, algumas vezes, estaremos pondo em xeque o próprio suporte normativo.

Sergio Moro¹⁹⁴ aponta como fundamento relevante para a autocontenção¹⁹⁵ a denominada reserva de consistência, exemplificando inclusive com o controle judicial de políticas públicas ao afirmar que:

Por força do argumento democrático, já se afirmou que as interpretações judiciais exigem uma reserva de consistência para se sobreponem às interpretações legislativas...

O limite da reserva de consistência poderá impedir o juiz de desenvolver e efetivar normas constitucionais que demandem a elaboração de políticas públicas de certa complexidade. Faltaria ao Judiciário, por exemplo, capacidade para a elaboração de política habitacional ou de política pública que vise à efetivação do objetivo previsto no inciso VIII do art. 170 da Constituição Federal (“busca do pleno emprego” como um dos princípios da ordem econômica). Todavia, a extensão deste impedimento dependerá da prática judiciária. A criatividade do juiz poderá contribuir para o

¹⁹³ Inocêncio Mártires afirma com precisão que: “Em suma, nem o protagonismo irresponsável, nem o alheamento apassivador, porque tanto um quanto o outro não se coadunam com o princípio da lealdade constitucional e, afinal, podem comprometer a credibilidade e a própria sobrevivência da jurisdição constitucional como criatura da Constituição. COELHO, Inocêncio Mártires. *Jurisdição Constitucional e Criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito?* **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 07, p. 184, 2002.

¹⁹⁴ MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004. p. 221 e 225.

¹⁹⁵ Flávia Viveiros lembra ainda que “em resposta ao temor de que os juízes pudessem extrapolar em sua função interpretativa, surgiu e desenvolveu-se nos EUA uma filosofia de autocontrole da magistratura (*judicial self restraint*). Para contornar as críticas sofridas pelo Judiciário, tal corrente defendia a postura de que os juízes deveriam presumir como válidos os atos de governo e sustentar a constitucionalidade da lei em casos duvidosos”. CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. *O Papel Político do poder Judiciário*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 47, p. 296, jan.-mar. 2002.

alargamento do controle judicial, na medida em que ele encontrar caminhos para a elaboração de políticas públicas, mesmo complexas, podendo ser tomado como exemplo o já referido caso Brown.

Ora, entendo que a denominada reserva de consistência nada mais é do que o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, o qual obriga, inclusive como forma de legitimação, que os juízes expliquem as razões de sua decisão, ou seja, o caminho lógico percorrido para a conclusão adotada naquele caso concreto

Um interessante mecanismo que busca equilibrar a atuação do Judiciário com o Legislativo é a técnica conhecida por apelo ao legislador (*Appellentscheidung*). Octavio Fischer¹⁹⁶ aponta que :

Trata-se de uma técnica de decisão bastante interessante, pois, como leciona Vitalino Canas, o Legislador ficará a saber que é possível que em breve o TC declare a norma inconstitucional, ou que o TC entende ser conveniente uma rápida modificação da norma em certo sentido, uma vez que mais tarde ou cedo declarará a inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Verifica-se, então, que o Tribunal, ao invés de simplesmente declarar a lei inconstitucional, avisa ao legislador que deve ser suprida a inconstitucionalidade e que a omissão implicará uma postura mais ativa do Poder Judiciário.

Verifica-se que essa técnica é um meio termo entre a omissão do Judiciário e a postura ativa, visto que, antes do Judiciário resolver a inconstitucionalidade, permite ao legislador que o faça, todavia já o alerta de que não ficará inerte se o apelo não for atendido.¹⁹⁷

Em relação às políticas públicas, poderia ser usada essa técnica segundo a qual a Corte Suprema apelaria ao legislador para que implementasse, em um prazo razoável, as políticas públicas exigidas pela Constituição¹⁹⁸. Gilmar Mendes¹⁹⁹ ressalta que:

¹⁹⁶ FISCHER, Octavio Campos. **Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 137.

¹⁹⁷ Além dessa técnica, o sistema brasileiro prevê a possibilidade do efeito prospectivo ou “pro futuro” das decisões da Suprema Corte, o qual pode ser adotado também como forma de tentar permitir um respeito ao princípio da confiança.

¹⁹⁸ Outra técnica que poderia ser utilizada é a denominada sentença aditiva de princípio. Favoreu pontifica que: “Mais recentemente, a Corte elaborou novas técnicas de julgamento que lhe permitem

O inadimplemento de dever constitucional de legislar dá ensejo, não raras vezes, à pronúncia de *Appellentscheidung*. O *Bundesverfassungsgericht* reconhece, freqüentemente, que a omissão legislativa revela-se ainda constitucional (*noch verfassungsmäßig*), enfatizando o dever do legislador de promulgar as providências reclamadas.

O dever de legislar pode decorrer de expressa previsão constitucional (*Verfassungsauftrag* – norma – tarefa, na tradução proposta por Canotilho) ou pode derivar do chamado dever de proteção (*Schutzpflicht*), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros. O Tribunal tem identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o dever geral de adequação (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe ao legislador a obrigação de atuar de forma protetora e construtiva no âmbito dos direitos fundamentais.

É claro que se pode criticar essa técnica pela falta de previsão normativa²⁰⁰, todavia ela tem a virtude de tentar compatibilizar, para os defensores ferrenhos da exclusividade do legislativo em editar normas gerais, o princípio democrático com o princípio da supremacia da Constituição.

Observe-se que há, nessa técnica, um complemento importante à simples comunicação de nossa ação por omissão, que é o aviso de que ou o legislador cumpre com seu papel ou, na persistência da inconstitucionalidade, a Corte Suprema regulará a questão, evitando que a Constituição se transforme em uma mera peça decorativa.

Por outro lado, deve ser reconhecida a existência de uma heterocontenção do Poder Judiciário. Freqüentemente, essa heterocontenção é realizada com a mudança da Constituição. Barroso²⁰¹ aponta que

renovar suas relações com o legislador e os juízes ordinários. Pela técnica das sentenças ditas “aditivas de princípio”, a Corte declara a inconstitucionalidade de uma omissão do legislador, mas, ao contrário das sentenças aditivas “clássicas”, ela mesma não introduz a regra destinada a preencher a lacuna da lei controlada. Ela se limita a “administrar”, de acordo com sua própria expressão, um princípio segundo o qual o legislador deverá adotar a nova regra para satisfazer às exigências constitucionais. Enquanto o legislador não intervém, os juízes ordinários podem reportar-se também ao “princípio” colocado pela Corte, para extrair do ordenamento jurídico em vigor a regra adaptada aos casos concretos que eles deverão julgar [...] Esses novos métodos estão, sem dúvida, destinados a um belo futuro, pois permitem, ao mesmo tempo, colocar o legislador diante de suas responsabilidades e valorizar o papel dos juízes ordinários na difusão dos valores constitucionais. FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. p. 87.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 235.

²⁰⁰ Destaca-se que, mesmo na Alemanha, não há previsão normativa para o apelo ao legislador.

²⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 212. Barroso ainda complementa sua afirmação expondo que “Nos Estados Unidos, por quatro, vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial: a) a 11ª emenda, dando imunidade de jurisdição aos Estados, veio após a decisão em *Chisholm vs.*

O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.

Deve-se ter cuidado com a heterocontenção, para que não se transforme numa ilegítima forma de descumprimento de decisão judicial em norma constitucional.

Admitir, silenciosamente²⁰², a simples mudança da Constituição, com o claro propósito de modificar o conteúdo de uma decisão judicial, é menoscabar o Poder Judiciário, é transformá-la num poder de segunda categoria, pois, quando as decisões não interessam ao Poder Legislativo, há uma mudança da Constituição, quiçá com efeitos retroativos.

A Constituição vincula Judiciário e Legislativo, não podendo ser esquecido que as emendas à Constituição não são fórmulas mágicas, infensas a qualquer controle jurisdicional.

É claro que somente no núcleo essencial da Constituição pode o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma emenda à Constituição, mas justamente nessas hipóteses é que deve existir uma atuação mais ativa do Judiciário, razão pela qual a heterocontenção deve ser vista com cautelas, a fim de que a Constituição não soçobre.

Geórgia, 2 Dall 419 (1793); b) a criação de uma cidadania nacional pela 14^o emenda foi uma reação à decisão em *Dred Scott vs. Sandford*, 19 How. 393 (1857); c) a admissão de um imposto federal sobre renda, advinda coma a 16^o emenda, deveu-se a o julgamento de *Pollock vs. Farmer`s Loan & Trust Co.*, 157 U. S. 429 (1895); d) a extensão do direito de voto em eleições estaduais e nacionais a todos que contassem dezoito anos, introduzido pela 26^a emenda, foi motivada pelo caso *Oregon vs. Mitchell*, 400 U. S. 112 (1970). V. Edward Conrad Smith, *The Constitution of the United States*, 1979, p. 16 e s.”.

²⁰² Vale a pena citar o conhecido poema de Maiakovsky : “Na primeira noite eles se aproximam e colhem uma flor de nosso jardim. E não dizemos nada. Na segunda noite já não se escondem; pisam as flores, matam nosso cão e não dizemos nada. Até que um dia, o mais frágil deles entra sozinho em nossa casa, rouba-nos a lua e, conhecendo o nosso medo, arranca-nos a voz da garganta. E porque não dissemos nada, já não podemos dizer nada”. *Apud* Adin 833 DF (RTJ 155/748)

Por fim, apesar da existência da autocontenção e da heterocontenção, não é possível olvidar a nova realidade, pois, como ponderou Walber Agra²⁰³:

A maior incidência das decisões da jurisdição constitucional não é um fato episódico, mas sua realidade duradoura, atrelando-se de forma umbilical às novas necessidades sociais. Um retorno ao patamar das decisões anteriores apenas se configura possível com um retorno ao Estado liberal, no qual os cidadãos não tenham mais resguardados os seus direitos fundamentais materiais.

²⁰³ AGRA, Walber Moura. Pós- Modernidade, crise do Estado Social de direito e Crise na legitimação da Jurisdição Constitucional. **Revista da escola Superior de Pernambuco**, Recife, n. 19, v.9, p. 602, jan-jun 2004.

CONCLUSÕES

Ao longo do trabalho, procurou-se analisar o envolvente tema do controle judicial de políticas públicas. Após a exposição, podemos tentar sistematizar em proposições objetivas as seguintes conclusões:

1. A principal característica do movimento constitucionalista foi, sem dúvida alguma, a afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico;
2. O Estado democrático de Direito almeja oferecer soluções qualitativamente superiores aos demais estádios do constitucionalismo;
3. Há uma total releitura do papel da Constituição, vista não mais em uma perspectiva estática, mas sim em seu caráter dinâmico e aberto. Adicionada tal característica a uma denominada nova interpretação constitucional, permite-se vaticinar uma honesta esperança de que finalmente as promessas do constitucionalismo sejam cumpridas;
4. A globalização não é uma realidade inexorável, ela vem implicando uma exclusão social nunca antes relatada. Ademais, coloca em xeque a própria concepção tradicional de legitimidade das urnas dos eleitos;
6. É preciso, portanto, existir um vetor em direção contrária à hegemonia econômica e à lógica perversa da acumulação de capital. Esse vetor é a efetivação dos direitos humanos a exigir de todos os operadores do direito a releitura de seus dogmas e a formulação de novas teorias;
7. A separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista;

8. Uma postura mais ativa do Judiciário implica possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder. Não se defende, todavia, uma supremacia de qualquer uma das funções, mas sim a supremacia da Constituição, o que vale dizer que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções;

9. O dogma da completude do sistema jurídico através do legislador está sepultado. Hoje somente é possível falar na completude do sistema a partir de uma Constituição principiológica que requer um novo papel dos intérpretes, especialmente dos juízes. A simplória operação silogística não tem aplicação exclusiva. Estamos em um novo momento do Direito, em que o alcance da solução mais adequada depende de uma fundamentação complexa, envolvendo inúmeras variáveis;

10. O Juiz não é mais a simples boca da lei, mas sim intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias;

11. As políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los;

12. Verifica-se, a partir da força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição;

13. A regra da maioria não pode ser absoluta sob pena de superarmos a ditadura de um tirano e criarmos a ditadura da maioria (mil tiranos);

14. Há muito já foi dito que a eleição não corresponde a um cheque em branco e que, portanto, a atuação parlamentar deve respeito à Constituição, devendo o

magistrado ter sensibilidade para permitir que a Constituição seja respeitada pelas forças políticas;

15. Pretende-se uma postura mais ativa do Poder Judiciário, visando preservar a Constituição de Políticas Públicas indevidas ou de sua falta;

16. Cotidianamente, a força normativa da Constituição vem sendo minada a partir de posturas que utilizam como álibi o velho e bolorento argumento da não aplicabilidade imediata da Constituição, como se os Direitos dependessem da lei;

17. A aplicabilidade imediata, somada a uma interpretação constitucional de princípios, permite que exista uma verdadeira força vinculante da Constituição e não apenas das normas constitucionais que são consideradas convenientes cumprir pelos detentores do poder;

18. Qual o direito que não é justiciável? Retirar a característica de justiciabilidade é transformar o direito em um mero favor ou uma obrigação moral;

19. A Constituição prevê peremptoriamente que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Uma interpretação adequada do dispositivo leva à conclusão de que não somente lei, mas sim atos, inclusive omissivos, do Poder Legislativo e Executivo não podem ficar sem controle, do que se constata que a omissão total pode(deve) ser apreciada pelo Poder Judiciário;

20. A reserva do possível vem sendo um dos principais óbices à efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário;

21. Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder;

22. Há vários modos de analisar a reserva do possível: há o modo que vem prevalecendo como cláusula supra-legal de descumprimento da Constituição e há o modo de enfrentar com seriedade o problema e iniciar uma postura diversa que

busca o diálogo entre as funções estatais em prol do respeito aos direitos fundamentais.

23. A reserva do possível é um argumento que deve ser analisado e sopesado na hora da decisão judicial. Não para impedir a fixação da responsabilidade Estatal, mas para que seja construída uma forma de viabilização de uma Constituição compromissária com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais;

24. O princípio da igualdade se refletirá nas políticas públicas, uma vez que permitirá a todos os indivíduos o direito de concorrer, em igualdade de condições, às políticas públicas;

25. O grande problema não é usar o povo para apregoar uma supremacia do Tribunal Constitucional. O verdadeiro dilema é reconhecer o caráter aberto e dinâmico da Constituição e também, como em todo processo histórico, constatar que é possível não existir previamente a resposta para todos os problemas;

26. Não pode o Poder Judiciário ser mero carimbador de decisões políticas tomadas ao arrepio da Constituição e ao sabor de conjunturas que em nada se preocupam com os direitos do povo, que produziu uma Constituição e indicou o Poder Judiciário para defendê-la justamente dessas conjunturas misteriosas e inexoráveis;

27. A Constituição Substantiva prevê a existência de um núcleo essencial da Constituição imune a atuações de maiorias ou a argumentos de exceção;

28. É claro que de nada adianta uma concepção substancial sem um mecanismo de defesa para eventuais ataques a esse núcleo formador da Constituição. O Poder Judiciário é esse guardião que tem essa árdua missão;

29. A luta travada pela conquista formal dos direitos fundamentais não produzirá os efeitos desejados se contínuas omissões fáticas, levadas a cabo pelo poder público e pelo capital privado, receberem o beneplácito do Poder Judiciário, que vem se auto-limitando na inarredável missão de garantidor dos direitos fundamentais;

30. Destaca-se, então, a ação civil pública como forma de permitir que políticas públicas (saúde, educação, escola e quejandos) sejam determinadas em prol da efetividade da Constituição.

31. A propositura de ações pelo MP no controle de políticas públicas é ainda mais relevante quando se percebe que, no Brasil, a sociedade civil ainda não conseguiu se organizar a ponto de reivindicar atuação dos representantes eleitos do povo.

32. Não há dúvida de que a sociedade moderna não aceita a postura do juiz Pilatos, que não se preocupa com sua função social e resolve fatos da vida concreta dos cidadãos como se estivesse a discutir tertúlias acadêmicas.

33. Há de ser feita, portanto, uma mitigação ao princípio da correlação entre o pedido e a sentença para fornecer ao juiz a maleabilidade necessária para produzir uma solução materialmente adequada à lide posta em sua mãos;

34. O Juiz possui plenos poderes instrutórios no processo coletivo. Além desses poderes, é possível afirmar que o magistrado pode utilizar todos os meios necessários para a preservação do interesse difuso ou coletivo posto na causa, quiçá até com certa mitigação do princípio da demanda;

35. É interessante que, como o legislador fez no processo de investigação de paternidade, seja positivado no sistema uma plena mitigação do princípio da demanda e seja, portanto, permitido ao magistrado a concessão de decisões extra pedido ou ultra pedido quando necessárias para a efetivação da proteção aos bens jurídicos coletivos;

36. É interessante alteração legislativa que viabilize a figura do “*amicus curiae*” no processo coletivo, além da inclusão da possibilidade de audiências públicas a fim de permitir uma maior participação dos cidadãos afetados pela decisão judicial;

37. A abertura do processo coletivo é um meio eficaz para, numa sociedade plural, estimular o debate e viabilizar uma fundamentação adequada da futura decisão judicial sobre políticas públicas;

38. O controle concentrado de constitucionalidade pode ser também um excelente meio para a efetivação das políticas públicas;

39. É preciso consciência dos juízes para usar do ativismo na exata proporção, ou seja, sem excessos ou omissões;

40. Em alguns casos, o apelo ao legislador pode ser uma técnica a ser desenvolvida pelo STF;

41. A Constituição vincula Judiciário e Legislativo, não podendo ser esquecido que as emendas à Constituição não são fórmulas mágicas, infensas a qualquer controle jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

AGRA, Walber Moura. Pós-modernidade, crise do Estado Social de Direito e crise na legitimação da Jurisdição constitucional. **Revista da escola Superior de Pernambuco**, Recife, n. 19, v. 9, jan.-jun. 2004.

ALBURQUEQUE, Mario Pimentel. **O órgão Jurisdicional e a sua Função**: estudo sobre a ideologia, aspectos críticos e o controle do Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1997.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Teoria de los derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

JIMENEZ ASENSIO, Rafael. **El Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivhany. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74.

_____. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**: temas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1984. (3ª série).

BARCELLOS, Ana Paula. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Saraiva: São Paulo, 1996.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: ____ (Org) **Causa de pedir e pedido no processo civil**. São Paulo: RT, 2003.

BENDA, Ernesto. El Estado Social de Derecho. In: HESSE, Konrad(Org) **Manual de Derecho Constitucional**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

BELLO Filho, Ney Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BINEBJOM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITAR, Orlando. **Estudos de Direito Constitucional e Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. v.1.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORÓN, Atílio. A sociedade civil depois do dilúvio neoliberal. **Pós- neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O poder público em juízo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. *Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 47,p.07 a 16, abr.-jun. 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COUTINHO, Jacinto Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortnfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

_____. **Sistema de direito processual civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 1.

CARVALHO, Salo. **A ferida narcísica do direito penal**: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea – a qualidade do tempo para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O papel político do poder judiciário. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n.42, p 35 ,jan-mar. 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseler, 1998. v. 2.

CLEVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: RT, 1995.

COELHO, Inocêncio Mártires. Jurisdição constitucional e criação judicial do direito: Estado Constitucional de Direito ou Estado Judicial de Direito? **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 07, p 17, 2002.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COELHO, Sérgio Neves. Da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública na defesa de interesses de contribuintes. In: **13º Congresso Nacional do Ministério Público**, Curitiba, Livro de Teses, 1999. p.350. v. 2.

COUTORE, Eduardo J. **Fundamentos do Processo Civil**. Campinas: Red Livros, 1999.

CUNHA JUNIOR, Dirley. Controle judicial das omissões do poder público. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**. São Paulo: WVC, 2004.

CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: NASCIMENTO FILHO, Firly (Org). **Os princípios constitucionais de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A Competência Jurisdicional para a Ação Civil pública e a regra do art. 109 §3º da CF/88 (Comentário ao Acórdão do STF nº RE228955-9). **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 5, p 23 , ago. 2003.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARIA, José Eduardo. Globalização , autonomia decisória e política. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **1988-1998 – uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas**. São Paulo: RT, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

FORRESTER, Viviane. **Uma Estranha Ditadura**. São Paulo: UNESP, 2001, p 40

FREIRE, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. 2001: uma Constituição no espaço. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, ano 9, n. 40, p. 245-252, set.-out. 2001.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. A inconstitucionalidade da regulamentação dos efeitos do controle de constitucionalidade por lei ordinária. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, v. 56, maio 2004, p 19 a 24.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 108, p.35-48, out.-dez. 2002.

GOUGH, J.W. A separação dos poderes e soberania. In: QUIRINO. **Pensamento político clássico**: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUASTINI, Riccardo. **Estúdios de teoria constitucional**. México: Fontamara, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HAGE, Jorge. **Omissão constitucional e direito subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: _____; KAUFMMAN, Arthur (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A simbologia da Imparcialidade do juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais**: a Constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 2.ed. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

LEAL, Marcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 1998.

LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3.ed. São Paulo: Forense, 1984.

LIMA, George Marmelstein. **Crítica à teoria de gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**: doutrina jurídica brasileira. Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1964.

LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas, Millenium, 2000.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. In: CARVALHO Salo (Org). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARTY, Mireille Delmas. **Os sistemas de direito entre globalização e universalismo dos direitos do homem**: globalização para quem? São Paulo: Futura, 2004.

MELLO. Cláudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 224, abr.-jun. 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira et alli. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição de 1988**: estado e sociedade civil no processo de reformas no Brasil e na Alemanha. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge. Constituição e democracia. In: ENCONTRO NACIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS. 17. **Anais do 17º Encontro Nacional dos Juizes Federais**. Brasília: AJUFE, 2001. .

MORAES, Germana de Oliveira. O juiz constitucional no Brasil. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 2, p 537-542 ,jul.-dez. 2003.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: RT, 2004.

MULLER, Friederich. **Quem é o povo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

NERY JUNIOR, NELSON. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Castanheira. **A digesta**: escrito acerca do Direito, do pensamento jurídico, as suas metodologias e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Nulidade da sentença e o princípio da congruência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **A competência no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PONTES FILHO, Valmir. **O controle das políticas públicas**: cadernos de soluções constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial**: sobre a epistemologia da construção constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Crédito habitacional como instrumento de acesso à moradia. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p.176-185 out.-dez. 2000.

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SAMPAIO, José Adercio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 2, p.79-132 , jul.-dez. 2003.

SAMPAIO, José Adercio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: SAMPAIO, José Adercio Leite; CRUZ, Álvaro

Ricardo de Souza (Orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura Sousa. As tensões da modernidade. **Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros**, São Paulo, n.10,p.10, 2002.

SARMENTO, Daniel. Direitos sociais e globalização: limites éticos-jurídicos ao realinhamento constitucional. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 223., p.153-169, jan.-mar. 2000.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Guilherme Amorim Campos. Delineamentos sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade de políticas públicas pela via processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBUR, Walter (Orgs). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso. **A Constituição e a estrutura de poderes: debates sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SIMON, Helmut. La jurisdicción constitucional. In: BENDA et alli (Orgs). **Manual de derecho constitucional**. Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA Júnior, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: por uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SOUZA, Luciane Moessa. **Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In:____ **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SPERBER, Monique Canto. **A globalização com ou sem valores: globalização para quem?** São Paulo: Futura, 2004.

STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Malheiros, 2001.

SUORDEM, Fernando. **O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais: a Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização.** Coimbra: Almedina, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. In: **1988-1998, uma década de Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Celebrar os direitos humanos é preciso. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 36, p 101-106, jul.-set. 2001.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade.** Belém: CEJUP, 1999.

VENTURI, Elton. **Execução da tutela coletiva.** São Paulo: Malheiros, 2000.

VERDÚ, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional.** Madrid: Editorial Réus, 1985.

VIEIRA, José Ribas. Construindo a teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **Temas de Direito Constitucional norte-americano.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça.** São Paulo: Malheiros, 1999.

WATANABE, Kazuo. A tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A tutela dos interesses difusos.** São Paulo: Max Limonad, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3.ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.