

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

ELIANE FERREIRA COELHO

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

SÃO PAULO

2011

ELIANE FERREIRA COELHO

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Constitucional.

Orientador: Prof. Carlos Gonçalves Junior

São Paulo

2011

ELIANE FERREIRA COELHO

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Esta Monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialização em Direito Constitucional e aprovada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Área de Concentração:

Direito Constitucional

São Paulo, _____ de _____ de 2011

Prof. _____

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. _____

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. _____

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo a análise das questões de maior relevância e objeto de debates envolvendo o controle jurisdicional de políticas públicas. Inicialmente, é feita uma análise da evolução histórica da separação dos Poderes, bem como a crise do Estado contemporâneo que vem levando à Judicialização da Política. Em seguida, passa-se ao estudo das políticas públicas e dos parâmetros que devem nortear a sua efetivação pelo Poder Judiciário. Por fim, é feita uma abordagem acerca da ponderação de interesses entre a Reserva do Possível e o Mínimo Existencial, concluindo-se com os precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Palavras-chave: Separação de Poderes, Políticas Públicas, Controle Judicial, Ativismo Judicial, Reserva do Possível, Mínimo Existencial.

ABSTRACT

This paper aims the analysis of the issues of greatest importance and subject of discussions involving the jurisdictional control of public policies. Initially, it examines the historical evolution of the Separation of Powers, as well as the contemporary state of crisis that has led to Judicialization of Policies. It then passes to the study of public policies and parameters that should guide their enforcement by the Courts. Finally, an approach is made about the balance of interests between the Reserve of Possible (available resources) and Minimum Existential, concluding with the precedents of the Supreme Court on the matter.

Keywords: Separation of Powers, Public Policy, Control, Judicial, Judicial Activism, Reserve of Possible (available resources), Minimum Existential.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| Introdução..... | 06 |
| 1. Evolução Histórica da Teoria da Separação dos Poderes..... | 07 |
| 2. Tripartição dos Poderes no Estado Atual..... | 11 |
| 3. Crise do Estado e a Judicialização da Política..... | 13 |
| 4. Legitimidade Democrática do Poder Judiciário..... | 20 |
| 5. Políticas Públicas..... | 25 |
| 6. Controle judicial das Políticas Públicas..... | 26 |
| 7. Ativismo Judicial..... | 32 |
| 8. Reserva do Possível e Mínimo Existencial..... | 34 |
| 9. Judicialização de Políticas Públicas na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..... | 37 |
| Conclusão..... | 48 |
| Referências..... | 50 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo a análise, sob a ótica do Direito Constitucional, dos limites e possibilidades de controle judicial de políticas públicas.

As políticas públicas constituem instrumentos de execução de programas políticos que visam garantir melhores condições de vida à sociedade, e que buscam efetivar, em última análise, o postulado da dignidade da pessoa humana.

Constituídas com base em diretrizes que buscam a diminuição das desigualdades sociais, as políticas públicas devem ter amparo nos princípios constitucionais, haja vista que contribuem para a melhoria das condições de vida dos indivíduos, principalmente nas áreas da saúde, educação, segurança pública, habitação, entre outras.

A relevância da pesquisa decorre da crise que se presencia na atual conjuntura política, em que os Poderes representativos demonstram incapacidade em concretizar de forma satisfatória tais políticas, o que vem dando azo ao controle judicial.

Defende-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para garantia das condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria subsistência do indivíduo, com observância do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Não há como ignorar, contudo, que os limites impostos ao controle judicial envolvem questões relativas à separação dos Poderes e ao princípio

da Reserva do Possível, abrindo espaço ao debate que se verifica tanto na doutrina quanto na jurisprudência contemporâneas.

A identificação e o estudo dessas questões constituem o objetivo desta pesquisa, que aponta a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação da Administração Pública para sanar lesão ou ameaça a direito fundamental quando verificada omissão na implementação de políticas públicas.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A primeira concepção da Teoria da Separação dos Poderes é identificada em ARISTÓTELES, na obra “A Política”¹, que estabelecia a repartição das funções estatais em três esferas compostas por Legislativo, Executivo e Judiciário, cuja legitimidade se justificava em razão do exercício da cidadania, expressado pela participação popular e pelo voto.

Séculos depois, John LOCKE, filósofo inglês, buscou adequar a clássica Teoria da Separação dos Poderes. O Poder Estatal, segundo ele, deveria ser reestruturado em dois pilares, quais sejam, o Poder Legislativo e o Poder Federativo, o qual compreendia o Poder Executivo. O Legislativo era considerado um Poder Supremo. A Função Executiva seria destinada à aplicação das leis com vistas a assegurar a ordem no âmbito interno, ficando a função Federativa acometida à manutenção da segurança e das relações com outros Estados, mediante a formação de alianças políticas.

¹ ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

Para LOCKE, o Princípio da Separação dos Poderes estava relacionado com a idéia de subordinação do Poder Executivo ao Poder Legislativo, sendo considerada arbitrária toda forma de atuação estatal não pautada em leis. O Poder Judiciário, por sua vez, tinha sua função vinculada ao Poder Legislativo, e não era considerado um Poder autônomo.

A Teoria da Separação dos Poderes foi aprimorada por MONTESQUIEU na célebre obra intitulada “Do Espírito das Leis”, responsável pela clássica e atual classificação dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário.

Tal como ARISTÓTELES e LOCKE, MONTESQUIEU sustentava que o Poder Estatal não poderia ficar centralizado em um único órgão, devendo as tarefas ser distribuídas entre órgãos diversos, com competência delimitada para exercer a função que lhes fosse atribuída. Caberia, outrossim, fixar um equilíbrio entre os Poderes estabelecidos, de forma a impedir a interferência ilegítima de um Poder sobre outro.

MONTESQUIEU destaca a acepção difundida de separação dos Poderes nos seguintes termos:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: **o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.**²

² MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167-168.

O Judiciário, para MONTESQUIEU, era considerado um Poder não político, ao contrário do que ocorria com o Executivo e com o Legislativo, que deveriam manter-se em equilíbrio devido a duas faculdades: a de impedir, consistente no direito de tornar nula ou anular uma resolução tomada por quem quer que seja, e a de estatuir, que atribui a um órgão constitucional controlar, limitar ou contrabalançar o poder de outro órgão³. Essas duas faculdades ficariam acometidas ao Judiciário, que passaria a exercer a função controladora e harmonizadora frente aos demais Poderes.

Importa ressaltar a relevante contribuição que Aléxis de TOCQUEVILLE trouxe à clássica interpretação da tripartição dos Poderes. Sem alterar sua estrutura, demonstrou, em sua obra “A democracia na América”⁴, o sistema de freios e contrapesos, descrevendo pormenorizadamente a estrutura norte-americana de divisão dos Poderes.

Ressalta Rogério Bastos ARANTES que:

No quadro da separação de poderes, tão valorizado nos Estados Unidos e menos considerado na França, o Judiciário americano constitui para Tocqueville ‘o mais poderoso e único contrapeso da democracia’, justamente por sua capacidade de controlar a constitucionalidade das leis promulgadas pela maioria política.

O papel do Judiciário de guardião da Constituição nos Estados Unidos contrastava com a sua nulidade política na França, levando Tocqueville a perceber a engenhosa saída americana para o problema da limitação do poder político da maioria em governos populares: reservar a decisão final em casos de conflitos constitucionais a um corpo especial de magistrados, que dispunham de razoável dose de independência funcional em pleno regime republicano.⁵

No Século XX, tal concepção da Teoria da Separação dos Poderes foi refutada por Hans KELSEN. O referido jurista critica a separação das

³ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 111.

⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2 ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

⁵ ARANTES, Rogério Bastos . Judiciário: entre a Justiça e a Política, *in* Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução. Lucia Avelar & Antônio Octávio Cintra (orgs.). São Paulo:Ed. UNESP, 2007, p.87.

funções em legislativa, executiva e judiciária, consoante se verifica do seguinte excerto:

[...] apenas as normas gerais criadas pelo 'órgão' legislativo são designadas como 'leis' (*leges*). Mesmo quando a Constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa – uma mesma função, e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de órgão 'Legislativo'. Esse órgão nunca tem o monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como a previamente caracterizada.⁶

Sob o ponto de vista de KELSEN, não apenas o Legislativo estava incumbido de criar normas, mas, também, o Judiciário e o Executivo, malgrado constasse a previsão da separação dos Poderes na maioria das Constituições contemporâneas. Destaca ele que o Executivo exerceria a atividade legislativa através dos decretos. E o Judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos decretos-leis, bem como através dos precedentes jurisprudenciais.

Com base em tais fundamentos, KELSEN sustentava a desestabilização da teoria da diferenciação material das funções do Estado.

Em tal contexto, surgiram os primeiros debates acerca da politização do Judiciário face à separação dos Poderes. A necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, com a manutenção da harmonia entre os

⁶ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 266.

Poderes Constituídos passaram a exigir, cada vez mais, um controle eficaz em relação a cada esfera do Poder Estatal.

Tais debates perduraram, e vêm ganhando crescente importância na atual conjuntura política.

2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO ATUAL

A Teoria da Separação dos Poderes tem sido objeto de intensos estudos, mormente no tocante ao alcance do binômio “harmonia e independência”, que busca uma reestruturação do sistema de *checks and balances* a fim de garantir a eficácia das liberdades fundamentais e dos direitos sociais, mediante mecanismos hábeis a promover o controle das funções estatais.

Com efeito, a Tripartição dos Poderes, na forma idealizada por MONTESQUIEU, não se amolda à atual conjuntura política constitucionalista. As funções do Estado (poder uno e indivisível) devem ser desempenhadas por diferentes órgãos, que se controlem mutuamente, para que sejam atingidas as finalidades propostas pela Constituição Republicana.

Nesse sentido salienta BONAVIDES:

Tocante ao princípio da separação de Poderes, enquanto inspirado pela doutrina de limitação do poder do Estado, é uma coisa; já, inspirado pela teoria dos direitos fundamentais, torna-se outra, ou seja, algo distinto; ali exhibe 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.

A multilateralidade dessas relações certifica que os direitos fundamentais já não ficam restritos à cidadania burguesa, ao seu Direito, ao seu Estado legislativo, ao seu código, à sua razão, senão que se irradiam por igual, materialmente, a todas as camadas sociais, levando consigo um novo direito – o direito do Estado constitucional, o direito da Constituição, da Sociedade, do sistema, dos princípios constitutivos que fundamentam uma

República democrática de Direito, como a da Constituição de 1988. Princípios que abrangem, entre outros, em nossa ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, sem os quais não se chega à democracia enquanto direito da quarta geração (v. art. 1º da Constituição Federal)

A separação de Poderes instala-se, portanto, tecnicamente numa Sociedade de extrema complexidade, por onde trafegam velozes três gerações de direitos fundamentais – e estamos, já, às vésperas da quarta, em adiantado estado de gestação! - , as quais, para se concretizarem, impetram uma hermenêutica de princípios sujeitos a colidirem, não havendo, porém, instância mais recorrida para dirimir as colisões nas estruturas constitucionais do Estado democrático de Direito do que a jurisdição constitucional. Sua ascendência pode, todavia, abalar o compromisso da separação e ocasionar, em favor de um só dos Poderes, oscilações de competência suscetíveis de fazer o próprio princípio malograr. Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição.⁷

É certo que as funções executiva, legislativa e jurisdicional devem ser exercidas pelos órgãos, dentro das competências que lhes foram acometidas, mediante atos administrativos, leis e decisões judiciais. Contudo, no Estado contemporâneo, não se pode perder de vista que as funções estatais devem ter sua atuação condicionada ao atendimento dos fins do Estado.

Nesse contexto, destaca Fabio Konder COMPARATO:

a passagem da nomocracia liberal ao Estado telocrático contemporâneo tornou indispensável um reexame da classificação tradicional dos Poderes estatais. Classicamente, ela se funda na supremacia inconstestável da leis sobre todas as demais manifestações da atividade estatal. Por isso mesmo, no modelo constitucional clássico, o Poder Supremo é sempre o Legislativo, ao qual compete, em sua qualidade de representante por excelência do povo, a tarefa solene de dar expressão legal à soberania popular. Aos demais Poderes – o executivo propriamente dito, na parte administrativa, e o Judiciário, em caso de conflito de interesses – cabe a mera execução das normas legais, sem nenhuma iniciativa ou impulso próprio. O constitucionalismo liberal consagrou em cheio esse paradigma de Estado Legislativo.

Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se, não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem alcançadas programadamente, o critério

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 634.

classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental. E aí, à falta de uma conseqüente reorganização constitucional de Poderes, a qual dê preeminência à função planejadora, que ordena estrategicamente as múltiplas atividades estatais, é ao Governo, impropriamente chamado agora Poder executivo, que incumbe o papel hegemônico.⁸

Busca-se, assim, estabelecer um sistema garantista, que conviva harmonicamente com a separação das funções do Poder Público, estabelecendo uma conexão entre a consecução das finalidades do Estado e o sistema de freios e contrapesos, permitindo uma reciprocidade na realização e controle das funções.

Resulta daí a importância da fiscalização entre os Poderes, dentre os quais ressalta o exercido pelo Poder Judiciário na atualidade.

Cumpra notar que o controle exercido pelo Judiciário, apesar da notória relevância, não o coloca em posição hierarquicamente superior às demais funções estatais, pois sua intervenção somente se legitima pela necessidade de manutenção da segurança da ordem constitucional e de seus postulados, bem como pela supremacia da Constituição face aos atos administrativos e leis.

3 A CRISE DO ESTADO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A concepção acerca do Poder Judiciário como órgão controlador das demais funções estatais, ou seja, Executiva e Legislativa, deve ser analisada à luz das demandas de caráter social e econômico mais prementes da sociedade e sob a égide do Estado Constitucional.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Interesse público. n.16. Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 56.

A importância do debate surge no atual panorama político, em que se verifica a insatisfação da sociedade com seus órgãos representativos e o crescente aumento das demandas jurisdicionais em busca de prestações ligadas aos serviços públicos.

Nesse contexto, verifica-se a existência de diversas correntes de pensamento que versam sobre a exigência ou não de um maior formalismo na atuação jurisdicional, as quais podem ser sintetizadas em dois eixos analíticos, o procedimentalismo e o substancialismo, conforme pontua Lenio Luiz STRECK:

Sem pretender reduzir a discussão a uma polarização a duas posições ou teses, mas correndo (e assumindo) o risco de assim fazer, é possível assentar o problema a partir de dois eixos analíticos: o procedimentalismo e o substancialismo⁹

Para o conceito procedimentalista, em suma, a atuação jurisdicional deve ater-se apenas à aplicação a lei, visto ser esta o limite de interpretação da norma jurídica.

A corrente substancialista, por sua vez, estabelece que o processo de interpretação deve ser eficiente, de molde a garantir os direitos fundamentais e a manutenção do Estado Constitucional, permitindo ao Judiciário posicionar-se de forma mais atuante no tocante às omissões dos demais órgãos estatais.

A fim de propiciar uma melhor compreensão sobre o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, insta analisar mais detalhadamente cada uma das citadas vertentes.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 154.

Sustentado por HABERMAS¹⁰ e GARAPON¹¹, o procedimentalismo utiliza-se da teoria do discurso para realizar a interpretação da política e do Direito, sendo pautado pelo processo de formação da vontade da maioria. Este processo, para a corrente procedimentalista, deve percorrer todos os grupos sociais que se encontram inseridos na sociedade de determinado Estado, para que sejam alcançados seus objetivos, haja vista a necessidade de manifestação dos anseios desses diferentes grupos para a concretização de uma democracia consistente. Assim, a intervenção dos diversos grupos que compõem a sociedade como um todo constitui pressuposto para o processo de formação da vontade da maioria.

A inclusão da função jurisdicional na esfera política surge com a positivação dos direitos fundamentais trazida pelas Constituições contemporâneas, que coloca o Judiciário como garantidor da efetivação de tais direitos. HABERMAS identifica a ampliação das funções do Poder Judiciário como decorrência do *Welfare State* (Estado de Bem-Estar Social), situando a jurisdição constitucional em uma posição de palco de batalha em torno da divisão dos Poderes.

Embora reconheça o fenômeno da judicialização da política, a corrente procedimentalista não o aceita, ao argumento de que depositar no Judiciário expectativas decorrentes do descontentamento com o sistema político implicaria no afastamento do processo de formação da vontade majoritária e do regime democrático.

Para a corrente procedimentalista, portanto, a competência do Judiciário restringe-se à aplicação da lei, não podendo ele assumir a função de zelar

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹¹ GARAPON, Antoine. *Le Gardien de Promesses*. Paris: Odile Jacob, 1996, p. 25

pelas demais funções do Estado, em respeito à harmonia entre os Poderes, que veda sua interferência em esfera alheia à jurisdicional. Ademais, não deve o Judiciário assumir um caráter prestacional, haja vista não lhe competir atuar positivamente no sentido de suprir carências da sociedade, sob pena de fomentar o descrédito da população com as instituições políticas.

Um Estado providencial, ou seja, que pretende a tudo atender, comprometido com a realização das necessidades sociais, ao inspirar a confiança na população, gera, por corolário, cobranças da própria sociedade que pretende ver cumpridas as promessas. Destarte, um Estado providencial deve ter, além de comprometimento, estrutura para assegurar a implementação das necessidades sociais, função que compete às instituições políticas, representantes da vontade majoritária e, em última análise, do próprio exercício da democracia.

Em face do descontentamento da população em relação às instituições políticas, o Judiciário vem se firmando como órgão concretizador das necessidades sociais, mormente em razão da concepção contemporânea de Estado, que exige a implementação dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Nessa seara, o Judiciário vem criando novos argumentos justificadores para sua atuação em matérias que não são de sua competência.

A corrente procedimentalista observa, na atualidade, um enfraquecimento das instituições políticas e, por outro giro, o indevido fortalecimento do Judiciário como instância de salvaguarda da implementação das medidas não efetivadas pelos demais Poderes.

Luiz Werneck VIANNA, citando GARAPON, bem resume o posicionamento da concepção procedimentalista e o novo papel que vem sendo assumido pelo Judiciário:

Da perspectiva de Garapon, o redimensionamento do papel do Judiciário nas sociedades contemporâneas seria a conseqüência da ruína do edifício mental e institucional da modernidade, revestindo-se dos sombrios contornos de uma crise monumental do paradigma político da democracia e da sua expressão dogmática – a soberania popular -, construído a partir da Revolução Francesa. Assim, segundo ele, o Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica as leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem. A incontida expansão do direito seria um indicador de *'malaise'* nas sociedades atuais, uma vez que, mais do que ameaçar a democracia representativa, poria em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis do soberano para uma casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação e usurpadora do papel e das funções que antes couberam às burocracias weberianas nas sociedades modernas.¹²

Logo, para a corrente procedimentalista, a sociedade deve ser vista como um todo composto por diferentes ideologias, que se compõem no processo de formação da vontade da maioria e, sendo bem estruturadas, levam à uma democracia consistente, em que cada função estatal pode atuar com autonomia, sem submeter-se a controle externo, senão o que provém do próprio exercício da cidadania.

HABERMAS propôs um processo comunicativo, que põe de lado princípios e conteúdos substantivos, assim como os valores, para dar lugar a procedimentos que possibilitem a formação democrática de opinião, com a

¹² VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 26

participação de cidadãos capazes de criar um discurso orientado para o estabelecimento dos mesmos objetivos.

De acordo com tal pensamento, enquanto a política for resultado de um processo democrático em que a todos seja assegurado o direito de participação na formação da opinião pública, é desnecessário o controle externo dos Poderes.

Pode-se, portanto, concluir que o procedimentalismo, que encara a prestação jurisdicional com qualquer teor político como violadora do processo democrático, opõe-se frontalmente ao ativismo judicial.

Em contraposição à corrente procedimentalista, encontra-se a corrente substancialista, defendida por autores como Ronald DWORKIN , Lênio Luiz STRECK e Mauro CAPPELLETTI.

O substancialismo propõe uma alteração radical de paradigmas do Direito, em que o processo hermenêutico, orientado por princípios, produz decisões dotadas de valores. Afirma que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deve assumir o papel de intérprete que efetiva a vontade geral implícita no direito positivo, mormente na Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Logo, a corrente substancialista é fruto da positivação, na Constituição, de valores e princípios ligados a um ideal de justiça e da caracterização do Poder Judiciário como garantidor da efetivação dos direitos e garantias previstos na Carta Magna.

Verifica-se uma preocupação com o direito das minorias, donde surge uma crítica à democracia representativa, a qual, embora expresse a vontade

da maioria popular, acaba por suprimir a vontade das minorias não envolvidas no processo de formação da vontade majoritária.

A fim de evitar a exclusão de certos grupos da formação da vontade popular, o substancialismo sugere uma posição ativista do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.

Isso porque, a garantia de acesso à justiça representa uma importante via de acesso das minorias na efetivação de seus direitos. Se a democracia representativa apresenta falhas ao não permitir que todos participem da formação da vontade popular, a inserção das minorias encontra espaço no âmbito do Judiciário, por permitir a estas reivindicar seus direitos.

Conforme pontua Lênio Luiz STRECK:

entendo que, o órgão encarregado de realizar a jurisdição constitucional deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os direitos fundamentais-sociais, estabelecidos em regras e princípios exsurgentes do processo democrático que foi a Assembléia Constituinte de 1986-88, têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, também devem obediência à Constituição).¹³

O substancialismo, portanto, estabelece a assunção de uma nova postura pelo Poder Judiciário face às demais funções estatais, afastando a independência entre os Poderes para dar lugar ao equilíbrio e harmonia. Tendo em vista que o Estado atual busca a efetivação das normas constitucionais que estabelecem os direitos e garantias fundamentais, deve ser adotado um modelo que defenda a participação conjunta de todos os Poderes para fazer cumprir a Constituição, no sentido material. Por tal razão, a corrente substancialista propõe o ativismo judicial ponderado, jamais discricionário, que exerça as demais funções

¹³ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p.31)

estatais, principalmente quando verificada a omissão na implementação dos postulados fundamentais.

Com a finalidade de assegurar a supremacia das normas constitucionais e o processo democrático, a Constituição Federal atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para atuar como seu guardião, exercendo o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos do Poder Legislativo e do Executivo.

4 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

Consoante a clássica Teoria de Separação dos Poderes formulada por MONTESQUIEU, os juízes não deveriam ser dotados de poder político, haja vista que a liberdade de julgar somente se considerava existente quando totalmente independente do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Para MONTESQUIEU, os juízes representavam “a boca da lei”, ficando sua atividade restrita à atividade mecânica de aplicação da lei ao caso concreto.

Para essa teoria, o Judiciário desempenhava um papel subserviente da atividade dos órgãos políticos, sem qualquer interferência na esfera de atuação da legislação.

Hans KELSEN passou a atribuir à função jurisdicional o mesmo caráter político do legislador, negando, portanto o caráter de mero aplicador do direito ao Poder Judiciário. Consagrava o Tribunal Constitucional como defensor da Constituição e responsável pelo controle de constitucionalidade, impondo limites ao exercício do poder.

Essa noção de proteção aos direitos fundamentais mediante o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais constitui um dos grandes marcos dos regimes constitucionais contemporâneos, por se aproximar dos ideais democráticos e do constitucionalismo.

Nessa linha assevera Paulo BONAVIDES:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado Social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Coroam-se, assim, os valores da pessoa humana no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, um última instância, de todas as regras do poder.

No que concerne ainda à figura abstrata do juiz social, este incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização; enfim, aquilo que os alemães com rigor científico costumam designar, numa feliz expressão de linguagem, por *Vorverständnis* e que sói fazer na cabeça do magistrado a *ratio* das decisões judiciais com mais sensibilidade para os direitos fundamentais e para o quadro social da ordem jurídica, a que se prende, doravante, a dimensão nova, concreta e objetiva daqueles direitos.¹⁴

A Constituição e os direitos fundamentais constitucionais necessitam da máquina judiciária para se tornarem efetivos. Nesse cenário, a jurisdição constitucional começou a se fortalecer como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e ao princípio democrático.

O fortalecimento da jurisdição constitucional pode ser notado por força dos sistemas de controle de constitucionalidade alemão e norte-americano.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª edição. São Paulo: Malheiros. 2004, p. 587.

O sistema alemão apresenta um Tribunal Constitucional autônomo, distinto das funções dos demais Poderes, capaz de projetar-se sobre eles a fim de amoldar seus atos às normas constitucionais.

No sistema norte-americano, verifica-se uma vinculação da separação dos Poderes ao mecanismo de *checks and balances*, reservando ao Poder Judiciário, notadamente à Suprema Corte, a função de rever a constitucionalidade de atos do Legislativo e do Executivo.

Conforme anotam Gilmar MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO:

a escolha de *quem falará por último*, até por uma questão de bom senso, haverá de se fazer à luz da experiência histórica, como aconteceu na fundação da república norte-americana, quando os construtores da nacionalidade — principalmente Hamilton —, invocando as lições do passado, lograram convencer os seus concidadãos de que eles estariam mais bem protegidos se os seus juizes fossem efetivamente independentes e se a eles fosse confiada a guarda da Constituição. Como se tratava de uma prerrogativa soberana — lembremos que Blackstone, por exemplo, chegou a dizer que era *absoluto e despótico* o poder do parlamento para fazer, confirmar, ampliar, restringir, rechaçar, revigorar e *interpretar* as leis" —, então essa escolha, *naturalmente*, acabou recaindo nos *menos perigosos*, naqueles agentes políticos que não empunham a espada, nem controlavam a bolsa, precisamente os juizes, muito embora, é verdade, o problema da *guarda da Constituição* não tenha sido objeto de manifestação expressa dos convencionais de Filadélfia, nem exista no texto constitucional uma palavra sequer apontando nessa direção¹⁵

Os federalistas muito contribuíram para a evolução histórica da jurisprudência constitucional norte-americana, cujas idéias repercutiram nas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, notadamente no julgado proferido pelo juiz John Marshall, no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803.

Consoante observou John Marshall, caberia ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis, fazendo prevalecer a

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 156-157.

supremacia da Constituição. Qualquer interpretação contrária a esse entendimento levaria à conclusão de que o mandatário (criador das leis) é superior ao mandante (povo).

Vale transcrever, nessa esteira, trecho do célebre voto proferido no caso *Marbury vs. Madison*:

Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir a sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma Lei Fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validez superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários¹⁶

A partir desse precedente, legitimou-se a análise da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, e surgiram críticas ao exercício de atividades legiferantes, próprias do Poder Legislativo, pelos juízes, sem que tenham sido eleitos democraticamente.

Isso porque, ao admitir-se que magistrados e tribunais exerçam o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, inclusive invalidando atos dos Poderes Legislativo e Executivo, há que se reconhecer o exercício de um Poder Político. A possibilidade de um Tribunal Constitucional, não eleito pela vontade popular, sobrepor-se a uma decisão do Chefe do Poder Executivo, eleito

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 158.

democraticamente, é denominada pela doutrina constitucional como *dificuldade contramajoritária*.

Não obstante, analisando-se a relação do Poder Judiciário com os demais Poderes, é possível verificar aspectos que asseguram sua legitimidade democrática. Tais justificativas, consoante leciona Luis Roberto BARROSO¹⁷, podem ser classificadas em duas vertentes, uma de natureza normativa e outra filosófica.

A fundamentação de caráter normativo decorre da previsão constitucional que atribui a competência, para verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos, ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Os magistrados não possuem vontade política própria, já que não foram erigidos aos seus cargos pela via eleitoral, possuindo atuação técnica e imparcial. Conforme previu o Poder Constituinte, cabe-lhe concretizar os preceitos constitucionais e legais, que representam as decisões tomadas pelos representantes do povo, atribuindo o sentido e alcance aos dispositivos legais e tornando-se, por consequência, participantes no processo de criação do Direito.

A vertente filosófica sustenta que o grande papel de uma Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, ainda que essa proteção vá de encontro à vontade circunstancial dos representantes eleitos. O intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, ao qual cabe, por consequência, zelar pelo cumprimento das regras democráticas, direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Consoante anota Luis Roberto Barroso:

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20.04.2011.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à *lei*, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.¹⁸

5 POLÍTICAS PÚBLICAS

A conceituação de políticas públicas pode ser sintetizada, inicialmente, na prestação de serviços que garantam a realização dos objetivos fundamentais do Estado, privilegiando a dignidade da pessoa humana, a qual abrange a proteção de direitos individuais, juntamente com condições mínimas de existência. Pode-se afirmar que são programas de ação governamental com o objetivo de coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Vale trazer à colação a conceituação de Maria Paula Dallari

BUCCI:

a política é mais ampla que o plano e se define como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados. Políticas públicas são os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo.¹⁹

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20.04.2011. p.12.

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. v.13. São Paulo: Malheiros, 1996. p.140.

Cite-se, ainda, por oportuno, a definição de Ana Paula de BARCELLOS:

compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços, etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção.²⁰

Assim, as políticas públicas podem ser definidas como condutas comissivas ou omissivas da Administração Pública, voltadas à consecução de programas ou metas previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle judicial, amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.

Tem-se, por corolário, um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços, ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderão conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o alcance dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.

6 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*.v. 240. Rio de Janeiro: abr/jun, 2005. p.90.

Dispõe o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tendo a função de zelar pela aplicação das normas constitucionais, cabe ao Judiciário controlar a legalidade e legitimidade dos atos da Administração Pública, expelindo do ordenamento jurídico os que lhe forem contrários.

Nesse mister, o controle dos atos da Administração Pública encontra uma faixa de competência delicada e objeto de intensos debates, tendo em vista a independência dos Poderes constitucionalmente prevista.

A Jurisprudência caminha no sentido de abandonar o conservadorismo para assumir uma posição atuante, buscando a realização dos direitos fundamentais, quando provocado a manifestar-se sobre o controle de políticas públicas.

A propósito, destacam MENDES, COELHO e BRANCO:

Nessa direção, observa Haberle que a hermenêutica constitucional, durante muito tempo, esteve vinculada a um modelo de interpretação de uma sociedade *fechada*, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juizes e nos procedimentos formalizados, do que resultou empobrecido o seu âmbito de investigação.

Por isso, é chegada a hora de uma *viragem radical* para que a interpretação constitucional — que a todos interessa e a todos diz respeito — seja levada a cabo *pela* e para a sociedade aberta e não apenas pelos operadores *oficiais* da Constituição, ainda que, a seu ver, a última palavra deva continuar institucionalmente com os órgãos da jurisdição constitucional.

Se vivemos num Estado de Direito, torna-se imperioso que a *leitura* da sua Constituição seja feita em *voz alta* e *à luz do dia*, no âmbito de um processo verdadeiramente público e republicano, num *diálogo jurídico* do qual participem os diversos atores sociais — agentes políticos ou não —, porque, afinal, todos os membros da sociedade, e não apenas os dirigentes, fundamentam na Constituição os seus direitos e obrigações.

Daí o crescente reconhecimento de que a *interpretação* constitucional tornou-se o problema central do *judicial review* e que, nas discussões sobre a sua legitimidade, as controvérsias quanto à origem desse poder extraordinário cederam lugar aos debates sobre o método — será *jurídico*

ou *político*. — que a jurisdição constitucional utiliza para dizer a *última palavra* sobre a Constituição.²¹

Ações que versam sobre a efetivação de políticas públicas são veiculadas pelo controle direto de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental), bem como *writs* constitucionais (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública). Nesse panorama, as ações coletivas vêm se destacando como verdadeiro instrumento de inserção das minorias, que encontram no Judiciário a garantia de acesso aos serviços públicos.

O Judiciário atua não somente em relação às ações que atentem às finalidades insculpidas na Constituição, mas, também, em relação às omissões do Executivo e Legislativo, haja vista que ambas acarretam prejuízos e implicam responsabilidade civil do Estado.

Além da interpretação principiológica dada aos dispositivos constitucionais para afirmar a possibilidade de o Judiciário realizar controle sobre a atividade administrativa, vários adeptos do neoconstitucionalismo oferecem métodos de interpretação inovadores e consistentes para respaldar a atuação do Judiciário nessa esfera.

Como princípios norteadores do processo de interpretação da norma jurídica, quando se está diante de normas constitucionais, destacam-se a unidade da Constituição, seu efeito integrador, sua máxima efetividade ou eficiência, justeza ou conformidade funcional, concordância prática ou harmonização e força normativa da Constituição.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 164.

Sempre atento aos citados princípios, o controle jurisdicional de políticas públicas deve ater-se à máxima efetividade dos direitos fundamentais, uma vez que a implementação de políticas públicas pelo Judiciário tem por único objetivo proteger ou reparar lesão a direito fundamental decorrente de ato ou omissão da Administração Pública.

Nessa esteira, o controle deve ser realizado de forma coerente, pautado por argumentos sólidos, a fim de que a determinação jurisdicional não seja maculada por arbitrariedade, agravando a situação de ilegalidade que, *a priori*, deveria ser corrigida.

Para tanto, é imprescindível que a decisão judicial seja reflexo de profunda análise pautada pela proporcionalidade dos meios a serem utilizados para sanar a lesão ao direito fundamental ameaçado ou lesado, bem como verificar se são adequados para sanar o vício, segundo pontificam MENDES, COELHO e BRANCO:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução.

Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (modos primários típicos de exercício do direito). Põe-se em ação o princípio da concordância prática, que se liga ao postulado da unidade da Constituição, incompatível com situações de colisão irreduzível de dois direitos por ela consagrados.

O juízo de ponderação diz respeito ao último teste do princípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito).²²

A análise da proporcionalidade e da adequação dos meios constitui um dos métodos hermenêuticos que viabilizam o controle judicial de políticas públicas. A utilização desse método tem amparo nas idéias difundidas pelo

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. 319.

neoconstitucionalismo e pelas vertentes doutrinárias que defendem o ativismo judicial como condição de concretização dos postulados do Estado Democrático de Direito.

Segundo Paulo Bonavides, a proporcionalidade, embora não esteja prevista em uma norma jurídica global, encontra-se expressada em diversas normas constitucionais e está vinculada à noção de Estado de Direito:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins, entre os quais avulta, em primeiro lugar, o princípio da igualdade, sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito. O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo".²³

Sobre a origem do critério da proporcionalidade, dispõe Luiz

Virgílio da SILVA:

É comum, em trabalhos sobre a regra da proporcionalidade, que se identifique sua origem remota já na *Magna Carta* de 1215. Este documento seria a fonte primeira do princípio da razoabilidade e, portanto, também da proporcionalidade. Essa identificação histórica é, por diversas razões, equivocada. Em primeiro lugar, visto que ambos os conceitos - razoabilidade e proporcionalidade - não se confundem, não há que se falar em proporcionalidade na *Magna Carta* de 1215. Além disso, é de se questionar até mesmo a afirmação de que a regra da razoabilidade tenha origem nesse documento. Como bem salienta Willis Santiago Guerra Filho, na Inglaterra fala-se em princípio da *irrazoabilidade* e não em princípio da razoabilidade. E a origem concreta do princípio da irrazoabilidade, na forma como aplicada na Inglaterra, não se encontra no longínquo ano de 1215, nem em nenhum outro documento legislativo posterior, mas em decisão judicial proferida em 1948. E esse teste da irrazoabilidade, conhecido também como teste *Wednesbury*, implica tão somente rejeitar atos que sejam *excepcionalmente* irrazoáveis. Na fórmula clássica da decisão *Wednesbury*: "se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir". Percebe-se, portanto, que o teste sobre a irrazoabilidade é muito menos intenso do que os testes que a regra da proporcionalidade exige, destinando-se meramente a afastar atos absurdamente irrazoáveis.

²³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros. 15ª edição, 2004, p. 434.

A não-identidade entre os dois conceitos fica ainda mais clara quando se acompanha o debate acerca da adoção do *Human Rights Act* de 1998 na Inglaterra. Somente a partir daí passou a haver um real interesse da doutrina jurídica inglesa na aplicação da regra da proporcionalidade, antes praticamente desconhecida na Inglaterra.

(...)

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade.²⁴

Nessa esteira, os princípios, considerados mandados de otimização, devem ser sopesados a fim de que se possa estabelecer a qual deles cabe conferir maior efetividade. A verificação da proporcionalidade é realizada pela análise de três pressupostos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A relação de adequação, necessidade e proporcionalidade decorre da alta carga principiológica e normativa que compõe os direitos fundamentais. Para verificação da necessidade questiona-se a existência de medida igualmente eficaz, ao passo que a adequação refere-se à possibilidade concreta de alcançar o objetivo visado. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental que com ele colide e a adoção da medida restritiva.

Esta metodologia tem se destacado no controle exercido pelo Judiciário em face das demais funções estatais. Nesse sentido, a partir da teoria proposta à hermenêutica constitucional, apresentam-se possibilidades de implementação judicial de políticas públicas.

²⁴ SILVA, Luis Virgílio da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. N. 798. São Paulo: abril/2002. p. 30-31.

7 ATIVISMO JUDICIAL.

A tendência de judicialização da política é cada vez mais evidente no ordenamento jurídico brasileiro. Inúmeras são as questões decididas pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo controle concentrado ou difuso.

Em razão da expansão da atividade jurisdicional no controle de leis ou atos normativos incompatíveis com os direitos fundamentais e com o processo democrático, o Poder Judiciário se legitimou como garantidor da efetividade das normas constitucionais.

Malgrado a judicialização da política e o ativismo judicial sejam conceitos próximos e frequentemente interligados, em função do comprometimento da atuação jurisdicional com a Constituição, é certo que possuem origens distintas.

Nos dizeres de Luis Roberto BARROSO, a judicialização “é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.²⁵

Com efeito, a judicialização da política decorreu da atividade do legislador constituinte, que expandiu a jurisdição constitucional, e da própria

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Pág.11. Acesso em 29.04.2011.

cidadania que, progressivamente, foi se apropriando dos mecanismos processuais consagrados na Constituição Federal.

A origem do ativismo judicial, por sua vez, se verifica na jurisprudência norte-americana, que, a princípio, era bastante conservadora. Somente por volta da década de cinquenta é que a Suprema Corte passou a proferir julgados progressistas em matéria de direitos fundamentais, como por exemplo, a decisão do caso *Brown v. Board of Education*, em 1954, que considerou inconstitucional a política de segregação racial nas escolas públicas.

Não obstante, a experiência norte-americana era representada pelos liberais, favoráveis ao mecanismo de controle de constitucionalidade (*judicial review*) e ao ativismo judicial, e, de outro lado, pelos conservadores, adeptos da autocontenção judicial, com mínima interferência do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes.

Conforme assinala Luís Roberto Barroso:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.²⁶

A postura de autocontenção judicial, no sentido de evitar qualquer tipo de ingerência na atuação do legislador ou na esfera executiva, prevaleceu no Brasil até o advento da Constituição Federal de 1988.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO. In http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf. Pág. 11. Acesso em 29.04.2011

Atualmente, o ativismo judicial tem sido colocado em evidência, principalmente diante crise pela qual o Poder Legislativo vem protagonizando. A falta de representatividade e de funcionalidade proporcionou o aumento de demandas sociais e, por sua vez, provocou a expansão da atuação jurisdicional no sentido de suprir as omissões legislativas.

Evidente que decisões ativistas não implicam em livre criação do direito. É certo que a discricionariedade dos magistrados, se desempenhada de forma abusiva e idiossincrática acarreta o comprometimento da legitimidade democrática do Poder Judiciário. Por isso, cabe ao intérprete-juiz verificar alguns parâmetros de atuação, como o mínimo existencial e a reserva do possível, por exemplo, e decidir conforme a Constituição segundo uma lógica racional e razoável.

A judicialização das políticas públicas, bem como o ativismo judicial, se bem exercidos, constituem mecanismos muito úteis à democracia, já que a atuação progressista dos magistrados e dos tribunais superiores pode contribuir para a mudança de postura dos demais Poderes, provocando-os a efetuar reformas de ordem política e legislativa.

8 RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Importante parâmetro a ser analisado nas decisões judiciais é a insuficiência de recursos financeiros para o custeio de todas as obrigações que a Constituição e as normas infraconstitucionais impõem ao Estado, que surge como barreira à concretização dos direitos sociais através de políticas públicas. Alega-se,

em suma, que as prestações estatais positivas demandam um dispêndio ostensivo de recursos públicos, nem sempre disponíveis.

É cediço que os recursos orçamentários são finitos, ao passo que os interesses sociais a serem supridos é ilimitado, razão pela qual nem todos esses interesses serão considerados exigíveis.

Trata-se, aqui, da denominada Teoria da Reserva do Possível, originária do Direito alemão e que é frequentemente invocada pela Administração Pública como justificativa para a recusa ao cumprimento de obrigações prioritárias.

Não há como deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias constituem forte entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, o Princípio da Reserva do Possível não pode ser invocado de forma indiscriminada como escusa para o descumprimento das obrigações do Poder Público.

A citada teoria surgiu no Direito Alemão, que a construiu no sentido de estabelecer que o indivíduo só deve requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável. Na linha de entendimento firmada pela jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível, pois todas as dimensões dos direitos fundamentais acarretam custos ao Poder Público, evidenciando a limitação e a escassez de recursos, bem como a necessidade de se fazer escolhas alocativas no orçamento.

Não se pode perder de vista que a realidade social brasileira é bem diferente da alemã. Logo, não se pode importar preceitos do direito comparado sem se atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas locais. A sociedade brasileira está muito longe do alcance do mínimo existencial, a partir do qual se pode

cogitar da invocação da reserva do possível, pois sem vida digna, não há como ponderar sobre o orçamento.

Deveras, há um direito às condições mínimas de existência humana digna, que exige prestações positivas do Poder Público. Sem o mínimo necessário à existência, cessaria a possibilidade de sobrevivência do homem e desapareceriam as condições iniciais da liberdade.

Assim, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente deve ser atendido, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial, o qual retira do princípio da dignidade da pessoa humana seu fundamento de validade.

Por tais razões é que, somente com a garantia do mínimo existencial, se poderá discutir, no que tange aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir.

Os direitos fundamentais, portanto, em sua configuração do mínimo existencial, devem ser garantidos pelas políticas públicas, consoante se extrai da oportuna lição de Ricardo Lobo TORRES:

- O âmbito de proteção positiva obrigatória coincide com o núcleo essencial:
- a) dos direitos da liberdade irredutíveis;
 - b) dos direitos sociais, que, tocados pelos interesses fundamentais, se metamorfoseiam em direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial. Daí não se segue, em absoluto, que a obrigação estatal se esgote na garantia do mínimo existencial, mas que este gera a pretensão às prestações positivas obrigatórias do estado independentes da vontade da maioria e, por isso mesmo, suscetíveis de adjudicação até mesmo pela jurisdição constitucional, que deverão ser complementadas pelas prestações de direitos sociais sujeitas à reserva do possível²⁷

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 243-244.

O mínimo existencial não pode ser postergado e deve ser a prioridade do Poder Público. E somente depois de atendido o mínimo existencial é que se pode cogitar quais outros gastos serão efetivados.

9 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República, ao exercer a jurisdição constitucional, vem produzindo importantes decisões na seara da garantia de direitos fundamentais.

Assim, passa-se a apontar importantes julgados proferidos pela Suprema Corte, que assumem relevante papel na formação da teoria constitucional brasileira.

O STF, na ADPF/DF nº 45, que tratava de recursos financeiros aplicados à saúde, trouxe importantes vetores de atuação da atividade judicial, sintetizados na ementa que ora se transcreve:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”.

VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (...)

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (...)

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.²⁸

Conforme entendimento fixado na ADPF/DF nº 45, há situações em que o juiz terá o poder-dever de intervir para garantir o mínimo existencial, afastando a discricionariedade administrativa. Em outras situações,

²⁸ Brasil. STF. ADPF 45 MC. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgado em 29/04/2004. Publicado em DJ 04/05/2004.

porém, a prática de políticas públicas consideradas adequadas pelo administrador deverá ser respeitada, desde que não ofenda o núcleo do direito fundamental, ou seja, a noção do mínimo existencial.

Posteriormente, o direito ao fornecimento de medicamentos e serviços de saúde foi apreciado pelo STF em sede de Agravo de Instrumento (AGRS no AI/RS nº 597.182, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJ 10/10/2006), onde se estabeleceu ser dever constitucional do Estado oferecer serviços de saúde adequados e fornecer medicamentos ao paciente necessitado, com vistas a assegurar-lhe condições mínimas de existência:

Considerando o direito à saúde indissociável da dignidade humana e do direito à vida, o Supremo aplicou o bloqueio de verbas públicas ao Poder Público, como meio coercitivo, para que a determinação judicial de fornecimento de medicamentos pelo Estado aos pacientes que urgentemente deles necessitavam para sobreviver fosse cumprida.

Nessa mesma linha vem se posicionando a Colenda Corte, com relação ao direito à saúde:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido.²⁹

²⁹ Brasil. STF. AI 553712 AgR. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma. Julgado em 19/05/2009. DJe-104 Divulg 04-06-2009. Public 05-06-2009. Ement Vol-02363-09 PP-01777 RT v. 98; n. 887. 2009. P. 164-167

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - 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, 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, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a

obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes.³⁰

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO 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.³¹

Não se pode perder de vista que o fornecimento de medicamentos sofre constantes limitações, principalmente quando se cuida de

³⁰ Brasil. STF. RE 393175 – AgR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 12/12/2006. DJ 02-02-2007. PP-00140. EMENT VOL-02262-08. PP-01524.

³¹ Brasil. STF. RE 271286 – AgR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. Julgado em 12/09/2000. DJ 24-11-2000. PP-00101. Ement Vol-02013-07. PP-01409.

medicamento não constante da lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde.

Tal aspecto foi observado pela Min. Ellen Gracie, ao suspender a liminar concedida em mandado de segurança (SS 3.073/RN), que determinou ao Estado do Rio Grande do Norte o fornecimento de medicamentos de alto custo para paciente portador de câncer:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl.14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11/10/2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante”.³²

A fundamentação da referida suspensão da liminar é atribuída ao risco de o Judiciário interferir no orçamento do Poder Público para efetivação de política pública de saúde, destinada a uma situação singular, e, com isso, acarretar a diminuição de serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

³² Brasil, STF, SS 3073. Relator(a): Min. PRESIDENTE. Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) ELLEN GRACIE. Julgado em 09/02/2007. Publicado em DJ 14/02/2007. PP-00021.

O tema atinente ao fornecimento de medicamentos é delicado e exige que os magistrados levem em consideração certos parâmetros ao proferir a decisão, atentando ao mínimo existencial, à reserva do possível, bem como às normas constitucionais, a fim de que, observado o critério da proporcionalidade, a decisão judicial possa favorecer o maior número possível de indivíduos.

No que concerne ao direito à educação, importantes julgados já foram proferidos no sentido de garantir vagas em creches e pré-escolas para crianças de até cinco anos de idade, com fulcro no artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal.

Entende o E. Supremo Tribunal Federal que o direito à creche e pré-escola deve ser assegurado às crianças de até cinco anos de idade, por estar constitucionalmente assegurado como um direito de segunda geração, o que constitui razão bastante a justificar a intervenção do Judiciário, limitando a discricionariedade do administrador, consoante constou da decisão proferida no AI nº 677.274/SP, cuja ementa se transcreve:

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). AGRAVO IMPROVIDO.

- A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).
- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo

Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

- A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

- Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

- Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.³³

A questão é melhor esclarecida no seguinte trecho do voto:

[...]preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006).

O eminente PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173), ao analisar esse tema, expende magistério irrepreensível: “O Direito à educação surgiu recentemente nos textos constitucionais. Os títulos sobre ordem econômica e social, educação e cultura revelam a tendência das Constituições em favor de um Estado social. Esta clara opção constitucional faz deste ordenamento econômico e cultural um dos mais importantes títulos das novas Constituições, assinalando o advento de um novo modelo de Estado, tendo como valor-fim a justiça social e a cultura, numa democracia pluralista exigida pela sociedade de massas do século XX.” (grifei)

(...)

Cabe referir, neste ponto, a observação de PINTO FERREIRA (“Educação e Constituinte” “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 92, p. 171/173),

³³ Brasil. STF. DJe-185. Divulg 30/09/2008. Public 01/10/2008.RTJ. Vol-00207-03. PP-01331.

quando adverte – considerada a ilusão que o caráter meramente retórico das proclamações constitucionais muitas vezes encerra – sobre a necessidade de se conferir efetiva concretização a esse direito essencial, cuja eficácia não pode ser comprometida pela inação do Poder Público: “O direito à educação necessita ter eficácia. Sendo considerado como um direito público subjetivo do particular, ele consiste na faculdade que tem o particular de exigir do Estado o cumprimento de determinadas prestações. Para que fosse cumprido o direito à educação, seria necessário que ele fosse dotado de eficácia e acionabilidade (...).” (grifei)

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público.

Esse posicionamento vem sendo reiteradamente adotado pelo STF, conforme se denota dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 208, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATENDIMENTO DE CRIANÇAS ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS: DIREITO SUBJETIVO PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.³⁴

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. DIREITO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 208, IV, DA CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido.³⁵

1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Educação infantil. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e pré-escola. Direito assegurado pelo próprio Texto Constitucional (CF, art. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao Poder Público, notadamente ao Município (CF, art. 211, § 2º). Precedentes. Agravo regimental não provido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria.

³⁴ Brasil. STF. RE 554075 – AgR. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Primeira Turma. Julgado em 30/06/2009. DJe-157. Divulg 20-08-2009. Public 21-08-2009. Ement Vol-02370-08. PP-01716.

³⁵ Brasil. STF. AI 592075 – AgR. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma. Julgado em 19/05/2009. DJe-104. Divulg 04-06-2009. Public 05-06-2009. Ement vol-02363-11. PP-02204. RT v. 98. n. 887. 2009. p. 172-174.

Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, c.c. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado.³⁶

CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATRÍCULA DE CRIANÇA DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLAS MUNICIPAIS. FUNDAMENTOS INFRACONSTITUCIONAL E CONSTITUCIONAL. SÚMULA 283 DO STF. I - O acórdão recorrido determinou a matrícula de criança em creche municipal com apoio em fundamentos constitucional (art. 211, § 2º, da CF) e infraconstitucional (art. 54, IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente). Manutenção do fundamento infraconstitucional. Incidência da Súmula 283 do STF. Precedentes. II - Agravo regimental improvido.³⁷

CONSTITUCIONAL. ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. I. - Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II. - Agravo não provido.³⁸

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-

³⁶ Brasil. STF. RE 592937 – AgR. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Segunda Turma. Julgado em 12/05/2009. DJe-104 Divulg 04-06-2009. Public 05-06-2009. Ement vol-02363-11. PP-02226.

³⁷ Brasil. STF. RE 465066 – AgR. Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Primeira Turma. Julgado em 13/12/2006. DJ 16-02-2007. PP-00041. Ement vol-02264-06. PP-01304.

³⁸ Brasil. STF. RE 463210 – AgR. Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO. Segunda Turma. Julgado em 06/12/2005. DJ 03-02-2006. PP-00079. Ement vol-02219-11. PP-02181. RT v. 95, n. 849. 2006. p. 199-202.

administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina.³⁹

AGRAVO REGIMENTAL. VAGA EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA. MENOR COM ATÉ 6 (SEIS) ANOS DE IDADE. CONSTITUCIONAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. FUNDAMENTO INFRACONSTITUCIONAL SUFICIENTE. O acórdão recorrido determinou fosse garantido o atendimento, em pré-escolas e creches, aos menores com até 6 (seis) anos de idade, com base na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Havendo transitado em julgado a decisão que inadmitiu o recurso especial, o qual visava a afastar o argumento de ordem infraconstitucional suficiente, não há como deixar de incidir, no caso, o teor da Súmula 283 desta colenda Corte. Agravo regimental desprovido.⁴⁰

Portanto, restou sedimentado o entendimento no STF de que o direito à creche está inserido no contexto dos direitos sociais de 2ª geração e, por conseqüência, representa direito subjetivo do cidadão, ensejando uma prestação positiva por parte do ente federativo.

Em suma, há situações em que o Judiciário terá o poder-dever de intervir para garantir o núcleo dos direitos fundamentais do cidadão, afastando a discricionariedade administrativa. Todavia, não havendo ofensa ao núcleo do direito fundamental, ou seja, à noção de mínimo existencial, a discricionariedade administrativa na prática de políticas públicas consideradas adequadas pelo administrador público deverá ser respeitada.

³⁹ Brasil. STF. RE 410715 – AgR. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma. julgado em 22/11/2005. DJ 03-02-2006. PP-00076. Ement vol-02219-08. PP-01529. RTJ vol-00199-03. PP-01219. RIP v. 7, n. 35., 2006. P. 291-300.

⁴⁰ Brasil. STF. RE 401023 – AgR. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Primeira Turma. Julgado em 11/05/2004. DJ 10-09-2004. PP-00054. Ement vol-02163-04. PP-00681.

CONCLUSÃO

A relevância do debate sobre o tema do controle judicial de políticas públicas pode ser verificada com o presente trabalho.

De início, o estudo acerca da teoria da Separação dos Poderes demonstrou a necessidade de que todas as funções estatais sejam desempenhadas de forma harmônica para que se atendam as finalidades propostas pelo texto constitucional.

A seguir, foi abordada a temática atinente à inércia na efetivação das políticas públicas pela Administração Pública, que obriga o Judiciário a pronunciar-se como poder regulador e fiscalizador. Nesse contexto, analisou-se a legitimidade do Poder Judiciário na intervenção no âmbito de atuação dos demais Poderes em busca da observância dos direitos fundamentais.

Foram definidas as políticas públicas como instrumentos através dos quais podem ser efetivados os direitos fundamentais, tais como saúde e educação. Verificou-se que tais direitos devem ser concretizados pelo Poder Executivo. No entanto, em caso de omissão, legitima-se o Judiciário a fazê-lo, dentro das atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição, haja vista caber-lhe garantir a efetivação dos mandamentos constitucionais.

Aprofundou-se a discussão acerca do ativismo judicial, com destaque para o exercício do controle judicial dentro de uma esfera de competência que não atinja arbitrariamente o âmbito de outra função estatal, e que seja, portanto, legítimo.

Por fim, foi retratado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, que transfere ao Poder Judiciário a incumbência de verificar as falhas deixadas pelo Poder Público na implementação das políticas públicas e determinar as medidas a serem adotadas para que não haja lesão aos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

Com tais considerações, espera-se ter contribuído para a demonstração de que o controle judicial de políticas públicas, se exercido dentro dos parâmetros da proporcionalidade, tem muito a contribuir para a preservação da democracia e para uma mudança de postura do Poderes representativos.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política, *in* Sistema Político Brasileiro: Uma Introdução. Lucia Avelar & Antônio Octávio Cintra (orgs.). São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In: Revista de Direito Administrativo*.v. 240. Rio de Janeiro: abr/jun, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em [http:// www.lrbarroso.com.br /pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em 29.04.2011.

_____. Interpretação e aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20.04.2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Ed. Malheiros. 15ª edição, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. v.13. São Paulo: Malheiros, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Interesse público. n.16. Porto Alegre: Notadez, 2002, p. 56.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, Antoine. Le Gardien de Promesses. Paris: Odile Jacob, 1996.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a factilidade e a validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. Do Espírito das Leis. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional. Coimbra: Coimbra, 1989.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 2 ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.

SILVA, Luis Virgílio da. O proporcional e o razoável. In: Revista dos Tribunais. N. 798. São Paulo: abril/2002.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Verdade e Consenso. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.