

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC/SP
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

OLÍVIA BRANDÃO MELO CAMPELO

O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas

SÃO PAULO
2010

OLÍVIA BRANDÃO MELO CAMPELO

O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas

Curso de Especialização em Direito Constitucional

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Dias da Silva.

SÃO PAULO

2010

OLÍVIA BRANDÃO MELO CAMPELO

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Dias da Silva.

Monografia aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora

Dedico este trabalho, de maneira muito especial, à minha filha Anna Sophia, que com seu sorriso meigo e pura inocência sabe me encher de graça, amor e coragem para ir em busca de sonhos.

RESUMO

Este estudo objetiva analisar a possibilidade do Poder Judiciário exercer um controle sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, através do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como forma de se obter uma maior efetividade dos direitos fundamentais esculpidos no texto da Constituição Federal. Analisando o sistema jurídico e seus elementos, pretende oferecer um conceito democrático de políticas públicas, que reflita a complexidade social que vive o Estado contemporâneo, ampliando a noção da responsabilidade pela implementação e execução das políticas públicas. Pondera a importância do debate do controle das políticas públicas no Estado Democrático de Direito. Busca expor a discussão travada entre os juristas sobre a possibilidade de a jurisdição constitucional exercer um controle sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo e Legislativo, resumidas no eixo substancial e no eixo procedimental da atividade judicial. Por fim, busca oferecer uma limitação ao controle judicial de implementação e execução de políticas públicas.

Descritores: Políticas Públicas. Controle Judicial. Separação dos Poderes. Estado Democrático de Direito.

Autor: Olívia Brandão Melo Campelo

Título: O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas

ABSTRACT

This objective study to analyze the possibility of the Judiciary Power to exert a control on the public policies developed by the State, through the Executive Power on of the Legislative Power, as form of if getting a bigger effectiveness of the sculptured fundamental rights in the text of the Federal Constitution. Analyzing the legal system and its elements, it intends to offer a democratic concept to public policies, that reflects the complexity social that lives the State contemporary, extending the notion of the responsibility for the implementation and execution of the public policies. Ponders the importance of the debate of the judicial control of the public policies of the Democratic State of Brazilian Right. Search display the quarrel stopped enters the jurists on the possibility of the constitutional jurisdiction to exert a control on the public policies developed by the Executive and Legislative, summarized axle and the procedural axle of the judicial activity. Finally, it searches to offer to a limitation to the judicial control of implementation and execution of public policies.

Keywords: Public Policies. Judicial Control. Separation of Powers. Democratic State of Right.

Olívia Brandão Melo Campelo

The Judicial Control of the Public Policies

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.1. O que os direitos fundamentais?	13
1.2. A dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais	16
1.3. As gerações dos direitos fundamentais	18
1.4. O conceito de políticas públicas	20
2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS QUESTÕES POLÍTICAS	23
2.1. A separação dos poderes, jurisdição constitucional e democracia	26
2.2. A função jurisdicional e as questões políticas	30
3 A DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO	33
3.1. A decisão judicial como discurso dialético	34
3.2. A decisão judicial como forma de legitimação do direito	37
3.3. A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy	42
4 OS LIMITES DO CONTROLE	44
4.1. Políticas públicas e violação dos direitos fundamentais. A reserva de consistência	45
4.2. A reserva do possível e o princípio da proporcionalidade	47
4.3. O mínimo existencial	49
4.4. Os instrumentos processuais de controle	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

INTRODUÇÃO

O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário tem sido um tema muito discutido no meio acadêmico e, especialmente, na sociedade jurídica como forma de efetivação dos direitos. O presente trabalho aborda este tema à luz da concretização dos direitos fundamentais, desenvolvendo um raciocínio pautado nos direitos de segunda e terceira dimensões, no Princípio da Separação dos Poderes do Estado pós-moderno, na necessidade de maior participação popular na condução das políticas públicas e no papel do Judiciário como instrumento apto a tanto.

O interesse sobre o tema surgiu nas pesquisas e estudos sobre o Direito e o papel que este exerce nas transformações sociais. Sabe-se que, atualmente, este papel foi ampliado de mero instrumento de pacificação dos conflitos para um papel de desenvolvimento econômico e social, instrumento de construção da sociedade com base nos valores idealizados e positivados na Constituição.

De um lado, há a sociedade que reclama a atuação do Poder Judiciário com vistas à concretização dos direitos fundamentais, à implementação pelo Estado de políticas públicas capazes de assegurar os valores constitucionais; de outro, os limites impostos por uma “ditadura da democracia representativa” exercida pelos representantes do povo que insistem em afastar o próprio povo ao desestimular os mecanismos de democracia participativa, dentre os quais seria oportuno citar, o processo judicial.

Ocorre, no entanto, que a complexidade da sociedade pós-moderna, as inúmeras políticas adotadas pelo Estado e a rapidez com que se exige a satisfação dos direitos difusos e coletivos tornam impossível o controle exercido exclusivamente pelos mecanismos de representação.

Os direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensões ocupam lugar cada vez mais relevante no contexto jurídico nacional, além, é claro, de terem papel fundamental na fixação da atuação positiva do Estado e na determinação de suas políticas públicas. Estes direitos se apresentam como direitos difusos e coletivos. Os direitos difusos são direitos titulados por indivíduos indetermináveis, às vezes, por toda a sociedade; já os coletivos, por um grupo determinado.

Tais direitos quanto titulados em face do Estado apresentam-se como direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões e atuam como imperativos positivos ou negativos da atuação estatal, determinado e condicionando as políticas públicas adotadas pelo Estado.

Em contraposição ao aspecto determinante da atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais, há uma corrente que defende a não-intervenção do Poder Judiciário em questões políticas. Esta corrente é sustentada pelo dogma da democracia representativa, segundo a qual os titulares dos cargos efetivos seriam os únicos autorizados a tomar as decisões políticas. O juiz, para esta concepção, nada mais seria do que o juiz “boca da lei”.

É exatamente na contraposição de idéias quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas que surge o problema, uma vez que sendo direitos, os direitos transindividuais não escapam à tutela do Estado-juiz, como proclama o Princípio do Amplo Acesso ao Judiciário no artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal. Nessa linha de raciocínio, surge a seguinte indagação: *É possível o controle das políticas públicas do Estado pelo Poder Judiciário, face aos princípios democrático e da separação dos poderes, quando sejam elas determinadas pelos direitos difusos e coletivos constitucionalmente previstos?*

A presente monografia pretende construir respostas a este problema principal. Para tanto, inicialmente será analisada a Teoria dos Direitos Fundamentais, suas sucessivas gerações de direitos e diferença entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva.

No segundo capítulo, será estabelecida a relação entre as políticas públicas e os direitos fundamentais, procurando delimitar os conceitos daquelas em função destes direitos. A Separação dos Poderes será analisada para se saber se este seria um fator impeditivo ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.

No capítulo três, a decisão judicial será analisada como instrumento democrático, resultado de uma hermenêutica aberta e de um amplo discurso racional e democrático. Para que isso seja feito, será abordado de maneira breve o pensamento de Habermas e Alexy, que tratarão, dentre outros pontos, o fato de que

a decisão judicial não se resume à visão kelseniana de ato de vontade do juiz. Trata-se de algo mais complexo, construído a partir do pedido do autor, da resposta do réu, das provas e das pressões dos grupos sociais.

No quarto capítulo, serão abordados os limites estabelecidos para a atuação do Poder Judiciário no Controle das Políticas Públicas, vez que este não pode escolher livremente as políticas públicas a serem adotadas. Deverão ser respeitadas pelo julgador, a ampla liberdade do legislador e do Poder executivo, a reserva de consistência e a discricionariedade de meios.

Portanto, o objetivo do presente estudo é construir um debate acadêmico acerca do papel do Poder Judiciário na construção dos valores da sociedade brasileira. Pretende-se com isso, demonstrar que há possibilidade de avanço na atuação do Judiciário para melhor atender às expectativas sociais na implementação e defesa dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, desde que suas decisões sejam reflexos de processos democráticos legítimos.

CAPÍTULO 1:

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO CONCRETIZAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

1.1. O que são direitos fundamentais?

Os direitos fundamentais fazem parte de uma categoria especial de direito que se consolidou a partir da segunda metade do século XX. Esta categoria era frequentemente chamada de direitos naturais; depois, passou a ser chamados de direitos humanos. O que permite afirmar que os direitos fundamentais são filhos dos direitos humanos, os quais foram gerados pelas declarações do século XVIII, sobretudo pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 1776, e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Atualmente não mais se discute sobre as correntes jus naturalistas e jus positivistas, vez que no pós-positivismo esta discussão perdeu o sentido, já que este, pelo menos por enquanto, aceitou a existência de uma categoria de direitos que substitui à suficiência e a existência, nos Estados onde vigora o mínimo de democracia, dos direitos naturais.

É de fundamental importância a análise prévia dos direitos fundamentais para a compreensão sobre a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, pois é este controle é um meio bastante eficaz de efetivação e concretização desses direitos.

Os direitos fundamentais, seguramente, estão entre os institutos jurídicos de maior complexidade estrutural. Ora se apresentam como regras, ora como princípios e, ora como direitos subjetivos, ora como direitos subjetivos. Esta discussão sobre o seu conceito se tornou ainda mais freqüente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948, daí a definição do que seja os direitos fundamentais ser tarefa das mais complexas.

Se, conforme dito no início do presente capítulo, os direitos fundamentais podem ser considerados filhos dos direitos humanos, fazendo uma análise histórico-evolutiva dos direitos naturais, é possível também dizer que os direitos fundamentais são netos destes direitos naturais.

Segundo Bobbio, “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”. Com este pensamento, Bobbio visualiza quatro momentos de uma mesma cadeia do pensamento jus filosófico ocidental: o desenvolvimento da idéia de direitos naturais, inerentes à condição humana, sejam eles determinados pela razão ou pela causa transcendental; a evolução dessa idéia para o que atualmente é chamado de direitos do homem, quando de seu reconhecimento pela comunidade jurídica internacional, embora ainda sem a positivação na ordem jurídica interna dos Estados-nações; a positivação desses direitos humanos nas ordens jurídicas particulares dos Estados-nações, quando ganham o nome de direitos fundamentais; e, finalmente, a positivação desses direitos em uma ordem jurídica supra-nacional que pudesse garantir a sua efetivação no âmbito mundial. (BOBBIO, 2004, p. 50)

Assim, os direitos naturais transformam-se em direitos humanos quando são reconhecidos na ordem internacional por um acordo de vontades entre as diversas nações. Com isso, ao serem incorporados a uma ordem internacional, o fundamento de validade dos direitos humanos não é mais a razão ou causa divina transcendente de ordem ontológica, mas um consenso internacional.

No entanto, enquanto valores reconhecidos apenas na esfera internacional, os direitos humanos não possuem força normativa na ordem interna de cada Estado. A positivação desses direitos no ordenamento jurídico de cada país transpõe os direitos humanos para o patamar de direitos fundamentais que, enquanto tais, têm força normativa que decorre da norma constitucional.

Robert Alexy em sua *Teoría de los derechos fundamentales*, admite que a caracterização dos direitos fundamentais deva dar-se a partir da Lei Fundamental, ou seja, a partir das normas constitucionais. Para provar sua teoria, Alexy admite a existência normas de direito fundamental diretamente extraída das normas constitucionais, ou seja, listadas na Constituição, e normas de direito fundamental que não são diretamente estatuídas na Constituição, ou seja, tratam-se de normas que podem ser extraídas dessas normas constitucionais por um processo interpretativo. (BOBBIO, 2002, p.63 e ss.)

Com base na Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, seria possível que da norma de direito constitucional diretamente estatuída pela Constituição possam derivar outras normas.

Observe-se, todavia, que estes critérios são puramente formais, não existindo critério material suficiente e definitivo para estabelecer o que sejam e quais sejam os direitos fundamentais. O critério material que chegou mais perto de dar uma resposta suficiente e definitiva foi a dignidade da pessoa humana. De acordo com o que se entende por dignidade humana, os direitos fundamentais são todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana. Mas este critério material é também uma fórmula aberta, acerca da qual não há verdadeira unanimidade entre os cientistas do direito.

Essa idéia de dignidade humana que permeia o pensamento humano desde suas origens atingiu seu ápice com as idéias iluministas de respeito à liberdade, à igualdade e à fraternidade. Aliás, a fraternidade é o reconhecimento de que a dignidade de um ser humano guarda uma relação intrínseca com a dignidade de todos os demais seres humanos, prova de que esta é uma dimensão das idéias iluministas que só agora começa ser completamente efetivada mediante os direitos fundamentais de terceira geração. Desse modo, percebe-se que a dignidade da pessoa humana é o fundamento de onde se irradiam todos os demais direitos fundamentais. E o fato de ser um conceito aberto, ou seja, de ser impossível precisar o conceito a ponto de certeza, é que torna a dignidade humana ainda mais forte, pois este critério material acaba trazendo respostas diferentes a situações concretas e exigindo sempre uma nova interpretação dos direitos fundamentais.

Portanto, a dignidade da pessoa humana assegura que o leque de direitos fundamentais e o significado de cada um desses direitos estejam sempre abertos a um preenchimento adequado, que assegure a proteção do ser humano frente às modificações históricas, sociais e econômicas.

De toda sorte, embora não seja possível atingir um conceito fechado do que venha a ser direitos fundamentais, entre nós, estes direitos são aqueles listados no Título II, da Constituição da República Federativa do Brasil, além de todos os

outros necessários para preservar e promover a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, inclusive os que são decorrentes dos tratados internacionais.

1.2. As gerações dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são direitos que buscam sempre se desenvolverem, esta evolução serve de instrumento para as lutas sociais, para as atualizações dos pactos políticos e para o próprio desenvolvimento da personalidade humana. Trabalhando com base nesta evolução histórico-jurídico-política, os direitos fundamentais vêm sendo classificados, desde a aula inaugural de Karel Vasak, em 1979, aos Cursos do Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo, em direitos de primeira, segunda e terceira gerações. (BONAVIDES, 2001, p. 57)

Vasak estabeleceu uma relação entre as categorias de direitos fundamentais e o lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Assim, os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, os direitos fundamentais de segunda geração seriam os direitos de igualdade e os direitos de terceira geração seriam os direitos de fraternidade.

Os direitos de primeira geração são também chamados de direitos civis e políticos. Estes direitos são característicos do Estado Liberal, que primava, acima de tudo pela proteção da liberdade, da igualdade e da propriedade. Dessa forma, a liberdade é o primeiro grau de respeito à dignidade humana.

Contudo, a igualdade tutelada pelo Estado Liberal era inteiramente passiva e conformava-se com as diferenças de classes e de nascimento. Somente com o Estado Social é que a proteção à igualdade começa a ser efetivada. O Estado, além de assegurar a igualdade, passa a promovê-la como um ideal de justiça distributiva, especialmente após a Segunda Guerra Mundial com as idéias já presentes na Constituição de Weimar. Trata-se aqui da conquista dos direitos de segunda

geração, dos direitos sociais ou direitos da igualdade, como os direitos trabalhistas e previdenciários, o direito à saúde, à educação, à moradia, à cultura e ao lazer.

A partir da década de sessenta, começou-se a se falar em direitos de terceira geração, ligados ao ideal de fraternidade, aos direitos de solidariedade e aos direitos dos povos. Tais direitos englobam o direito à paz, à auto-determinação dos povos, ao desenvolvimento econômico, à exploração dos próprios recursos naturais e do patrimônio genético e à proteção do meio ambiente. O que significa dizer que os direitos de terceira geração vêem o ser humano como integrante de todo o gênero humano.

É certo que a podem ser encontradas na doutrina divergências quanto a saber quais direitos pertencem a que gerações. Segundo Canotilho, os direitos de terceira geração são, por vezes, chamados de direitos de quarta geração:

A primeira seria a dos direitos de liberdade, os direitos das revoluções francesas e americanas; a segunda seria a dos direitos democráticos de participação política; a terceira seria a dos direitos sociais e dos trabalhadores; a quarta a dos direitos dos povos. (CANOTILHO, 1998, p.362)

Paulo Bonavides, por sua vez, propõe a existência de uma quarta geração de direitos que não se confunde com os direitos de terceira geração. Estes direitos seriam:

“o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” (BONAVIDES, 2001, p. 507)

O termo gerações exprime a idéia de direitos diferentes, que vão sendo construídos e protegidos de modo especial ao longo dos tempos, de acordo com as circunstâncias históricas. Assim, os direitos de primeira geração são característicos do Estado Liberal, os direitos de segunda geração do Estado Social, e os de terceira geração seriam característicos da globalização.

A doutrina há muito tempo tem estabelecido que enquanto os direitos de segunda e terceira gerações são direitos a prestações, os direitos de primeira geração envolvem uma não-intervenção estatal. O que não seria plenamente verdade, já que todo direito fundamental exige a intervenção estatal, a implementação de políticas públicas e o gasto público para que sejam minimamente observados, uns mais, como os direitos de segunda e terceira geração, e outros menos, como os direitos de primeira geração.

No que tange às políticas públicas, os direitos que mais exigem tais políticas são os direitos de segunda e terceira gerações, vez que os direitos de primeira geração demandam prestações estatais eventuais e normalmente ocorrem sob o estabelecimento de mecanismos de regulação e repressão. Assim, os direitos de segunda e terceira geração seriam direitos fundamentais prestacionais, também chamados de positivos, eis que envolvem uma atuação positiva do Estado e que são fontes primárias das políticas públicas.

1.3. A dimensão objetiva e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão. A dimensão subjetiva apresenta os direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos dos cidadãos e a dimensão objetiva que apresenta os direitos fundamentais como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade.

Tomados pela sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais impõem ao Estado um agir capaz de garantir, assegurar e efetivar o gozo dos direitos fundamentais, funcionando como balizas tanto para o agir estatal, como para a liberdade individual. Se, por um lado, a dimensão objetiva impede o arbítrio estatal, por outro lado, limitam a liberdade do particular. Tomados pela sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são atualizados e isto é o que confere realidade e

vida à dimensão objetiva. Ou seja, há, sem dúvida, uma relação de complementaridade entre essas duas dimensões de direitos.

Canotilho destaca dois aspectos específicos das normas da dimensão objetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais:

As normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais modelam a dimensão objetiva de duas formas: (1) *imposições legiferantes*, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...]; (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjetiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições institucionais. (CANOTILHO, 1998, p. 446)

As políticas públicas visam à efetivação dos direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensões. Falar em controle das políticas públicas é falar da possibilidade de proteção judicial desses direitos. E a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é um poder de ação assegurado pela ordem jurídica, que compreende um sujeito, um objeto e a relação que os liga.

Direito subjetivo é aquele que pode ser reclamado por um indivíduo e a favor do qual o Estado põe à disposição um mecanismo de proteção eficiente, organizado essencialmente em torno da função jurisdicional. Segundo esta concepção, o sujeito de direito é o indivíduo.

Ocorre que a complexidade da sociedade contemporânea, a partir do advento do Estado Social, levou à percepção de que alguns bens e valores são titulados pelo conjunto da coletividade. Tratam-se dos direitos transindividuais, difusos ou coletivos, que protegem interesses que são titulados por um conjunto de pessoas que estão ligadas por uma relação jurídica, os direitos coletivos, ou por um conjunto de pessoas indeterminadas, os direitos difusos.

Robert Alexy afirma que a distinção entre direitos individuais e bens coletivos não é tão simples quanto parece e lista pelo menos quatro maneiras diferentes de visualizar a relação entre eles: (1) os direitos individuais seriam apenas um meio para a proteção dos direitos coletivos; (2) os bens coletivos seriam apenas um meio para a proteção dos direitos individuais; (3) os bens coletivos seriam resultado das normas de proteção dos direitos individuais, havendo, entre eles, uma

relação de identidade; (4) não haveria, entre eles, nenhuma relação de fim, nem de identidade, tratam-se de objetos categoriais diferentes. (ALEXY, 2002, p. 110-111)

A quarta maneira parece ser a mais acertada para descrever a relação entre os direitos individuais e os interesses difusos e coletivos, pois na verdade, os interesses transindividuais estão situados em uma esfera diversa dos direitos individuais. Os direitos sociais são os direitos que estão intimamente ligados a essa dimensão transindividual. Isso porque, além dos direitos sociais assegurarem direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, eles estabelecem objetivos e diretrizes de atuação ao Estado para a garantia e proteção de interesses coletivos e difusos. O Estado Social exige a proteção de interesses que não são individuais, mas meta-individuais, mediante a sindicabilidade das políticas públicas.

1.4. O conceito de políticas públicas

Para a ciência jurídica, conceituar políticas públicas não é uma tarefa fácil, pois este conceito é mais afeto à ciência política e à sociologia. Somente nas últimas décadas, com o advento do Estado Social, quando o Estado tomou para si uma série de funções que até então desconhecia e que envolviam sua ação positiva, é que a ciência jurídica viu a necessidade de se utilizar deste conceito.

Isso deve-se ao fato de que todo o desenvolvimento da ciência jurídica se deu em torno da norma, o instrumento capaz de confrontar condutas e induzir comportamentos. Era para a norma e para o ordenamento jurídico que estavam voltados os olhares dos juristas.

Hoje, com o desenvolvimento das teorias da supremacia da constituição e da força normativa das normas constitucionais, com a elevação dos princípios à categoria de normas com força normativa até maior que as regras, as normas constitucionais não se restringem mais a regular os comportamentos políticos dos órgãos estatais e a estabelecer-lhes o rol de funções.

Os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações, ou seja, aquilo que poderíamos chamar de princípios constitucionais fundamentais, impõem um atuar estatal, fixando metas e estabelecendo os objetivos que o estado deve atingir em prol da justiça distributiva e que sejam capazes de assegurar a todos as condições materiais de uma vida digna.

Se o Estado Liberal nos legou um extremo individualismo, a solidariedade e a fraternidade impõem-se ao homem como condição necessária para a garantia de sua própria sobrevivência. E é exatamente neste no campo dos direitos sociais que o conceito de políticas públicas ganha força, justamente como instrumento de efetivação desses direitos.

Assim, as políticas públicas podem ser definidas, de modo bastante amplo, como qualquer fazer, qualquer atuação estatal que tenha como escopo a implementação dos fins do Estado, oferecendo aos cidadãos os bens da vida e os serviços que cumpre ao Estado fornecer. Numa definição mais específica, o conceito de políticas públicas está relacionado a um fazer estatal, a uma atuação pública, com vistas a concretizar os direitos fundamentais.

Normalmente as políticas públicas são estabelecidas por meio de atos dos Poderes Legislativo e Executivo, seja por intermédio de leis, atos normativos infralegais ou outros atos administrativos. E, embora, esses atos estabeleçam um programa governamental para uma área específica de atuação estatal, nada impede que as ações que formam uma política pública possam também ser adotadas sem qualquer planejamento prévio.

Dessa forma, falar em política pública significa falar em toda e qualquer atuação do Estado, por meio da Administração Pública, que tenha por fim efetivar os direitos de segunda e terceira gerações. E controlar as políticas públicas significa, por sua vez, o controle de uma específica atuação ou omissão estatal.

A noção de políticas públicas que interessa para a discussão do presente estudo compõe-se de três elementos, sendo dois deles necessários e um acidental. O primeiro elemento seria uma ação, uma atuação estatal, mediata ou imediatamente, para a consecução de um segundo elemento, um fim ou objetivo, ou seja, a efetivação dos direitos de segunda e terceira gerações. Essa ação pode ser

concedida ou não, mediante um programa ou planejamento previamente estabelecido.

Com relação ao controle das políticas públicas, este implica, por sua vez, no controle de três elementos distintos: o controle da atuação ou omissão estatal; o controle dos objetivos ou metas fixadas, na lei ou em outros atos normativos; o controle do programa ou planejamento para o alcance dos fins, caso em que tenham sido previamente fixados.

CAPÍTULO 2:

A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS QUESTÕES POLÍTICAS

O presente capítulo tem como objetivo analisar a atual configuração do Princípio da Separação dos Poderes e, a partir daí, verificar a função desempenhada pelo Poder Judiciário no que tange às políticas públicas. Teria o Poder Judiciário a função de se pronunciar sobre as questões políticas e as políticas públicas?

O Princípio da Separação dos Poderes surgiu no Estado Absolutista como o maior desafio dos pensadores políticos do Iluminismo, já que nascia para despersonalizar o poder. Essa despersonalização do poder ocorreu mediante o império da lei positiva e a Separação dos Poderes foi concebida como meio de evitar o despotismo real, como forma de controle do poder e de freio ao arbítrio.

Atualmente, vivencia-se a pós-modernidade e não mais há a necessidade do Princípio da Separação dos Poderes como proteção contra o arbítrio do monarca. A preocupação de tal princípio gira em torno dos abusos da lei, contra o arbítrio dos parlamentares e contra a inefetividade dos comandos constitucionais. Questões como estas é que obrigam os juristas a reclamar uma releitura de qual venha a ser a função de cada um dos três poderes, sob pena do Princípio da Separação dos Poderes passar a servir como proteção ao arbítrio e inoperância estatal.

É importante ressaltar que a pós-modernidade rompe com quaisquer instrumentos de fundamentação metafísica do direito e com base nisso surgem duas correntes bastante distintas entre si. Uma pretende transformar o direito em mero procedimento formal, um sistema autopoiético fechado, cujas influências externas são mediatizadas pelo próprio direito. Esse pensamento tem como representante Niklas Luhmann que entende que, nessa perspectiva, o direito seria nada mais que um instrumento de legitimação e dominação, sem um conteúdo substantivo, rejeitando-se a dimensão axiológica e transformadora da Constituição. Não existiria, segundo este pensamento, espaço para a justiça ou quaisquer outras considerações axiológicas dentro de um direito que é apenas procedimento.

Em contraposição a essa idéia, está o pensamento de Jürgen Habermas. Segundo ele, o direito não é um sistema fechado em si mesmo, mas aberto aos discursos morais, pela incorporação de um escalonamento hierárquico entre regras e princípios. Nessa linha, o sistema jurídico necessita de instâncias de legitimação,

papel que é representado pelos direitos fundamentais pelo princípio da soberania popular.

A sociedade pós-moderna, conforme já estudado, não é mais regida pelo Estado Liberal, onde se media o poder do Estado pela possibilidade de editar leis, e, por meio delas, determinar condutas e proibir comportamentos, assegurando aos cidadãos a liberdade de ação lícita. Atualmente, a sociedade é regida pelo Estado Social, onde o poder estatal, além de assegurar a liberdade, deve servir como instrumento para que o Estado possa promover a igualdade entre todos. As leis, na pós modernidade devem guardar compatibilidade com a Constituição, mas não meramente formal, mas sim uma compatibilidade ético-axiológica. Além disso, o próprio Estado pós moderno deve pautar suas condutas, promovendo políticas públicas capazes de cumprir os valores estabelecidos na Constituição. Limitar o poder na pós modernidade implica assegurar que o poder estatal esteja sempre a serviço da igualdade e da promoção do bem comum por meio de ações positivas.

O desafio que se apresenta ao Princípio da Separação dos Poderes é estabelecer uma releitura de cada um dos poderes, restabelecendo suas funções e seus limites, para que sejam garantidos os direitos de segunda e terceira dimensões sem que haja uma violação à função típica dos Poderes Legislativo e Executivo, mas também no sentido de que o Poder Judiciário cumpra de fato com o seu papel na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior faz uma importante reflexão acerca do novo papel do Poder Judiciário frente à Separação dos Poderes. Segundo ele, o Judiciário se responsabiliza em primeiro lugar e acima de tudo, por garantir a segurança jurídica e a estabilidade do sistema, mas não deixa de negar que o advento do Estado do bem-estar social produziu uma mudança nesse equilíbrio. Ao Judiciário não cabe mais estabelecer o certo e o errado com base na lei, deve, antes e sobretudo, verificar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados. Essa nova perspectiva de atuação retira o juiz de sua neutralidade e o politiza. (FERRAZ Jr., 1995, p.40-48)

A lei não seria mais o fundamento de validade do direito, mas sim a eficácia funcional do sistema, ou seja, o cumprimento das prestações conquistadas

pelo povo face ao Estado Social, sem contar que a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização das finalidades coletivas a serem realizadas.

A nova configuração do Poder Judiciário, como decorrência das novas tarefas assumidas pelo Estado Social e da modificação do fundamento de legitimidade das decisões estatais não implica necessariamente em sobreposição entre as esferas política e jurídica de atuação estatal, no sentido de substituição ou confusão. Embora atuem em espaços distintos, os sistemas político e jurídico não raro atuam sobre o mesmo objeto ou na mesma esfera de conflito, mas sempre atuando em freqüências e canais distintos. Assim, um completaria o outro, mas não se anulariam, tampouco haveria substituição ou confusão de um papel pelo outro. (CAMPILONGO, 200, P.120-126)

Portanto, se o sistema jurídico não pode substituir-se ao sistema político na escolha das políticas públicas, tem importante papel em efetivá-las, bem como em impor ao poder político, em caso de violação aos direitos e garantias fundamentais, uma atuação política que importe na imediata escolha e efetivação das políticas públicas que possam remediar ou frear a ofensa aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

2.1. A separação dos poderes, jurisdição constitucional e democracia

Atualmente, a análise da Separação dos Poderes implica uma importante discussão acerca da jurisdição constitucional e seus limites. Quando se fala em jurisdição constitucional, entende-se não apenas o controle de constitucionalidade exercido pelas cortes constitucionais, mas também o papel do Poder Judiciário na implementação dos direitos fundamentais de segunda e de terceira dimensões e das escolhas políticas assumidas pelo poder constituinte originário.

A atuação do Poder Judiciário como um todo, principalmente dos juízes de primeiro grau, revela-se muito importante. Basta perceber que é por meio da ação conjunta que se encontra o controle capitalizado das políticas públicas e como a atuação deste Poder contribui para o desenvolvimento e concretização da democracia.

O que primeiro favorece o debate sobre a relação entre a democracia e a jurisdição constitucional é, sem dúvida, a Constituição, que, ao longo do século XIX, deixa de ser mera carta política para se tornar um instrumento dotado de força normativa superior, capaz de determinar, inclusive, o comportamento dos legisladores. Isso, primeiramente, porque a jurisdição constitucional decorre da força normativa da Constituição, vez que, de certo modo, a força normativa da Constituição implica controle do Parlamento e do Executivo, na medida em que estes Poderes estão submetidos a ela.

A jurisdição constitucional é, antes de tudo, uma forma de efetivação da democracia. E esta afirmativa pode ser entendida quando se analisa historicamente a democracia, pois desde o seu início, o conceito e a idéia que se tem sobre democracia já mudou muito e continuará a mudar porque as sociedades que adotam este regime são sociedades distintas entre si. Observe-se o caso específico da sociedade grega, berço da democracia. A democracia grega fundava-se na igualdade de todos e na participação direta dos cidadãos. Já as democracias modernas, instauradas a partir das revoluções políticas do século XVIII, tiveram que lançar mão da idéia de representação. Este fato demonstra que o que é essencial para a democracia é a soberania popular, posto ser a representação do povo elemento acidental.

O ideal democrático, portanto, não se confunde com a representação popular. Indica, acima de tudo, soberania do povo e também não determina, por si só, um modelo de governo. Prova disso é que é possível ver em uma sociedade democrática com um regime monárquico. Isso é muito bem defendido por Montesquieu, ao afirmar que o Poder Executivo deve permanecer nas mãos do monarca:

O poder executivo deve permanecer nas mãos de um monarca porque esta parte do governo, que quase sempre tem necessidade de uma ação momentânea, é mais bem administrada por um do que por muitos; ao passo que o que depende do poder legislativo é, amiúde, mais bem-ordenado por muitos do que por um só. (MONTESQUIEU, 1997, p. 206)

Deve-se destacar que a divisão dos poderes proposta por Montesquieu admitia poderes inerentes ao monarca e à nobreza, que seria dividido com os poderes exercidos pelo povo por meio da assembleia. O poder do povo, segundo esta visão, seria exercido exclusivamente por meio de seus representantes e era dividido com os poderes exercidos pela monarquia e pela nobreza. O Poder Executivo seria exercido pelo monarca e o Legislativo pela nobreza e pelo corpo escolhido para representar o povo, “cada qual com suas assembleias e deliberações à parte e objetivos e interesses separados”. (MONTESQUIEU, 1997, p. 205)

A verdade é que a democracia representativa resultou fundamentalmente da exigência de ordem prática imposta aos povos que se emancipavam nas revoluções do século XVIII, vez que o número de cidadãos que compunha essas nações não admitia o exercício da democracia direta.

Com isso, é possível afirmar que o fundamento do ideal democrático instaurado nas revoluções políticas do século XVIII, inspiradas nas idéias iluministas, busca a limitação do poder em favor da soberania popular, não a representação política em si considerada, mas a limitação do poder em favor do povo, ainda que em detrimento do poder do monarca.

Uma das principais críticas que se opõe à jurisdição constitucional e à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle das políticas públicas é o Ronald Dworkin chamou de argumento da democracia. (DWORKIN, 2005, p. 76)

O argumento da democracia diz que a Constituição não pode ser interpretada por quem não foi eleito pelo povo para tanto. Este argumento remete o pensamento às seguintes perguntas: Como a Constituição será interpretada e efetivada por quem não tem legitimidade popular? Como se exerce a democracia? De onde vem a legitimidade do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição constitucional e para efetivação dos direitos e garantias fundamentais?

Do ponto de vista formal, a legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo para escolher e executar as políticas públicas, como do Judiciário para controlá-las, decorre da Constituição. Contudo, se argumenta que os Poderes Legislativo e Executivo têm uma legitimação especial que não é dada ao Poder Judiciário, ou seja, a escolha de seus membros por sufrágio universal, o que afasta a jurisdição constitucional do ideal democrático. Este argumento elege a representação popular como o único meio para o exercício da democracia e confere ao Poder Judiciário uma função meramente auxiliar na resolução de conflitos. Os críticos mais radicais do ativismo judicial argumentam que a atividade exercida pelo Judiciário no exercício da jurisdição constitucional e na implementação dos direitos fundamentais implica a supressão da participação popular. (JORGE NETO, 2009, p. 77)

Vale ressaltar, todavia, que o Poder Judiciário não atua independentemente dos princípios democráticos. Ao contrário, a atuação e o fortalecimento do Judiciário é corolário do Estado Democrático de Direito e, sem ele, não há democracia. O Judiciário apresenta-se como garantidor dos princípios da igualdade e da liberdade de pensamento, sem os quais a democracia não existe. A jurisdição constitucional é o instrumento que possibilita a participação direta do cidadão no processo de interpretação e a efetivação das normas constitucionais e representa limite dos poderes conferidos aos representantes do povo. Sem falar que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário funciona como instrumento de participação popular, vez que o povo legitima o sistema democrático não apenas no pólo ativo, de onde emana o poder do Estado; mas, sobretudo, enquanto destinatário das prescrições, deveres, direitos e funções de proteção dispensadas pelo Estado. Sem a possibilidade de questionamento, sem os meios para exigir a efetivação dos direitos, não se pode falar em direitos. A garantia de amplo acesso à jurisdição e a possibilidade de discussão de questões importantes para a sociedade que, antes eram monopolizadas pelos representantes do povo, importa, ainda, em restituição do poder político ao seu original detentor, que é o povo.

2.2. A função jurisdicional e as questões políticas

Sendo um dos Poderes do Estado, responsável pelo exercício de uma das três clássicas funções estatais, interpretando de modo bastante *lato*, a atividade jurisdicional é também uma atividade política, simplesmente pelo fato de ser uma atividade que diz respeito a *polis* e diz-se político tudo aquilo que diz respeito à *polis*.

Norberto Bobbio explica o significado do termo política, como derivado do adjetivo *polis*, tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, sociável ou social. Para Eduardo Bittar, o termo política tem relação com os modos de organização do espaço público, com as formas de gerenciamento da coisa pública, dos recursos a ela ligados e com a definição de critérios para o alcance dos fins comuns.

Rui Barbosa, por sua vez, ao definir o termo política, identifica como questões políticas aquelas que não podem ser decididas pelo Poder Judiciário nem por ele sindicalizadas. Posiciona-se, assim, no sentido de que as questões políticas nem sentido estrito, dizem respeito à margem de liberdade atribuída ao Executivo ou ao Legislativo para o exercício de determinados atos, com conveniência e oportunidade desse exercício, mas que, mesmo nestes casos, não se pode afastar o controle jurisdicional quando o ato político violar um direito individual constitucionalmente protegido. (JORGE NETO, 2009, p. 94)

Lourival Vilanova, discorrendo quanto à possibilidade de questões políticas serem objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, entende que não há distinção entre os atos políticos e os atos judiciais. Segundo ele, a partir do poder constituinte, todos os fatos políticos, no interior do ordenamento, são também fatos juridicamente qualificados; inexistindo questões meramente políticas desvestidas de juridicidade.

Embora essa discussão pareça não ter fim, é importante que se tenha em mente que as questões meramente políticas não podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário porque estão no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Esta discricionariedade é entendida pela doutrina

moderna do direito administrativo não mais um espaço totalmente imune à sindicalidade judicial, pois com o advento do pós-positivismo, mesmo o âmbito da discricionariedade está sujeito ao controle jurisdicional e deve conforma-se com os princípios ditados pela Constituição. Há, contudo, dentro deste conceito de discricionariedade, uma região que está imune ao controle jurisdicional: o mérito do ato administrativo. Isso ocorre, justamente, porque os critérios que definem o seu preenchimento não estão positivados nem nas leis nem nos dispositivos constitucionais.

No entanto, na defesa dos direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais) que são direitos com a mesma força normativa dos direitos individuais, sua proteção não implica invasão de competência dos Poderes Legislativo e Executivo. Trata-se de uma nova atuação do Poder Judiciário, determinada pelo pós-positivismo, que veio impor a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais, sejam individuais, coletivos ou difusos, de primeira, de segunda ou de terceira dimensões. A proteção desses direitos, muito freqüentemente, estará condicionada à adoção e implementação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e/ou Legislativo, o que implicará num conflito entre a discricionariedade desses dois poderes para planejar e conformar as políticas públicas e a implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário. (MORAES, 2008, p. 62)

Na obra *Uma questão de princípio*, Capítulo II intitulado *Os juízes políticos e o Estado de Direitos*, Ronald Dworkin entende que os juízes não podem se valer, em suas decisões, de fundamentos políticos. Os argumentos políticos teriam o uso restrito aos Poderes Legislativo e Executivo. Todavia, acredita Dworkin que o Poder Judiciário pode e deve se valer de argumentos de princípio, fundamentando suas decisões em argumentos de princípios, ou seja, nos princípios constitucionais, para determinar que sejam sanadas as ofensas aos direitos individuais. Os argumentos de princípios políticos, também chamados de argumentos de princípio de moralidade política e argumentos de procedimento político, seriam aqueles que recorrem aos direitos políticos dos cidadãos individuais, em uma aproximação, seriam os argumentos fundados naquilo que comumente chama-se de princípios

constitucionais. Já os argumentos de procedimento político seriam aqueles que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público, ou seja, aqueles que estariam no âmbito da discricionariedade do legislador e dos administradores, guardando uma íntima relação com a noção de conveniência e oportunidade das políticas públicas. Dessa forma, entende Dworkin que os juízes devem fundamentar suas decisões em fundamentos de princípios de moralidade política, de modo a assegurar os direitos individuais dos cidadãos. (DWORKIN, 2005, p. 3)

Assim, é possível dizer que o Poder Judiciário pode e deve assegurar os direitos fundamentais de segunda e terceira ainda quando se apresentem como direitos transindividuais, o que implica, muitas vezes, em assegurar a implementação das políticas públicas, limitá-las ou conformá-las, desde que, para isso, se utilize de argumentos de princípios. Agindo dessa maneira, o Judiciário não estaria questionando as políticas públicas em si mesmas, mas apenas os direitos que elas visam assegurar. O que o Judiciário não poderá invocar é a existência ou inexistência de uma política pública para o fim de decidir acerca da efetivação dos direitos fundamentais, mas poderá determinar que o Poder Público crie uma política pública e implemente-a dentro de espaço razoável de tempo, estabelecendo objetivos mínimos a serem alcançados pela atuação estatal, embora não possa determinar os meios de alcance desses objetivos.

Por fim, é importante que se tenha em mente que as políticas públicas não se apresentam como questões meramente políticas, uma vez que estas estão fora do âmbito da discricionariedade pelo Poder Judiciário e estão protegidas pelos espaços de discricionariedade estabelecidos pela própria Constituição e decorrentes do Princípio da Separação dos Poderes. Falar em políticas públicas é falar da possibilidade de concretização e efetivação dos direitos fundamentais e, dentro desta esfera, o Poder Judiciário, quando provocado pelo cidadão, é o poder responsável pela garantia desses direitos.

CAPÍTULO 3:

A DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO

3.1. A decisão judicial como discurso dialético

A decisão judicial é fruto de um procedimento constitucionalmente regulado, devendo observar princípios que assegurem às partes uma ampla participação no resultado final do processo.

Hans Kelsen, um dos maiores representantes do Positivismo Jurídico, entende que a decisão judicial é um ato de vontade do julgador, o qual pode escolher uma dentre as várias possibilidades que a moldura normativa lhe oferece. Quando fala em ato de vontade, Kelsen desconsidera todo um processo psíquico e social que precede e permeia a decisão. Esse normativismo Kelseniano, na tentativa de defender e firmar o Direito como ciência, busca expulsar do Direito tudo o que não pode ser considerado norma. Ao cientista do direito, diz ele, não cabe questionar se a escolha foi certa ou errada, mas apenas se está ou não dentro dessa moldura normativa.

O Direito a aplicar forma (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha essa moldura em qualquer sentido possível.

(...) Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente às várias soluções que (...) têm igual valor, se bem apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. (KELSEN, 2003, P.390-391)

No entanto, a decisão judicial não se impõe como uma vontade inteiramente autônoma, estando sujeita ao adstrita e racionalmente vinculada aos fundamentos jurídicos apresentados pelas partes. Pode-se dizer que a decisão é fruto de uma prática discursiva regulada segundo o princípio democrático de ampla participação do cidadão na formação da vontade do Estado-juiz.

O discurso dialético parte de premissas que são mais ou menos certas e aceitas por um público homogêneo, desenvolve-se no âmbito da probabilidade e está especialmente comprometido com a busca da verdade, da melhor solução possível. Esse discurso guia-se pela razão e conta com a boa-fé dos debatedores

que são capazes de admitir o erro e aceitar o melhor argumento, desde que estejam racionalmente convencidos. Aqui, os argumentos utilizados independem da vontade do destinatário, estão comprometidos unicamente com o seu convencimento racional. Há, nessa forma de discurso, um debate franco de idéias e todas as partes envolvidas estão procurando alcançar as melhores soluções para os problemas propostos sem estarem presas a paradigmas estabelecidos e aceitos. (DALLAS-ROSA, 2002, p. 35)

Desde Aristóteles, os discursos retórico e dialético são próprios das ciências práticas: ética, economia e política. O direito não se enquadraria aí, mas seria uma ciência hermenêutica, do entendimento correto. Cronologicamente, o direito estaria a um passo das ciências práticas e seria o resultado do direcionamento dado pelos políticos ao organismo social. Os discursos retórico e dialético seriam próprios do político na fase de elaboração das leis e ao juiz estaria reservado o discurso analítico, no qual a lei seria a premissa maior, os fatos a premissa menor e a decisão judicial, a conclusão. (CANARIS, 2002, p. 262-266)

Contudo, a complexidade da sociedade pós-moderna veio dar uma nova feição ao direito. O pós-positivismo transpôs muitas questões da esfera propriamente política para a esfera jurídica. Como os direitos fundamentais e os princípios jurídicos constitucionais são norma de textura aberta, seu sentido acaba sendo preenchido pelos anseios da própria sociedade, seja diretamente por meio da modificação, rejeição ou incorporação de novos valores à prática e aos costumes sociais, seja indiretamente pelas decisões judiciais.

Essa transposição de questões da esfera política para a esfera jurídica é resultado de uma impossibilidade de ordem fático-material que impede os parlamentos de regularem detalhadamente todos os princípios e direitos fundamentais. A tarefa, que antes era atribuída aos parlamentos, passa agora a ser uma preocupação do Poder Judiciário em favor da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

Diante disso, pode-se afirmar que o pensamento Kelseniano foi ultrapassado. Atualmente, não mais seria cabível o conformismo face às infinitas possibilidades de interpretação das normas. A idéia de legitimidade das decisões

judiciais envolve o respeito pela soberania popular e a racionalidade e previsibilidade das decisões. A idéia de racionalidade implica que as decisões judiciais sejam fundadas em argumentos conhecidos e entendidos por toda a comunidade de jurisdicionados, que esses argumentos possam ser refutados em um processo dialético e que o melhor argumento seja escolhido, conhecido e respeitado por toda a sociedade.

Assim, a idéia de racionalidade implica um discurso dialético. A lógica-formal teve de ser abandonada com a ilusão de que a lei seria capaz de prever e oferecer todas as respostas para os conflitos jurídicos. Hoje esses conflitos jurídicos, mais que conflitos de direito, constantemente traduzem-se em conflitos de valores, e, em inumeráveis casos, é o Poder Judiciário que vem fixando os valores jurídicos pelos quais a sociedade deve se pautar.

A decisão judicial, portanto, não é fruto da vontade isolada do juiz, mas é fruto de um processo dialético discursivo em busca da melhor solução para o caso. Ainda que as partes estejam posicionadas estrategicamente em busca de seus próprios interesses, acabam fornecendo ao julgador o conjunto de dados que é necessário para o deslinde da demanda. Por meio do julgador, as partes dialogam e expõem seus argumentos e o juiz retira dos argumentos o excesso e a parcialidade, procurando o que há neles de racional e verdadeiro. Com isso, elabora uma síntese dos argumentos, procurando dar ao caso a melhor solução possível. Percebe-se aqui, que a decisão judicial é abertura e discurso, embora se utilize de argumentos exclusivamente jurídicos. Abertura para a participação democrática dos cidadãos no preenchimento axiológico dos princípios constitucionais e discurso dialético pautado por uma argumentação racional que tem compromisso com a integração social, com o consenso e com a pacificação social. O que, sem dúvida, possibilita o consenso racional e o controle das políticas públicas pelos próprios cidadãos.

Dentro dessa perspectiva, seria possível dizer que a decisão judicial é fruto de um processo dialético que se realiza na micro esfera do processo judicial e está inserida em um processo dialético maior e na macro esfera de todos os processos e decisões judiciais em casos assemelhados. É esse processo dialético, formado por todos os órgãos jurisdicionais, que vai construir, sedimentar e

estabelecer os valores jurídico-sociais que guiarão da vida em sociedade. (JORGE NETO, 2009, p. 114)

O discurso dialético compatibiliza-se com o Estado Democrático de Direito, conferindo transparência às decisões judiciais e abrindo ampla margem de participação à sociedade na construção de valores jurídicos.

3.2. A decisão judicial como forma de legitimação do direito

A partir do século XX, a filosofia compreendeu que o conhecimento do mundo é mediado não só pelo sujeito isoladamente, mas também pela linguagem, ou seja, intersubjetividade dos sujeitos que compõem a comunicação de comunicação. O conhecimento não se dá na individualidade do sujeito que conhece, mas na intersubjetividade da comunidade de conhecedores, na medida em que a linguagem nada mais é que a comunhão de signos, cujos significados são compartilhados pelo conjunto da sociedade que é chamada de comunidade de comunicação. Esta é a reviravolta lingüística da razão. (HABERMAS, 2003, p. 27-33)

Pode-se dizer que a filosofia ocidental ao longo da história, esteve sob a égide de três paradigmas de pensamento para o enfrentamento do problema da verdade: o paradigma ontológico clássico de herança grega, o paradigma crítico-transcendental de formulação kantiana e o paradigma lingüístico que se estabelece por meio da lingüística da razão.

O paradigma ontológico clássico identificava a verdade com a coisa em si. Ainda que a coisa em si não estivesse imediatamente acessível, mas em um plano metafísico era possível ao homem por meio do conhecimento racional, alcançá-la. O pensamento clássico identificava o dever-ser ao ser.

Immanuel Kant propõe uma crítica transcendental da razão com fim a questionar as possibilidades da própria razão. O pensamento kantiano volta-se para a consciência do sujeito cognoscente, para a subjetividade do sujeito que buscava o

conhecimento da coisa em si, para saber das possibilidades da razão. Transcendental não significa para Kant o que está além do mundo físico, além da consciência do homem, mas o que é inerente à própria consciência humana e condicionante da razão. Kant conclui que o conhecimento está limitado pela subjetividade do sujeito cognoscente, pelas possibilidades da razão e do intelecto humano. Ou seja, o objeto do conhecimento não existe independente do sujeito, mas existe precisamente por intermédio do sujeito cognoscente e se apresenta de acordo com suas categorias de pensamento. Este objeto de conhecimento está limitado ao fenômeno, que se apresenta aos sentidos e que é possível de experimentação. (KANT, 1996, p.65)

Contudo, a reviravolta lingüística veio alterar o paradigma estabelecido por Kant e pela sua teoria do conhecimento, a qual foi o centro da filosofia moderna, mas que foi substituída pela filosofia da linguagem como reflexão sobre as condições lingüísticas do conhecimento humano. A partir de então, a linguagem apresenta-se como condição da filosofia e do conhecimento. Esta filosofia da linguagem vai determinar as possibilidades da própria filosofia e do conhecimento.

Habermas pensa o direito como o *médium* da tensão entre facticidade e validade em que vive permanentemente imersa a sociedade moderna. O direito é responsável pela estabilização do sistema social, quando instrumentaliza a coerção, o uso da força monopolizado pelo Estado, mas é também a instância de legitimação do ordenamento social quando opera com base em uma comunidade de comunicação fundada na teoria do discurso que assegura a todos os participantes os direitos fundamentais a ela inerentes. (HABERMAS, 2003, p. 27-33)

Para que o direito deixe de ter a incumbência de tais tarefas, Habermas propõe a substituição da razão prática pela razão comunicativa. Isso porque enquanto a razão prática está ligada às normas do agir subjetivo, a razão comunicativa desenvolve-se por meio do *médium* da linguagem e está ligada às normas do discurso intersubjetivo. A razão comunicativa, no pensamento de Habermas, apresenta-se como instância de validação e legitimação do direito, pressupondo, enquanto tal, o respeito aos direitos fundamentais dos participantes da comunidade de comunicação e a soberania popular, como decorrência da

autonomia da vontade dos participantes da comunidade de comunicação. É exatamente nesse sentido que Habermas advoga a fundamentação do direito nos direitos fundamentais e na soberania popular.

Ao discorrer sobre a diferenciação entre as sociedades tradicionais e as sociedades pós-tradicionais, Habermas diz que nas primeiras, a instância validadora do direito é meta-social, “o direito ainda se alimenta da força do sagrado religiosamente sublimado” (HABERMAS, 2003, p. 45). Isso significa que nas sociedades tradicionais, a validade das normas jurídicas é conferida por elementos que se encontram na própria sociedade, seja o direito natural racional ou divino, seja o poder absoluto do soberano, seja o poder constituinte histórico, firmado em um determinado momento revolucionário. Já nas sociedades pós-tradicionais, “as ordens normativas têm que ser mantidas sem garantias meta-sociais”, pois as instâncias de validade meta-sociais já não mais se compatibilizam com o pluralismo axiológico e com o multiculturalismo que são característicos das sociedades modernas. Disso decorre a permanente tensão entre a facticidade do direito, entendida como a coação de sanções exteriores, e a validade, entendida como a força unificadora de convicções racionalmente motivadas. (HABERMAS, 2003, p. 45)

Nessa visão, ao direito estaria reservado lugar de destaque como mediador da tensão social entre a facticidade e validade. Embora, muitas vezes o direito confira aparência de legitimidade ao poder ilegítimo, eis que, à primeira vista, ele não revela se as realizações de integração jurídica estão apontadas no assentamento dos cidadãos associados, ou se são frutos de fatores alheios aos interesses coletivos, como atendimento ao poder econômico de grupos sociais em detrimento do bem-estar comum.

A razão comunicativa e o discurso jurídico racional se estabelecem, nas sociedades pós-tradicionais, como os elementos capazes de conferir legitimidade ao direito, uma legitimidade que não é meta-social, mas está fundada na própria comunidade de cidadãos.

É por isso que o conceito de direito moderno – que intensifica e ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre a facticidade e validade na área do comportamento – absorve o *pensamento democrático*, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resguardada através da força socialmente integradora da “vontade unidade e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais. (HABERMAS, 2003, p. 53)

Para tanto, Habermas propões a aplicação do princípio do discurso ao *médium* do direito, o que dá origem aos seguintes direitos fundamentais, que se apresentam como verdadeiras condições de legitimação do direito:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*;
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntárias de parceiros de direito;
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;
- (...)
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo;
- (...)
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4). (HABERMAS, 2003, p. 159-160)

Como pode ser observado, Habermas não enfoca especificamente o sistema jurisdicional, embora deixe claro que o direito à postulação judicial e à existência de um sistema jurídico independente são condições necessárias para a aplicação do discurso ao *médium* do direito e para que o direito funcione como instrumento de legitimação do poder burocrático.

É nessa perspectiva que o direito funciona como instrumento de dominação, mas também como instância de legitimação do poder. O direito apresenta-se como o *médium* da tensão entre facticidade e validade, entre o poder

administrativo, monopolizado pelo estado, e o poder comunicativo, titularizado por todos os cidadãos, um conceito que poderíamos aproximar da soberania popular.

Por outro lado, os direitos fundamentais são condições necessárias para que o princípio do discurso possa ser aplicado ao *médium* do direito. Tratam-se de condições prévias e não de resultados.

Quando fala em Direito, Habermas fala no direito produzido pelo parlamento, no direito fabricado pela soberania popular. Contudo, o Direito é produzido, em larga medida, também pela atividade jurisdicional. Hoje, o Poder Judiciário é chamado a atuar em esferas que antes eram reservadas exclusivamente ao legislador ou ao administrador e dessa atuação resulta a produção jurídica.

Os direitos fundamentais que Habermas relaciona como condições para a aplicação do princípio do discurso ao direito têm conteúdo bastante vago. O preenchimento do sentido axiológico desses direitos fundamentais e sua efetivação dependem de uma atividade discursiva, seja por meio das lutas sociais, seja por meio das decisões judiciais.

Para Habermas, “o conteúdo da tensão entre a legitimidade e a positividade do direito é controlada na jurisdição como um problema da decisão correta e, ao mesmo tempo, consistente.” (HABERMAS, 2003, p.292) No entanto, a decisão correta e consistente não mais pode ser ditada pela hermenêutica jurídica clássica, apenas pode ser ditada em um contexto discursivo.

Habermas não deixa claro se a decisão judicial estaria também inserida no contexto do discurso. Quando fala em criação do direito, Habermas parece estar se referindo à atividade legislativa. Todavia, a participação do cidadão na vontade do julgador é um modo imprescindível para se assegurar a criação do direito legítimo. Decisão correta e consistente é uma decisão submetida ao discurso e ao consenso em uma comunidade de comunicação composta pela associação voluntária dos parceiros do direito, mais especificamente no que diz respeito à jurisdição, por todos aqueles que participam do processo judicial e por todos aqueles que sofrem os efeitos das decisões judiciais.

Assim, é possível dizer que o pensamento habermasiano e a retomada da teoria racional do discurso jurídico conferem ao Poder Judiciário um novo papel de

instrumento de legitimação da ordem jurídica. A jurisdição desempenha um papel de fundamental importância na construção da ordem jurídica, no preenchimento do sentido axiológico dos princípios constitucionais e na concretização dos direitos fundamentais em uma medida razoável ditada pelo discurso democrático.

3.3. A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy

A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy foi desenvolvida, em grande parte, com base na teoria consensual da verdade de Habermas. Esta teoria visa responder se é possível uma decisão judicial racionalmente correta.

Alexy desenvolve a teoria da argumentação jurídica e inicialmente analisa algumas teorias acerca do discurso prático e critica o pensamento de Hans Kelsen quanto à possibilidade de racionalidade das decisões judiciais. Segundo Alexy, “a concepção de Kelsen se baseia na convicção de que os juízes de valor e de dever não são suscetíveis de verdade ou fundamentáveis racionalmente, por isso, não podem ser objeto de tratamento científico”. (ALEXY, 2005, p. 211)

Em oposição ao pensamento de Kelsen, Alexy tenta demonstrar que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral. Contudo, a argumentação jurídica estaria limitada pelo direito vigente. Segundo ele, a teoria da argumentação jurídica deriva da teoria do discurso prático geral, mas sua liberdade é limitada pela lei, o precedente e a dogmática, e, no caso do processo, pelas leis processuais. No entanto, essas limitações não desmerecem a argumentação jurídica, ao contrário, tais limites fundamentam a necessidade de regras jurídicas. Com isso, faz-se a transição do discurso prático para o discurso jurídico.

As decisões jurídicas fundamentam-se em motivos que são desenvolvidos argumentativamente (argumentação jurídica). Para Alexy, a legitimidade das decisões jurídicas não é uma legitimidade meramente formal. Reconhece que as regras do discurso prático racional não são garantias de correção, nem tampouco

asseguram que seja alcançado o consenso definitivo e irrevogável, apenas aumentam a probabilidade do atingimento de um acordo racional quanto às questões práticas.

O pensamento de Alexy complementa o pensamento de Habermas, que vê o direito como um *médium* do discurso que se desenvolve na sociedade entre a comunidade de cidadãos. O direito institucionaliza o discurso prático e transforma-o em discurso jurídico e este, por sua vez, possibilita objetiva o discurso prático e encaminhar soluções em um tempo razoável, por meio de instrumentos, como o próprio processo judicial em seus diversos tipos e procedimentos.

A teoria da argumentação não assegura a correção das decisões judiciais, mas estabelece parâmetros que podem ser seguidos para assegurar a racionalidade da decisão judicial, ou que podem ser usados como critérios para aferir essa racionalidade. Assim, a decisão judicial que não segue tais parâmetros, carece de legitimidade e está sujeita à críticas pela sociedade aberta de interpretes da constituição.

Com isso, é possível concluir que a racionalidade da decisão judicial imposta pela teoria da argumentação jurídica tem importantes conseqüências. De um lado, possibilita o controle da legitimidade das decisões judiciais; de outro e em razão desse controle, legitima o Poder Judiciário a atuar, acionado pelas forças sociais, no controle das políticas públicas e na efetivação dos direitos fundamentais sociais de segunda e terceira dimensões.

CAPÍTULO 4:
OS LIMITES DO CONTROLE

Conforme já definido nos capítulos anteriores, as políticas públicas são programas de ação dos poderes públicos para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões. Acontece que, ao contrário dos direitos de primeira geração, qualquer decisão judicial que tenha por objeto os direitos difusos e coletivos terá uma abrangência significativa e implicará uma modificação em grande parte do modo de atuação estatal em determinada área. Quais os limites da intervenção?

As limitações são estabelecidas fundamentalmente por quatro fatores: em primeiro lugar será necessário saber se há, de fato, ofensa a direitos fundamentais determinada pela política pública implementada ou pela não implementação de uma determinada política pública. O segundo fator é a discricionariedade de meios, pois embora o Poder Judiciário possa determinar a cessação da ofensa mediante a execução de uma política pública, poderá dizer qual especificamente o meio deverá ser utilizado. O terceiro fator é a reserva do possível, ou seja, reais condições materiais de suprimento da ofensa, fator esse que é uma escusa legítima para o cumprimento de determinações judiciais, mas há de ser feita, conforme será demonstrado mais adiante, de modo mais adequado. O quarto e último fator é o mínimo existencial, pois quando estiver em risco, a intervenção do Poder Judiciário será sempre obrigatória, além do possível.

4.1. Políticas públicas e violação dos direitos fundamentais. A reserva de consistência

Diante de tudo que foi exposto até aqui, fica claro que o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário somente poderá ser efetuado quando houver ocorrido, de fato, uma violação dos direitos fundamentais.

Esses casos de violação dos direitos fundamentais sempre se verificam nas linhas das políticas públicas mais abrangentes e globais, tais como a política de habitação, a política de educação, a política de saúde. Decidir entre a destinação de

recursos para a construção de conjuntos habitacionais ou para o funcionamento da casa própria, por exemplo, é uma escolha que obedece muito mais a argumentos de princípios de procedimento políticos que a argumentos de princípios de moralidade política.

Essas escolhas não são escolhas entre concretizar ou não concretizar um direito fundamental, mas a como esses direitos fundamentais devem ser concretizados. Ao efetuar estas escolhas, o Poder Legislativo e o executivo não se fundam especificamente em princípios constitucionais, mas em alguma medida de bem-estar geral ou de interesse público que resultará da medida. É exatamente aqui que surge a reserva de consistência, a qual determina que “a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar”. (MORO, 2004, p. 221)

Na reserva de consistência, que normalmente refere-se ao controle de constitucionalidade dos atos normativos, exige-se que o julgador apresente argumentos substanciais de que o ato normativo impugnado é de fato incompatível com a Constituição. Nada obstante, a aplicação do mesmo raciocínio no controle da própria ação estatal que objetiva concretizar os princípios constitucionais.

Nesses casos, é necessária a verificação da ofensa específica aos direitos fundamentais, no âmbito das políticas públicas, para que o Judiciário possa controlá-las, modificando os objetivos traçados e impondo novos objetivos aos agentes públicos responsáveis pela implementação e elaboração das políticas públicas.

De regra, a ofensa específica aos direitos fundamentais ocorre não na eleição dos objetivos gerais traçados por uma determinada política pública, mas na sua fase de execução. Caso o serviço não funcione de modo adequado, o Poder Judiciário, uma vez provocado por quem tenha legitimidade para a ação, poderá estabelecer objetivos mínimos a serem alcançados, em um prazo razoável de tempo, para que a ofensa aos direitos fundamentais se faça cessar. Todavia, há de se atentar, que mesmo nesses casos, o julgador deverá estar sempre alerta para a reserva de consistência, ou seja, fazendo-se necessário que fique demonstrada a

insuficiência na escolha da política pública e a efetiva ofensa aos direitos fundamentais daí decorrentes.

Constatada a violação dos direitos fundamentais, o julgador ainda não estará autorizado a promover a intervenção judicial. Deve verificar se a intervenção é possível, necessária, e, além disso, se da intervenção resultará mais benefícios que prejuízos ao conjunto dos interessados e a toda a sociedade.

4.2. A reserva do possível e o princípio da proporcionalidade

A idéia de reserva do possível apareceu, pela primeira vez, em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 18 de julho de 1972. A questão em pauta dizia respeito à constitucionalidade da limitação do número de calouros admitidos ao curso de medicina da Universidade de Hamburgo e Munique face ao direito constitucionalmente assegurado a todos os alemães de livremente escolherem os locais de ensino para a sua formação. O Tribunal Constitucional decidiu que os direitos constitucionais individuais devem ser racionalmente limitados pelas possibilidades coletivas. (JORGE NETO, 2009, p.148)

Analisando o caso acima, percebe-se que há um conflito entre um direito fundamental individual reconhecido pela Constituição e as possibilidades dos serviços públicos estatais, enquanto mantidos pelos recursos da coletividade.

No caso do Brasil, especificamente falando, as cortes têm constantemente se deparado com esse conflito nas ações em que os autores reclamam tratamentos de saúde específicos, geralmente muito caros. Seria razoável exigir da coletividade o custeio de tais tratamentos? No caso das políticas públicas, nas quais estão em jogo direitos difusos, o que é mais razoável que uma determinada parcela da coletividade exija do Estado?

Ao analisar a reserva do possível, o julgador estabelecerá se os objetivos traçados para que a ofensa aos direitos fundamentais seja sobrestada são razoáveis e possíveis de serem atingidos pelo órgão público. Deverá analisar também se os

objetivos por ele traçados são adequados, necessários e proporcionais para a concretização dos direitos fundamentais.

Há, portanto, um juízo de possibilidade e um juízo de proporcionalidade. Este segundo deverá guiar o julgador no controle das políticas públicas; assim, além de materialmente possível, a intervenção judicial sobre as políticas públicas haverá de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Uma vez constatada que há possibilidade material para a concretização da medida judicial, o julgador há de se certificar se a medida que pretende adotar é adequada para suprimir a ofensa aos direitos fundamentais; se é exigível ou necessária, ou seja, se causa o mínimo de prejuízo possível aos demais direitos fundamentais, especificamente, à Administração Pública e às demais políticas públicas; e se de sua implementação resultará mais benefícios que prejuízos.

É importante destacar que o ônus da prova acerca das possibilidades materiais de implementação do pedido constante na inicial ficará a cargo do réu, ou seja, da pessoa jurídica de direito público responsável pela implementação das políticas públicas. O autor não tem condições de provar porque não conhece a fundo as limitações materiais, estruturais ou de qualquer outra ordem a que está sujeita o poder público.

Assim, ao apresentar a defesa, a pessoa jurídica de direito público poderá alegar a inexistência da alegada ofensa aos direitos fundamentais e/ou a impossibilidade de alcançar objetivos pretendidos com a inicial. É essa a ocasião em que os atos do poder público saem da esfera exclusiva dos gestores públicos e abrem-se para uma discussão com a sociedade legitimamente interessada na implementação das políticas públicas.

Quanto às possibilidades materiais para deferimento do pedido ou cumprimento da ordem judicial, é muito comum a defesa alegar a inexistência de recursos orçamentários. No entanto, a mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para a implementação das políticas públicas exigidas judicialmente, não é motivo suficiente para caracterizar a impossibilidade material ou jurídica. Nesses casos, o julgador deverá fazer um juízo de ponderação e, em sendo o caso, autorizar a transferência de recursos de uma rubrica orçamentária para outra. Esta

decisão não seria imposta ao poder público, mas tão-somente facultada, dada a discricionariedade dos meios.

Deve-se verificar que uma possível ordem judicial de transferência, ainda que facultada ao poder público, deve ser bastante cautelosa. O julgador deverá avaliar se a tal transferência será efetiva ou se acabará redundando em mais prejuízos para a administração pública. Neste caso, a reserva de consistência e os limites estabelecidos pela reserva do possível devem limitar a atuação do Poder Judiciário.

4.3. O mínimo existencial

O mínimo existencial está relacionado ao princípio da dignidade humana. Apresenta-se muito mais como uma idéia conceitual que como uma regra concreta que assegure a intervenção do Poder Judiciário e a adequada efetivação de determinadas políticas públicas. Entende-se que o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada “teoria do mínimo existencial”. (MARMELESTEIN, 2009, p. 314)

Por mais esforço que se faça, é impossível listar um conjunto de prestações materiais mínimas que o Estado estaria obrigado face ao cidadão por imposição da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Uma vez estabelecido que uma dada ofensa aos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões afeta o núcleo essencial desses direitos, ou seja, a dignidade da pessoa humana, o núcleo intangível que se confunde com o mínimo existencial, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário se impõe com maior força. E até mesmos os limites estabelecidos pela reserva do possível podem ser flexibilizados para que seja garantido o mínimo existencial.

Portanto, o mínimo existencial estará em constante tensão com a reserva do possível, sendo difícil estabelecer, de modo abstrato, qual deles e em que situações deverão prevalecer.

4.4. Os instrumentos processuais de controle

O principal instrumento processual de controle das políticas públicas pelo poder judiciário é a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985. Com a Constituição Federal de 1988, a ação civil pública ganhou *status* constitucional, vez que em seu artigo 129, inciso II, a CF/88 estabelece que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O Mandado de Segurança coletivo e o Mandado de Injunção são também importantes garantias constitucionais para o exercício e concretização dos direitos fundamentais. Contudo o Mandado de segurança Coletivo somente poderá ser manejado em se tratando de direito líquido e certo e o Mandado de Injunção quando a ausência de uma norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos fundamentais.

Também a ação popular, instituída pela Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, apresenta-se como instrumento processual para o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, embora muito mais limitado que a ação civil pública. Isso porque a ação popular é uma anulação ou a declaração de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, de entidades autárquicas, etc.

A ação popular, todavia, não tem por objeto uma obrigação de fazer ou não fazer, ou seja, não se prestará para obrigar o poder público a adotar uma política pública ou alterar uma política pública já adotada, muito embora possa servir para fazer cessar uma política pública inconstitucional ou que cause prejuízos ao erário. Seria oportuno salientar, que a ação popular é o único caso em que o direito brasileiro admite a defesa de um interesse difuso, qual seja, a adequada administração do patrimônio público, por um sujeito individual.

Constatada que há ofensa aos direitos fundamentais e que é necessária uma intervenção do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, independente da

antecipação da tutela e concessão de medida cautela, o julgador poderá conceder uma decisão interlocutória, com base no art.125 do Código de Processo Civil, determinando ao poder público que, em prazo razoável, apresente em plano de ação para sanar a ofensa.

Para fazer valer sua decisão, o Poder Judiciário poderá se utilizar das hipóteses previstas no art. 461, parágrafo 4, do Código de Processo Civil, da pena imposta pelo art. 14, CPC, e até da condenação em litigância de má-fé (art.17, CPC). Com efeito, o poder público tem o dever de prestar essas informações.

Por fim, haja vista que as ações judiciais para o controle das políticas públicas devem ser submetidas a um discurso racional democrático, devem ser privilegiadas as soluções construídas através do consenso, ou seja, o julgador deve preferir, sempre que possível, o acordo judicial ou extrajudicial, ao julgamento da ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento do Estado Social trouxe novos e importantes desafios ao direito. Não se cuida mais de proteger e promover apenas os direitos subjetivos individuais. Os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão ganharam enorme força a partir do Estado Social e reclama, desde então, proteção e concretização.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 optou de modo bastante claro pela possibilidade de proteção dos direitos de segunda e terceira dimensões, tanto que, em seu art. 129, inc.III, instituiu a ação civil pública como instrumento de proteção dos direitos difusos e coletivos e atribuiu ao Ministério Público o papel de guardião destes direitos.

Os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões normalmente de apresentam como direitos transindividuais, sua concretização depende da adoção e efetivação de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo. As políticas públicas, fundamentalmente, se caracterizam-se por qualquer fazer estatal para a concretização dos direitos fundamentais, sejam originados por atos administrativos ou não, tenham ou não planejamento prévio.

O controle das políticas públicas, por sua vez, é o controle de um fazer estatal ou de uma inoperância por parte do Estado, motivado pela proteção dos direitos fundamentais. A proteção desses direitos implica a reorganização da clássica divisão dos poderes. Nessa linha, o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário não só é possível, mas também exigível. Assim, o Judiciário é chamado a assumir uma nova função, cumprindo a ele oxigenar a democracia e funcionando como canal que aproxima o povo dos poderes que o representam.

A decisão judicial também não mais se concebe como fruto da vontade do julgador, resultante do livre convencimento motivado, mas acima de tudo como resultado de um discurso racional democrático onde atuam, diretamente, no caso específico do controle das políticas públicas, os poderes públicos e os representantes da sociedade, e, indiretamente, toda a sociedade por meio do diálogo que se estabelece entre toda a coletividade por intermédio das decisões judiciais dos mais diversos órgãos jurisdicionais.

Ocorre que ao exercer este controle, ao Poder Judiciário não caberá dar soluções prontas, mas deverá promover e construir as soluções juntamente com as partes, ou seja, juntamente com os poderes públicos e os representantes da sociedade, tornando obrigatória a efetivação da solução construída. O processo judicial, então, servirá como desenvolvimento do discurso racional democrático.

Ainda que a decisão judicial seja entendida como um discurso racional democrático não pode tudo. Há limitações decorrentes das próprias possibilidades materiais do poder público e dos instrumentos processuais disponíveis.

Esses limites podem ser sintetizados basicamente nas seguintes categorias: reserva de consistência, reserva do possível e discricionariedade dos meios. De acordo com a reserva de consistência, a decisão judicial há de ser consistente, ou seja, o Poder Judiciário somente poderá intervir nas políticas públicas quando tiver condições de afirmar, consistentemente, que há violação aos direitos fundamentais.

Diante da violação, o julgador deverá estar atento à reserva do possível, ou seja, às possibilidades materiais do órgão público e respeitar a discricionariedade de meios.

No que diz respeito às limitações referentes aos instrumentos processuais disponíveis, duas merecem ser atentamente consideradas. De um lado, a legislação infraconstitucional que prevê basicamente um instrumento para a defesa dos direitos difusos e coletivos, qual seja, a ação civil pública; de outro, o rol de legitimados para a ação não é tão extenso quanto deveria de ser por força do princípio democrático. Ora, considerando que os direitos difusos e coletivos são tão merecedores de proteção quanto os direitos subjetivos, uma limitação processual à sua proteção ofenderia o princípio do amplo acesso à jurisdição. Eis que só há direitos se houver possibilidade de protegê-los.

Uma decorrência lógica do princípio do amplo acesso à jurisdição é que a possibilidade de proteção dos direitos não decorre da existência de instrumentos processuais específicos ou de uma especial legitimação infraconstitucional dos interessados, mas da própria existência desses direitos. Quaisquer instrumentos processuais, previstos ou não na Constituição, tais como o mandado de segurança

coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e até mesmo as ações ordinárias e cautelares são instrumentos legítimos.

Por fim, o princípio democrático importa que a participação popular seja ampla, prova disso, é que os legitimados para a defesa dos direitos difusos e coletivos não podem ser limitados por normas infraconstitucionais. A legitimidade poderá ser verificada pelo próprio julgador, tendo em vista a relação entre o objeto da ação e a parte que ingressa em juízo para a defesa do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 7. ed. Madrid: Universidade de Madrid, 1988.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1987.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Ética à Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 1999.

BARCELLOS, Ana de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **As relações da filosofia do direito com a experiência jurídica**. Uma visão dos séculos XVIII, XIX e XX. Algumas questões atuais. RF, v.351,2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (org). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.1-48.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional e transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O avesso do direito**. Revista Consulex, v.19, 1998.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro & BRITO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **A globalização: conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. **A Justiça em Aristóteles**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à função**. São Paulo: Manole, 2007.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **O positivismo jurídico**. São Paulo, Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria Constitucional da democracia participação: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica e por uma repolitização da legitimidade**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do estado**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSON, Gerson de Brito Mello. **Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional – direito constitucional internacional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. **Governo representativo versus governo de juizes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico.** In. Revista de Direito Constitucional e Internacional. N. 30. jan-mar/2000. p.120-126.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (organizador). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito administrativo e constitucional.** São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 345-346.

_____. **Novas funções judiciais no estado moderno.** In: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. N. 1/1989.p.189-202.

CORREAS, Oscar. **Crítica da ideologia jurídica.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1995.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional.** São Paulo: Landy, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça.** Trad. De Antonio Pinto Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1960.

_____. **Lições de filosofia do direito.** 5 ed. Trad. Antonio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

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

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 10. ed. São Paulo: Perspectiva, 1993.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **Teoria da norma jurídica**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social**. Trad. Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Editora UNESP, 1998.

HABERMAS, Juergen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. 1. 2. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERLE, Peter. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O controle jurisdicional das políticas públicas – concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

_____. **O problema da justiça.** Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O que é justiça?** Trad. Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude.** Trad. Jussara Simões. Bauru: EDUSC, 2001.

_____. **Justiça de quem? Qual racionalidade?** Trad. Marcelo Pimenta Marques. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2.ed.São Paulo, Atlas, 2009.

MARQUES, Franciane de Fátima. **A Justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial.** São Paulo: Editora Método, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis.** Vol.1. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

MONTORO, A. F. **Introdução à ciência do direito.** Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 23, 1995.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direitos humanos fundamentais.** 8.ed.São Paulo: Atlas, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eutálio José Porto de. **A ilusão da lei**. São Paulo 2002. 130p. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PEGORARO, Olinto A. **Ética e Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1995.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. **Uma Teoria de Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rómole Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Trab. Edson Bini, São Paulo: Edipro, 2003.

SANTOS, Bento da Silva. **Virtude e dever nas teorias éticas modernas**: naufrágio e sobrevivência de uma novidade antiga. Síntese. Revista de Filosofia, Belo Horizonte: v. 28, n. 92, p. 327-357, 2001.

SILVA, José Gomes. **Princípio Dispositivo e o papel do juiz**: a procura de um equilíbrio. São Paulo, 2006. 230p. Tese (Doutoramento em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado**. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Ano 7.n.29. out-dez/1999. p. 66-71.

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

