

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGDIR/UFES  
MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

LÍVIA REGINA SAVERGNINI BISSOLI LAGE

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E CONTROLE JUDICIAL

VITÓRIA, 2010.

LÍVIA REGINA SAVERGNINI BISSOLI LAGE

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E CONTROLE JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós - - Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Doutor Hermes Zaneti Júnior

VITÓRIA, 2010.

LÍVIA REGINA SAVERGNINI BISSOLI LAGE

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E CONTROLE JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Estado do Espírito Santo como requisito parcial  
para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Professor Doutor Hermes Zaneti Júnior  
Universidade Federal do Espírito Santo  
Orientador

---

Professor Doutor Marcelo Abelha  
Rodrigues  
Universidade Federal do Espírito Santo

---

Professora Doutora Ada Pellegrini  
Grinover  
Universidade de São Paulo

## FICHA CATALOGRÁFICA

Lage, Lívía Regina Savergnini Bissoli

Direitos fundamentais sociais e controle judicial / L.Lívía – ed. rev. – Vitória, 2010.  
171p.

Dissertação (Mestrado) - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil

1. Separação de Poderes. 2. Controle judicial da efetivação de direitos fundamentais sociais. Aspectos processuais. Universidade Federal do Espírito Santo - Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil.

*[...] o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.*

*Luís Roberto Barroso*

*Vivemos esperando  
O dia em que seremos para  
sempre  
Vivemos esperando...  
Dias melhores prá sempre!*

*Jota Quest*

*À Mamãe, com todo amor  
e carinho.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Hermes Zaneti Júnior por ter, em todos os momentos ao longo dos dois últimos anos, conduzido a orientação com brilhantismo;

aos professores do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, em especial, ao Professor Francisco Vieira Lima Neto e às Professoras Valesca Raizer Borges Moshen e Adrina Pereira Campos, pela constante atenção;

ao Professor Marcelo Abelha Rodrigues, exemplo de dedicação à vida acadêmica e à docência, pelas primeiras linhas de Direito Processual Civil durante a Graduação e pelo acompanhamento sempre presente durante os anos do Mestrado;

à Professora Ada Pellegrini Grinover, por ter oportunizado minha participação no grupo de estudos sob a sua coordenação, junto ao CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, acerca do tema ora desenvolvido;

à Doutora Trícia Navarro Xavier, pelo incentivo contumaz (!) para que eu me inscrevesse no processo seletivo deste Mestrado;

ao Doutor Camilo José D'Ávila Couto, pela motivação e pela alegria sempre presente durante o difícil trabalho desenvolvido junto à Segunda Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, nos anos de 2008/2009;

ao Desembargador Namy Carlos de Souza Filho, pelo amparo nos momentos que antecederam o depósito desta Dissertação;

à Mamãe, pelo amor e pelo apoio perseverante e incondicional;

a minha Madrinha – Madim, pela confiança e incentivo;

a Bernardo Menezes dos Santos Neves, por ter suportado minhas ausências com amor e paciência;

aos amigos queridos (Andréa, Eloy, Ícaro, Ivana, Larissa, Leonice, Marquinhos, Míriam, Waleska e tantos outros), por saberem que a verdadeira amizade prescinde do contato diário, e pela solidariedade durante os poucos momentos de lazer que tivemos juntos nos últimos dois anos;

aos amigos de trabalho, pela compreensão.

## RESUMO

A presente dissertação visa analisar o papel criativo do Poder Judiciário no Estado Democrático Constitucional pertinente à efetivação dos direitos fundamentais sociais, mediante as políticas públicas. Nesse sentido, cumpre aos magistrados a guarda da Constituição, que não apenas expressa os fatores reais de poder, mas deve ter uma força normativa capaz de mudar a realidade ontológica. Afinal, uma democracia não é composta apenas por suas maiorias transitórias, sendo premente a proteção das minorias também amparadas pelo texto constitucional. Sendo assim, o Judiciário deverá controlar a atuação dos demais Poderes, através do sistema de pesos e contrapesos, quanto à observância das normas constitucionais, das quais deve ser extraída a máxima eficácia. Estabelecidas as premissas sobre a possibilidade do controle judicial das políticas públicas, analisou-se a estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais que geralmente estão veiculados na forma de princípios e poderão se apresentar tanto como direitos subjetivos individuais quanto como direitos metaindividuais. Em seguida, esclareceu-se sobre o sopesamento que deverá ser utilizado para a solução da colisão entre princípios de direitos fundamentais. Foram traçadas premissas acerca dos limites a que estão sujeitos os juízes na atividade de controle das políticas públicas. Dessa maneira, avaliou-se a reserva do possível, vista como restrição externa ao direito fundamental e apreciou-se o controle judicial da discricionariedade administrativa. A obrigatoriedade de fundamentação racional das decisões judiciais foi examinada, pautando-se nos princípios da publicidade e do contraditório, este último compreendido como direito de influência (partes) e dever de debates (juiz). Também foi compreendido que a jurisprudência é fonte primária do Direito, ao densificar o conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Ao final, analisaram-se alguns aspectos da admissibilidade e do procedimento das ações para controle judicial de políticas públicas, em cotejo com as decisões proferidas por diversos tribunais do país.

**Palavras chaves:** separação de Poderes – direitos fundamentais sociais – políticas públicas – controle judicial – reserva do possível – mínimo existencial – discricionariedade administrativa – reserva de consistência – densificação de jurisprudência.

## **ABSTRACT**

The present thesis aims to analyze the creative role of the Judiciary in the Democratic Constitutional State in what it refers to the basic social rights accomplishment, through policies. Therefore, is judges duty's the guard of the Constitution, which not only express the real factors of power, but must have a normative force able to change the ontological reality. After all, a democracy is not composed only by its transitory majorities, being very important the protection of those minorities also supported by the constitutionals clauses. Thus, the Judiciary must control the performance of the other branches, throughout the checks and balances system in what it refers to constitutional directives observance from whom must be extract the maximum efficiency. Established the premises on the possibility of the judicial control of the policies, the next step was the analysis of the normative structure of social rights, which can be principles and can be presented as subjective individual rights or collective rights. Soon after, the thesis clarified concerning the proportionality, that will have to be used for the solution of the collision between principles of fundamental rights. Premises concerning the limits of the judge discretionary power had also been traced in the activity of control of the policies. The study also discussed about the institute of the possible resource, commonly seen as an external restraint to the fundamental right; as well as the judicial control of the administrative discretionary power. Obligatoriness of the sentence rational motivation has been also debated, either for the publicity of the decisions, either for the adversary system, understood as a right of influence and a duty of debates (judge). It's been also understood that jurisprudence takes part as a primary source of law, when assume the role of enhancing the fundamental social rights content. After that, it's been also analyzed some topics concerned to the procedural judicial control of policies, in comparison to decisions pronounced by diverse courts of the country.

**Keywords:** separation of Powers – fundamental social rights – policies – judicial control – possible resource – minimum existential – administrative discretionary power – reserve consistency – densification of jurisprudence.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AG	Agravo de Instrumento
ACP	Ação Civil Pública
AgRg no REsp	Agravo Regimental do Recurso Especial
art.	artigo
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
DJ	Diário de Justiça
DJe	Diário de Justiça eletrônico
EC	Emenda Constitucional
ECRIAD	Estatuto da Criança e do Adolescente
HC	Habeas Corpus
IF	Intervenção Federal
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
LC	Lei Complementar
LONMP	Lei Orgânica Nacional do Ministério Público
MC	Medida Cautelar
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RHC	Recurso em Habeas Corpus
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
RN	Rio Grande do Norte
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUS	Sistema Único de Saúde
TAC	Termo de Ajuste de Conduta
TJES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF4	Tribunal Regional Federal da Quarta Região

# SUMÁRIO

**AGRADECIMENTOS**

**RESUMO**

**ABSTRACT**

**LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>1 O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO E A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES</b> .....	16
1.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: DO MECANICISMO JUDICIÁRIO PARA O <i>JUDICIAL ACTIVISM</i> .....	16
1.2 ANTIJUDICIARISMO NO BRASIL.....	26
1.3 NOVOS CRITÉRIOS DE LEGITIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO: <i>JURIDICIDADE E CHECKS AND BALANCES</i> .....	27
<b>2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PROGRAMAS E AÇÕES PARA O ATINGIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO</b> .....	38
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA.....	38
2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	43

2.3 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	49
<b>3 LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>56</b>
3.1 RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL.....	56
<b>3.1.1 Restrições aos direitos fundamentais.....</b>	<b>56</b>
<b>3.1.2 Reserva do possível: limite imanente dos direitos fundamentais sociais ou restrição externa aos direitos fundamentais sociais? .....</b>	<b>57</b>
3.1.2.1 RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE IMANENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS .....	57
3.1.2.2 RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	62
<b>3.1.3 Conceito de reserva do possível.....</b>	<b>64</b>
<b>3.1.4 Garantia do núcleo essencial do direito fundamental .....</b>	<b>66</b>
3.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	73
3.3 RESERVA LEGAL .....	93
3.4 RESERVA DE CONSISTÊNCIA.....	97
<b>3.4.1 Princípio da publicidade .....</b>	<b>98</b>
<b>3.4.2 Princípio do contraditório .....</b>	<b>99</b>
<b>3.4.3 Dever de motivação das decisões judiciais .....</b>	<b>104</b>
<b>4 A DENSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS: ADMISSIBILIDADE E PROCEDIMENTO DAS AÇÕES PARA CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>109</b>

4.1	ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES PARA CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO .....	113
4.1.1	<b>Possibilidade jurídica da demanda</b> .....	113
4.1.2	<b>Interesse de agir</b> .....	115
4.1.2.1	INTERESSE DE AGIR - ADEQUAÇÃO .....	116
4.1.2.2	INTERESSE DE AGIR - NECESSIDADE .....	119
4.1.3	<b>Legitimação</b> .....	121
4.1.3.1	LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS .....	121
4.1.3.2	LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	122
4.1.3.2.1	<i>Ministério Público</i> .....	125
4.1.3.2.2	<i>Defensoria Pública</i> .....	129
4.1.3.2.3	<i>Pessoas jurídicas de direito público</i> .....	130
4.1.3.2.4	<i>Associações</i> .....	131
4.1.3.3	LEGITIMAÇÃO PASSIVA .....	133
4.2	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E RESERVA DO POSSÍVEL .....	135
4.3	SANÇÕES APLICÁVEIS EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA QUE DETERMINA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL .....	138
4.3.1	<b>Cumprimento da tutela específica: técnicas sub-rogatórias e coercitivas</b> .....	138
4.3.1.1	TÉCNICAS SUB-ROGATÓRIAS .....	138
4.3.1.2	TÉCNICAS COERCITIVAS .....	139
4.3.2	<b>Configuração de ato de improbidade administrativa, de crime de responsabilidade e de crime de desobediência para o administrador que descumpra ordem judicial em ação de controle da adequação das políticas públicas</b> 140	
4.3.3	<b>Decretação de intervenção federal ou estadual</b> .....	145
	<b>CONCLUSÕES</b> .....	147

<b>REFERÊNCIAS</b> .....	155
--------------------------	-----

## INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra mundial, as ideias jusnaturalistas voltaram a ter destaque no mundo jurídico, desenvolvendo-se a noção de uma legalidade constitucional a limitar o poder constituinte soberano. A “descoberta” desses princípios constitucionais passou a ser trabalho dos juízes que, ao interpretar o texto constitucional, devem desenvolver o conteúdo da norma no caso concreto.

Tal tarefa interpretativa teve ainda maior ênfase e ensejou maiores questionamentos com o reconhecimento da existência de direitos positivos, ou seja, daqueles direitos cuja efetivação depende da prática de uma atividade pelos Poderes Públicos, e não de uma abstenção, como, por exemplo, os direitos fundamentais sociais.

Diante da contínua e reiterada omissão do administrador e do legislador na efetivação dos direitos fundamentais sociais e da conseqüente transformação dos textos constitucionais em cartas de promessas, ao Judiciário incumbiu, mediante o sistema dos *checks and balances*, o dever de controlar a inércia das demais esferas de Poder para garantir a força normativa da Constituição.

O Judiciário, portanto, recebeu a tarefa de proteger as minorias das maiorias transitórias, e passou a ter um papel importante na criação do direito: abandonando-se a ideia de silogismo puro e simples, na elaboração da decisão judicial, e admitindo-se que o magistrado não apenas revelava o conteúdo oculto da norma, surgiram novas dúvidas relativas à legitimidade e aos limites da atuação desse Poder.

# 1 O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO E A DINÂMICA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

## 1.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: DO MECANICISMO JUDICIÁRIO PARA O “*JUDICIAL ACTIVISM*”

*“tudo o que era sólido e estável, se desmancha no ar”*

*Karl Marx e Friedrich Engels<sup>1</sup>*

Durante a Idade Moderna entrou em crise a ideia de uma ordem social dada por natureza, uma vez que a técnica cientificamente orientada - reconstrução da natureza, matematizada e geometrizada pela razão - provocou uma reestruturação da produção e da economia.

Especialmente com o advento do capitalismo e com a transformação do sistema de produção que incentivou a competição e possibilitou a mobilidade social, práticas e tradições que antes eram consideradas naturais e eternas, foram demolidas. Daí a famosa frase de Marx e Engels: “tudo o que era sólido e estável, se desmancha no ar”<sup>2</sup>.

Houve o rompimento da ordem rígida e hierarquizada, característica da Idade Média e a valorização do indivíduo. Por essa razão, o foco do pensamento jurídico passou a ser o indivíduo com traços humanos universais, especialmente como ser racional, livre, e assim, sob um ponto de vista, igualitário.

O Direito deveria, por conseguinte, criar condições externas para que cada um tivesse um comportamento moral e construísse a sua própria felicidade. Surgiu, nesse ponto,

---

<sup>1</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*: edição comemorativa dos 150 anos do texto integral. Tradução da equipe de tradutores das Edições Progresso (Moscou). Organização, revisão técnica e prefácio de Edmilson Costa. Apresentação de Annibal Fernandes. Bauru: EDIPRO, 1998. (Série Clássicos). p. 71.

<sup>2</sup> MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*: edição comemorativa dos 150 anos do texto integral. Tradução da equipe de tradutores das Edições Progresso (Moscou). Organização, revisão técnica e prefácio de Edmilson Costa. Apresentação de Annibal Fernandes. Bauru: EDIPRO, 1998. (Série Clássicos). p. 71.

um problema: se a ideia central era o indivíduo, portanto, fragmentada a realidade, como então, dar suficiente coesão à sociedade para a formação dos Estados Nacionais? A resposta foi a criação das teorias contratualistas: se a tradição já não era mais suficiente para agregar as pessoas, a vinculação social passou a ser representada pelo contrato social firmado entre indivíduos autônomos e iguais<sup>3</sup>.

Com efeito, o Estado-Leviatã de Thomas Hobbes justificou, teoricamente, as monarquias absolutistas da Europa. Tal doutrina afirmou que os indivíduos, para superar a miserável condição do estado natural, deveriam abdicar de todos os seus direitos e de sua liberdade em prol da constituição de um Estado e em favor de um soberano, que não se sujeitaria às regras do pacto social.

Entretanto, se as monarquias absolutistas tiveram papel importantíssimo na formação dos Estados Nacionais e no desenvolvimento da burguesia incipiente, com o tempo se tornaram fardos para o desenvolvimento do comércio e da ciência, diante dos desmandos do monarca, então sacralizado, e do crescente déficit do Estado. A Revolução Francesa (1789), nesse caminhar, marcou o fim do Antigo Regime e o desmoronamento das monarquias absolutas. Consequentemente, as ideias republicanas de Locke puderam ser melhores difundidas.

Sabe-se que Locke afirmava a existência do Estado com o objetivo de proteger a propriedade<sup>4</sup> dos indivíduos, essa vista como um direito pré-existente ao próprio Estado, um direito natural. O soberano, nesse caso, também se submeteria às leis criadas pelo corpo político:

[...] a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo no mundo, é, na realidade, incompatível com a sociedade civil, não podendo ser considerada uma forma de governo civil, uma vez que o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e contornar os inconvenientes do estado de natureza [...]. Onde quer que as pessoas não disponham de semelhante autoridade a que recorrerem para arbitrar nas disputas entre elas, estarão elas no estado de natureza; e é essa a

---

<sup>3</sup> Não é o objetivo, deste trabalho, analisar as diferentes teorias contratualistas, que podem conduzir, ora à monarquia totalitária, como em Thomas Hobbes – *O Leviatã*, ora à república, como em John Locke - *Segundo Tratado sobre o Governo*, sobre o tema, cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

<sup>4</sup> Locke entende propriedade como sendo a vida, a liberdade e os bens dos indivíduos. Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 69 e 92 e ss.

condição em que se encontra qualquer príncipe absoluto em relação aos que estão sob seu domínio<sup>5</sup>.

A lei, portanto, era vista como expressão maior do pacto social e símbolo da coesão da sociedade, agora desagregada pelas diferentes religiões e pela desmistificação da natureza. Por isso a importância em cumprir a lei e, em exigir que o Estado-juiz somente a declarasse.

Nessa esteira, é importante lembrar a teoria da separação dos poderes sistematizada por Montesquieu, a qual afirmava a necessidade de que o “poder contenha o poder”<sup>6</sup> para que o cidadão não fique sujeito ao arbítrio:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares<sup>7</sup>.

Sendo assim, Montesquieu asseverou que a liberdade “é o direito de fazer tudo aquilo que as leis facultam”, pois “se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, uma vez que os outros teriam também esse poder”<sup>8</sup>.

E ao associar-se a ideia de liberdade à de legalidade, Montesquieu instituiu o império absoluto da lei diante do cidadão que só é livre ao cumpri-la. Em decorrência desse

---

<sup>5</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 71.

<sup>6</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 165.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.

<sup>8</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 164.

raciocínio, os juízes são vistos como “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força, nem o rigor”<sup>9</sup>.

O Judiciário, portanto, se torna um poder “nulo”, reduzido “a uma cega e inanimada ‘máquina’ caça-níqueis de aplicação das leis a casos individuais, indiferente à realidade”. O magistrado, pois, diante da lei, só possui “uma única e ‘correta’ interpretação”<sup>10</sup>: é a infalibilidade absoluta da lei<sup>11</sup>.

Observa-se que a lei, como “última expressão do Espírito do Povo”<sup>12</sup>, representava a segurança jurídica necessária para a aplicação do direito natural, ou seja, direito inerente à natureza humana. Por essa razão, as antigas práticas<sup>13</sup> do direito comum foram abolidas em prol de uma total vinculação dos representantes do Estado (sejam eles juízes ou, ainda, o próprio soberano) às disposições legais.

Iniciou-se, assim, um intenso movimento de codificação na Europa Continental. Os primeiros códigos iluministas<sup>14</sup> foram o *Codex Bavaricus*, de 1756, de Max José III, da

---

<sup>9</sup> MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 172.

<sup>10</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 99, v. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003. p. 137.

<sup>11</sup> A lei era vista como expressão maior da vontade do povo, e, por isso mesmo, deveria ser cegamente obedecida, sob pena de se ver quebrado o pacto social. Esse entendimento pode ser extraído da seguinte passagem de Rousseau: “[...] não é mais necessário perguntar a quem compete fazer leis, pois que elas são atos da vontade geral; nem se o Príncipe está acima das leis, pois que ele é o membro do Estado; nem se a lei pode ser injusta, pois que ninguém é injusto contra si mesmo; nem de que modo se é livre e sujeito às leis, pois que elas são apenas registros de nossas vontades”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do Direito Político*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2003. p. 60. Ost classifica o magistrado “boca da lei” como o juiz jupiteriano, que tem a lei como centro do Ordenamento Jurídico de onde “emana toda a justiça”. Ou seja, o que importa é a validade da norma, e não seu conteúdo. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, p. 169-194.

Disponível

em:

<<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/Sirvobras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14-11.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2008. p. 170.

<sup>12</sup> REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 99.

<sup>13</sup> Sobre o método de julgamento do “ius commune”, assim afirma Picardi: “No direito comum a doutrina da interpretação encontrava a sua norma de reconhecimento na equidade, e não na vontade do soberano. A interpretação consistia num concurso de autoridades e de razões, era exercitada segundo as técnicas de uma razão dialética, social e justificativa” [tradução nossa]. PICARDI, Nicola. Il giudice e la legge nel *Code Louis*. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, p. 33-48, 1995. p. 45. Cf. também PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civil, 1667)*. Tradução de Débora Holenbach. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 93.

<sup>14</sup> Picardi afirma que o “Code Louis”, de 1670, apesar de ainda vinculado ao Antigo Regime, já sinalizava a tendência em limitar os poderes dos magistrados e a interpretação judicial, sendo, por conseguinte, o embrião da concepção do juiz “boca da lei”. PICARDI, Nicola. Il giudice e la legge nel *Code Louis*.

Baviera; o Código Josefino, de 1786, de José II, da Áustria; e o Código Civil da Prússia, de 1794, de Frederico, o Grande<sup>15</sup>.

Portugal, também foi influenciado por tal movimento quando, em 1769, o Marquês de Pombal editou a Lei da Boa Razão. Malgrado não consistisse num código propriamente dito, a Lei da Boa Razão unificou os variados ordenamentos existentes no Reino e proibiu a utilização dos antigos métodos interpretativos do *ius commune*<sup>16</sup>, como a Glosa de Acúrsio e os Comentários de Bártolo<sup>17</sup>.

A codificação iluminista mais importante, por sua vez, foi o Código Napoleônico de 1804. Altamente sistemático, teve a pretensão de legislar sobre todas as situações da vida: uma verdadeira “constituição da vida privada”. E justamente por possuir essa intenção, a de ser a constituição da vida privada, o Código não possuía dispositivos que permitissem interpretações mais casuísticas, como princípios e cláusulas gerais<sup>18</sup>.

---

*Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, p. 33-48, 1995. p. 48. Com efeito, o Código de Luiz XIV proibia a atividade interpretativa dos magistrados, os quais estavam obrigados a consultar o príncipe nos casos duvidosos. Para assegurar, então, a obediência estrita dos juizes à lei, o *Code Louis* previu a nulidade de pleno direito das sentenças proferidas em desconformidade com a lei e criou mecanismos de responsabilização civil do magistrado. De todo o modo, a interpretação judicial não foi limitada à “simple interpretação ‘mecânica’ da lei”, consistindo a importância do *Code Louis* na “ruptura com o modelo do direito comum” e na inauguração da “concepção do juiz ‘bouche de la loi’”. Nesse sentido, “a Revolução Francesa não teria inaugurado um novo movimento de idéias em tema de legislação; a única novidade seria representada pelo fato de que a obra de codificação teria sido imputada agora ao povo, e não mais ao rei”. PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civil, 1667)*. Tradução de Débora Holenbach. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 92, 94-97, 117 e 121.

<sup>15</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 208. O Código prussiano possuía mais de dezessete mil artigos, trazendo soluções detalhadas para situações extremamente específicas. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 81.

<sup>16</sup> Uma das principais características do direito comum era a sua “extra-estatalidade, enquanto os seus princípios não dependiam da vontade do legislador, mas da retórica e da ética” [tradução nossa]. GIULIANI, Alessandro. *L’ordo judicarius medioevale: riflessioni su um modello puro di ordine isonomico*. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 43, n. 3, p. 598-614, apr./ju. 1988. p. 613.

<sup>17</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 208-209. As reformas pombalinas, no entanto, não puseram fim ao método de Bártolo, eis que determinavam, como forma de solução de lacunas, a utilização da “interpretação doutrinária na aplicação judicial do direito português”, o chamado bartolismo. COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 246. Cf., também, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 240 e seguintes.

<sup>18</sup> COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 189 e 194. Vale lembrar que ainda em 1794, o Código Civil da Prússia já proibia a interpretação judicial, sob pena de o juiz sofrer graves castigos. Por isso, em caso de dúvida, ele deveria encaminhar a questão a uma comissão, criada especialmente para tanto. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 81.

A ideia era a de impedir que juízes comprometidos com o Antigo Regime deturpassem o sistema sob a alegação de estarem “interpretando a lei”. Isto posto, ao sistema foi proporcionado o máximo possível de certeza e segurança para criar o direito “à prova dos juízes”<sup>19</sup>.

A copiosa profusão de leis no Estado Moderno, todavia, longe de levar à total codificação das situações da vida, e de impedir a atividade criadora, e criativa, dos juízes, acabou por intensificar o *judicial activism* diante da necessidade constante de adaptar o Direito posto, já ultrapassado às novas conjunturas<sup>20</sup>.

Note-se que a história se encarregou de demonstrar a necessidade de distinguir a vontade soberana do povo da vontade de seus representantes, notadamente do Parlamento que a expressa mediante leis<sup>21</sup>.

As ideias contratualistas supra explanadas influenciaram por demais as constituições europeias que, com base no poder soberano do povo representado pelas casas legislativas, não previam limites materiais ao poder reformador<sup>22</sup>. Por esse motivo, sempre deveria prevalecer a atual “vontade popular” em detrimento da outrora expressa.

---

<sup>19</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 97.

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 17-25. No mesmo sentido, Pound defende que “a legislação minuciosa e detalhada” não é capaz de limitar a “justiça judiciária”, a qual poderá, por meio de parâmetros legais, estabelecer novos “pontos de partida” interpretativos. Desse modo, um ordenamento jurídico mais flexível seria a melhor forma de se “ministrar a justiça” já que as decisões judiciais estão limitadas por “princípios ou padrões conhecidos” e estão sujeitas ao controle de órgãos judiciários hierarquicamente superiores, além do controle social, exercido através da publicidade das decisões. POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976. p. 91-95. Sobre o assunto, vejamos, também, o que diz Ruy Rosado: “A incapacidade do Estado em regular, pela via formal da lei, as multifacetadas relações sociais, termina por colocar nas mãos do juiz o encargo de fazer a adaptação da ordem jurídica ao mundo real. Isso não quer dizer que o Estado deixou de legislar: ao contrário, legisla cada vez mais, cada vez pior”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais*: anuário 2004/2005, v. 1, t. 2. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 345.

<sup>21</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 88.

<sup>22</sup> As exceções foram diagnosticadas por Oscar Vilhena Vieira, como sendo a Constituição Norueguesa de 1814 e a Constituição Francesa de 1875 após as alterações de 1884. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 90.

Essa noção positivista, no entanto, que identifica o direito à lei validamente posta no Ordenamento Jurídico, sofreu grande arruinamento a partir do *III Reich*, senão vejamos.

Hitler, ao assumir o poder, como Chanceler, houve por bem promulgar a “Lei para combater a crise nacional”, que aprovada nos termos da Constituição de Weimar<sup>23</sup>, permitia-lhe editar leis, ordinariamente, e não apenas em caráter urgente. Com o falecimento do presidente, ele conseguiu unir os gabinetes do presidente e dos ministros, ato que, posteriormente, foi ratificado através de plebiscito. Iniciava, assim, o *III Reich*. A partir daí, a Constituição de Weimar foi toda descaracterizada e o Direito foi utilizado como “mero instrumento de dominação”<sup>24</sup>. Uma verdadeira “ditadura da maioria”<sup>25</sup>.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e do regime nazista, e a conseguinte divisão bipolar do globo, puderam ser identificados por Damaska dois tipos de Estado: Estado ativo e reativo. No Estado ativo, a sociedade é planificada, motivo pelo qual interesses privados potencialmente podem significar interesses estatais. Essa assertiva pode ser facilmente comprovada através da seguinte frase: “nenhum direito pode ser exercido de forma a infringir um interesse estatal”<sup>26</sup>.

Além do mais, a todo direito corresponderia um dever, de modo que direito e dever tornam-se “duas faces da mesma moeda”<sup>27</sup>. Cite-se como exemplo o direito à saúde, que teria como corolário o dever de ser submetido, v.g., às campanhas de vacinação realizadas pelo Estado.

---

<sup>23</sup> A Constituição de Weimar não era vista com bons olhos por nenhum dos partidos alemães (dos comunistas da extrema-esquerda, aos nacional-socialistas da extrema direita), já que foi aprovada pelo mesmo órgão legislativo que ratificou o Tratado de Versalhes. A respeito, cf. HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 43 e ss. O Tratado de Versalhes limitava o contingente das forças armadas alemãs, além de impor a perda de territórios para a França (Alsácia-Lorena), Polônia, Tcheco-Eslováquia e Bélgica. Mais detalhes em: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 98 e ss.

<sup>24</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 105-106.

<sup>25</sup> Expressão cunhada por Hermes Zaneti Júnior, em *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 134.

<sup>26</sup> DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, London: Yale University Press, 1986. p. 80.

<sup>27</sup> DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, London: Yale University Press, 1986. p. 84.

A lei, portanto, seria um mero instrumento para a realização dessa política, e o Judiciário também. Por isso, eventuais conflitos individuais que não tivessem essa faceta pública não seriam justicializáveis.

Já o Estado reativo não possui problemas inerentes, uma vez que visa proteger a ordem e criar um fórum para resolução de litígios individuais. Caracterizado estava o Estado minimalista.

Nesse quadrante, a lei dá suporte à autonomia privada e facilita a autônoma regulação da sociedade civil: os juízes intervêm no processo apenas para garantir a justeza na disputa, enquanto que o Executivo e o Legislativo não assumem postura pró-ativa na consecução de políticas públicas.

Em suma, no Estado ativo o processo visa implementar as políticas públicas, e no reativo, objetiva resolver conflitos eminentemente individuais<sup>28</sup>. Essas duas tendências, malgrado contrárias, se influenciaram mutuamente.

Com efeito, se de um lado os Estados ativos passam a ter dificuldades em intervir em todas as esferas da vida social, de outro, os reativos começam a ter problemas para a solução de conflitos transindividuais numa sociedade massificada. Então houve a necessidade de emaranhar no estado reativo o ideal de resolução coordenada de conflitos do Estado ativo através da tutela dos direitos metaindividuais.

Consentâneo a esse movimento, houve um declínio das ideias puramente positivistas no debate jurídico<sup>29</sup>. Criou-se, assim, a noção da existência de princípios constitucionais

---

<sup>28</sup> DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, London: Yale University Press, 1986. p. 87.

<sup>29</sup> Paradigmático é o caso de Radbruch que antes da Segunda Guerra Mundial sustentava que “a observância da lei injusta deve ser, em consequência, não apenas um dever legal, mas também moral; além disso, deve ser não mero ato de autoridade, mas norma obrigatória. (...) De fato, toda e qualquer lei, sem considerar a justiça de seu conteúdo, cumpre sua finalidade já por causa de sua mera existência: ao pôr fim à querela de opiniões legais divergentes, cria *segurança jurídica*. (...) Sacrificar o próprio sentimento jurídico ao preceito jurídico; perguntar apenas o que é de direito, e nunca se também é o justo; possivelmente servir á injustiça em uma profissão que, sem amor à justiça, não pode ser exercida com prazer: é essa a tarefa e a tragédia do profissional do direito” (RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do Direito*. Tradução de Vera Barkow. Revisão técnica de Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 24.). Com os horrores gerados pela guerra e pelos regimes nazi-facistas, Radbruch abandonou a noção puramente positivista do direito e defendeu que a moral e a busca pelo “justo” são os fins do direito: “O conceito de direito é um conceito cultural, quer dizer, um conceito de

que podem limitar o poder constituinte soberano. E a descoberta desses princípios constitucionais passa a ser trabalho dos juízes que, ao interpretar o texto constitucional, devem criar o conteúdo da norma no caso concreto. O controle de constitucionalidade das leis passou a ter posição de destaque como forma de impedir que o “direito seja erodido pela legislação de maiorias transitórias”<sup>30</sup>.

É a visão coordenada do poder, a qual faz cair por terra a ideia de que o cidadão apenas exerce a democracia através do voto. É preciso, portanto, propiciar ao indivíduo maior participação nas decisões políticas. Significa dizer que uma democracia não se configura apenas com a vontade geral da maioria, mas também, e principalmente, com a garantia de representação e de proteção às minorias<sup>31</sup>. Numa democracia, portanto, o Poder Jurisdicional deve garantir a proteção dos direitos fundamentais de todo cidadão, e cuidar para que nem Executivo, nem Legislativo os desrespeitem.

E o processo também recebe as influências dessa nova corrente, devendo, conseqüentemente, ser permeado por intenso contraditório e por profunda atuação do juiz no sentido de submeter-se e garantir o debate e a possibilidade de as partes influenciarem na decisão<sup>32</sup>. É o que Boaventura de Sousa Santos convencionou chamar de “demodiversidade”<sup>33</sup>, ou seja, o exercício da democracia em todas as instâncias de poder.

---

uma realidade referida a valores, uma realidade cujo sentido é o de estar a serviço de valores. O *direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à idéia de direito*. O conceito de direito cumpre-se, portanto, na idéia do direito”. E mais adiante, afirma: “Esta sanção do direito pela moral só é possível porque o direito, apesar de toda a diversidade possível do seu conteúdo, tem, no entanto, a moral como seu fim” (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47 e 67).

<sup>30</sup> Outro ponto importante, reflexo da mudança de paradigma aqui exposta, foi a expansão da inclusão de limites materiais e formais ao poder reformador derivado nas constituições do século XX, como forma de preservar ao máximo a supremacia constitucional. Esse tópico, contudo, não é objeto desta dissertação. A respeito, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 110 e 211.

<sup>31</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 751, p. 32-50, maio de 1998. p. 48-49.

<sup>32</sup> Sobre o assunto, cf. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio do contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 60, n° 2, p. 449-463, apr./giu 2005;

<sup>33</sup> “Por demodiversidade entendemos a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas democráticas”. E mais adiante arrematam: “(...) não existe nenhum motivo para a democracia assumir uma só forma. Pelo contrário, o multiculturalismo e as experiências recentes de participação apontam no sentido da deliberação pública ampliada e do adensamento da participação. O primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas” (SANTOS,

O Judiciário, por conseguinte, apesar de, regra geral, não possuir membros eleitos, não se configura antidemocrático, pois corporifica o sistema dos *checks and balances* protegendo as minorias das maiorias transitórias<sup>34</sup>. Isto é, o juiz não representa vontades políticas de ocasião, mas se torna o guardião dos valores sólidos da Constituição<sup>35</sup>.

Nesse sentido, temos que somente um Judiciário isento e distante do poder político, ou seja, sem vinculação partidária<sup>36</sup>, é capaz de restabelecer a “confiança legítima”<sup>37</sup> da população, porventura maculada por atos executivos ou legislativos.

Sendo assim, o Judiciário, no Estado Democrático Constitucional<sup>38</sup>, passa a ter importância fundamental na judicialização de novos direitos e na consolidação da democracia. É o que veremos a seguir.

---

Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. As referências, respectivamente, podem ser encontradas nas páginas 71 e 77). Transpondo o conceito de demodiversidade para o processo: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140 e ss.

<sup>34</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 213.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 426-427. Importante ressaltar que o modelo de juiz traçado por Dworkin não se afigura o mais acertado. Ost o classificou como o juiz “Hércules”: aquele capaz de realizar a constitucionalidade das leis e mitigar a autoridade suprema do legislador. O juiz herculeano, nesse diapasão, se importaria muito mais com os fatos do que com as normas postas no sistema, invertendo a pirâmide Kelseniana para transformá-la numa espécie de “funil”, em cuja extremidade se encontrariam as decisões judiciais extremamente casuísticas. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, p. 169-194. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/Sirvobras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14-11.pdf>>. Acesso em: 27 maio 2008. p. 177-178.

<sup>36</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 751, p. 32-50, maio de 1998. p. 50: “(...) o juiz, embora sendo socialmente responsável, não pode ter sua permanência no cargo submetida à aprovação da maioria, pois se fosse assim, não teria condições de desconsiderar a opinião pública, eventualmente formada em sentido contrário, para fazer prevalecer o princípio democrático de respeito à minoria”. Cf. também, SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 113: “Os juízes, muitas das vezes, vão de encontro à vontade majoritária para conservar os valores supremos, além de proteger as minorias marginalizadas. Nem sempre a legitimidade das urnas pressupõe a tomada de decisões mais acertadas para o bom desenvolvimento das sociedades democráticas”.

<sup>37</sup> Sobre o conceito de “confiança legítima” e a atuação do Judiciário, cf.: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La responsabilidad del estado legislador en el derecho español*. 2. ed. Navarra/Cizur Menor: Thomson Avitas, 2007. p. 74: “(...) vem a reconhecer em favor do poder judicial (que é, por certo, o único qualificado formalmente como Poder no texto de nossa Constituição) a possibilidade de interferir de maneira direta e especialmente grave no exercício do poder legislativo, a que um Tribunal se permite reprová-lo uma inovação normativa, caracterizando-a de indevida, de violadora de uma suposta confiança legítima dos cidadãos em manter-se na anterior situação normativa” [tradução nossa].

## 1.2 ANTIJUDICIARISMO<sup>39</sup> NO BRASIL

Em muitas ocasiões, o poder político se orienta por determinações ilícitas, e, nesses casos, o Judiciário atua para fazer respeitar a lei e punir quem comete ilicitudes. Todavia, tal atitude somente é possível quando o Judiciário alcança autonomia e independência frente aos outros poderes. A tendência, nessa esteira, é a de que o poder político se insurja para limitar a atuação do Judiciário. Daí a importância, num sistema democrático, dos *checks and balances* para “conter o conflito fisiológico entre juízes e poder político”<sup>40</sup>. No Brasil República, os casos mais importantes de antijudiciário foram os das Constituições de 1937 e de 1967/1969.

A Constituição Federal de 1937, também conhecida por Constituição Polaca, limitou sobremaneira a atuação dos juízes, a fim de garantir as arbitrariedades do Presidente da República. Nesse andar, ficou estabelecido que o Judiciário não poderia conhecer de atos praticados na vigência do estado de emergência e do estado de guerra, e que o Parlamento poderia, através do voto de dois terços de seus membros, confirmar a validade de lei declarada inconstitucional<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Sobre o atual estágio evolutivo do Estado e suas influências no processo, cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Democracia e judiciário na (re)políticação do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 201-217.

<sup>39</sup> Expressão de Waldemar Martins Ferreira, cf. FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Prefácio de Ronaldo Rebello de Britto Poletti. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção história constitucional brasileira). p. 112 e ss.

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. Jueces y política: dela subordinación a la dialéctica. Tradução de Pedro Salazar. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 22, p. 9-18, abril/2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15144>>. Acesso em: 16 jun. 2008. p. 17.

<sup>41</sup> Lembre-se que, como o Parlamento não chegou a ser instituído durante a vigência da Carta de 1937, foi o Presidente da República quem realizava a “revisão” das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Foi o que aconteceu quando, através do Decreto-Lei nº 1.564/1939, o Presidente da República reviu acórdão do STF, que declarava a inconstitucionalidade de lei tributária, e o cassou considerando que a decisão “não consultava o interesse nacional e o princípio da divisão equitativa do ônus do imposto”. FERREIRA, Waldemar Martins. *História do direito constitucional brasileiro*. Prefácio de Ronaldo Rebello de Britto Poletti. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção história constitucional brasileira). p. 113.

A Constituição Federal de 1967/1969, por sua vez, também não previa um Poder Judiciário autônomo e independente, uma vez que o Ato Institucional nº 5 de 1968 permitiu que o Poder Executivo demitisse, removesse, aposentasse ou colocasse em disponibilidade os magistrados, além de ter suspendidas as garantias constitucionais da vitaliciedade e da inamovibilidade, o que efetivamente ocorreu com três ministros do Supremo Tribunal Federal<sup>42</sup>.

Malgrado o forte antijudicialismo presente no país entre os idos de 1964 e 1984 (período da ditadura militar), o Judiciário não se quedou inerte ao reconhecer a responsabilidade do Estado em indenizar aqueles que fossem lesionados por atos desrespeitosos das formalidades previstas nos próprios Atos Institucionais.

Foi o que aconteceu quando da censura sofrida pelo jornal “A Tribuna da Imprensa”, de cuja sentença proferida durante o Regime Militar foi mantida pelo Colendo STF através do julgamento recente do RE 487.393-1/RJ<sup>43</sup>.

### 1.3 NOVOS CRITÉRIOS DE LEGITIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO: *JURIDICIDADE E CHECKS AND BALANCES*

Como já afirmado, a grande profusão de leis no Estado atual levou à intensificação da atividade criativa dos juízes. Assim, mister perquirir a respeito da legitimidade dessa atuação jurisdicional.

Com efeito, há quem sustente ser discricionária a atividade interpretativa do juiz que preenche conceitos jurídicos indeterminados<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> O Decreto de 16 de janeiro de 1969, com base no AI 5, aposentou compulsoriamente os Ministros do Supremo Hermes de Lima, Evandro Cavalcanti Lins e Silva e Victor Nunes Leal. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43.

<sup>43</sup> Vale a pena ler o voto do relator, Ministro Celso de Mello, disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE487393CM.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

<sup>44</sup> Tal entendimento ficou claro na Súmula 622 do STF que veda a interposição do recurso de Agravo Regimental contra decisão do relator que (in)defere liminar em Mandado de Segurança. Ultrapassadas as discussões iniciais acerca da inexistência de previsão recursal na lei especial que regula o *mandamus* e

Inserido no próprio conceito do termo *discricionariedade*, temos, *a priori*, a Administração Pública como destinatária das disposições legais e doutrinárias a respeito da discricionariedade. Desse modo, num primeiro momento, a discricionariedade teria lugar apenas na seara do Direito Administrativo, não podendo ser aplicada para as decisões prolatadas em sede jurisdicional, ficando ressalvados, apenas, os casos de jurisdição voluntária, na esteira do art. 1.109 do CPC<sup>45</sup>.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por outro lado, a discricionariedade é conceito ligado à Teoria Geral do Direito, e não apenas matéria afeta ao Direito Administrativo. Seria, portanto, a discricionariedade, uma “técnica de integração jurídica” do interesse público legislado (legalidade) com o interesse público não legislado (legitimidade), a fim de executar um ato abstrato, “é a condição de execução do interesse público”<sup>46</sup>. Nessa ordem, o órgão jurisdicional atuaria com discricionariedade, o que não significa que suas decisões seriam infensas a algum tipo de controle.

---

admitida e utilização subsidiária do CPC para esse rito, passou-se a entender que o recurso seria incabível diante da discricionariedade do ato judicial. Sobre o assunto: anuindo com a Súmula 622 do STF: ASSIS, Araken de. Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84, p. 99-109, out./dez. 1996. Discordando da referida súmula e da existência de discricionariedade judicial: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 72, p. 7-15, out./dez. 1993; BUENO, Cássio Scarpinella. Agravo de instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança. Execução provisória. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, n. 95, p. 235-243, jul./set. 1999; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ainda sobre a recorribilidade da liminar em mandado de segurança. In: ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 787-809; CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 107-114. Atualmente a questão específica do recurso de Agravo de Instrumento parece encerrada tendo em vista a promulgação da Lei 12.016/2009 que em seus artigos 7º, § 1º, e 16, parágrafo único, é expressa pela recorribilidade das decisões que apreciam o pedido liminar em Mandado de Segurança.

<sup>45</sup> “Discricionariedade é fenômeno afeto à Administração Pública e, com relação ao Judiciário, dela somente é cogitável para aqueles casos de (verdadeira) jurisdição voluntária, em que, por força do art. 1.109, está afastada para o magistrado, expressamente, a observância do critério da legalidade estrita (...)”. BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 107.

<sup>46</sup> As citações do parágrafo podem ser encontradas em MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 20-22.

Hodiernamente, a ideia de discricionariedade, seja ela administrativa ou judicial, vem sendo substituída pela ideia de juridicidade, segundo a qual se passa a “fundamentar a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo”<sup>47</sup>.

Com efeito, a atividade judicial não é permeada por juízos de conveniência e oportunidade<sup>48</sup>. O poder de criação do juiz, portanto, estaria vinculado aos princípios, aos “textos normativos” e aos fatos, o que não significa dizer que “o juiz está submetido ao ‘espírito da lei’ ou à ‘vontade do legislador’”. O magistrado, nesse ínterim, exerceria “juízos de legalidade”<sup>49</sup>. Significa dizer que o juiz não está totalmente livre para interpretar a lei, pois o direito é fruto temporal e cultural<sup>50</sup>, devendo ainda justificar o resultado de seu trabalho hermenêutico de forma objetiva e clara<sup>51</sup>.

Dessa maneira, o magistrado deve atentar, em sua tarefa de aplicar o direito, para os *standards*<sup>52</sup> de julgamento e para as regras e princípios existentes no sistema<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208.

<sup>48</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 65-66. Cf. também: GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade X termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 92; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96-97.

<sup>49</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 207-209.

<sup>50</sup> Sobre o assunto cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp>>. Acesso em: 09 abr. 2008; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>51</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de Segurança – Liminar – Recorribilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, p. 251-257, abr./jun. 1995, p. 257: “(...) Ainda não há que se confundir os conceitos vagos com a liberdade discricionária, pois a interpretação daqueles não é desprovida de parâmetros, e, ainda que possua algum subjetivismo do juiz na aferição do conceito vago, este está adstrito aos princípios constitucionais de que o juiz deve dizer o direito e ainda que as decisões devem ser, objetivamente, fundamentadas, explícitas e públicas. Contra estes argumentos não sobrevive qualquer dose de subjetivismo do juiz”.

<sup>52</sup> Cf. estudo sobre o assunto em: KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

<sup>53</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais ano 87, v. 751, p. 32-50, maio de 1998. p. 45.

Se, por um lado, não há que se falar em discricionariedade judicial, no sentido clássico do termo, de outro, não há que se dizer que o juiz “descobre o teor do texto legal” ou “extraí a única interpretação correta da norma”<sup>54</sup>.

Isso porque os textos legais, por si sós, não têm sentido oculto algum, e, por isso mesmo, a tarefa interpretativa não pode ser reduzida à mera descrição das intenções do legislador. E assim o é porque, além do significado das palavras variar no tempo e no espaço, (daí afirmar-se não ser possível a extração de sentido unívoco das normas), também inexistente intenção do legislador, que não é uma única pessoa, porque as leis são criadas mediante concessões recíprocas dos diversos partidos políticos presentes nas casas legislativas<sup>55</sup>.

Na realidade, temos que o magistrado é influenciado pelo seu tempo e pelas suas compreensões apriorísticas do mundo. E, da mesma maneira, o Direito, por ser linguagem, varia conforme o tempo e o espaço<sup>56</sup>. Nesse andar, os valores existentes no ordenamento atual podem ter sentido diverso (e fatalmente terão) segundo variações temporais, espaciais e culturais.

Por isso, a atividade interpretativa do juiz será sempre criativa,<sup>57</sup> eis que lastreado nos *standards*<sup>58</sup>, princípios e regras existentes, reconstruirá<sup>59</sup> o significado do texto legal no

---

<sup>54</sup> Malgrado Teresa Arruda Alvim Wambier afirme inexistir a chamada *discricionariedade judicial*, entende que o juiz somente pode chegar a uma única decisão correta: “(...) a liberdade do juiz em decidir não se confunde, em hipótese alguma, com aquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionário na esfera da Administração Pública. Para o magistrado, há, nesses casos, em que habitualmente a doutrina assevera que estaria exercendo poder discricionário, liberdade para chegar à decisão correta, que é uma só, em face de certo caso concreto”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.357.

<sup>55</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 31.

<sup>56</sup> Nesse sentido, Lourival Vilanova afirma que “o direito é fenômeno histórico. (...) Não é algo estável. A sua variação obedece às circunstâncias de tempo, de lugar e de cultura”. VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do Direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947. p. 58.

<sup>57</sup> Cappelletti afirma ser pleonástico dizer que os juízes criam direito, na medida em que “toda interpretação seja criativa e toda interpretação judicial ‘law making’”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 17-25.

<sup>58</sup> Lourival Vilanova afirma que os valores apriorísticos do intérprete, de origens sócio-culturais, são a “projeção da consciência social”. VILANOVA, Lourival. Norma jurídica-proposição jurídica: significação semiótica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 61, p. 12-26, jan./mar. 1982. p. 23. No mesmo sentido, Ávila assevera que o intérprete “explicita suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”. ÁVILA,

caso concreto: interpretação não é descrição de significado prévio, mas ato de decisão que redefine a significação e os sentidos do texto, segundo estruturas prévias de compreensão<sup>60</sup>.

Com efeito, o Direito não procura mais a sua legitimidade pela simples obediência ao procedimento, como fizera crer Luhmann, mas pela sua criação através de instrumentos democráticos<sup>61</sup>, desde que estes tenham produzido justiça ao serem conduzidos segundo os princípios e valores que os norteiam<sup>62</sup>. Isto é, o Direito busca sua legitimidade, de modo que o órgão jurisdicional dê efetividade a todos os direitos fundamentais<sup>63</sup>.

E é o sistema de freios e contrapesos que garantirá espaço para essa atuação do Judiciário como órgão que realiza a Justiça<sup>64</sup>, e não como aquele que determina o cumprimento da lei.

Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do

---

Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

<sup>59</sup> “Reconstrução” aqui deve ser entendida no sentido em que Warat caracteriza “redefinição”: “*Redefinir é mudar as características designativas de um termo, permitindo a alteração do campo denotativo*” (grifos no original). WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 80.

<sup>60</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 32-33.

<sup>61</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 220. Assim assevera Miranda: “A realização da democracia econômica, social e cultural exige a realização progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV, 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 399.

<sup>62</sup> Alvaro de Oliveira afirma que se de um lado a “observância racional legitima o resultado do exercício do poder”, de outro, é preciso perceber que o “procedimento está impregnado de valores e até o rito pode ser estruturado injustamente, se não obedecidas as garantias fundamentais do processo, os princípios que lhes são ínsitos e o nível de desenvolvimento de cada povo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 187. No mesmo sentido, Habermas: “[...] Pois, para ser legítimo, o direito politicamente estabelecido tem pelo menos de guardar conformidade com os princípios morais que pretendem ter validade geral para além de uma comunidade jurídica concreta”. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Tradução de Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 36, p. 39-54, 1995.

<sup>63</sup> Sobre juridicidade cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>64</sup> Merryman afirma que o juiz não pode ser considerado a simples boca que pronuncia as palavras da lei, pois “deve adaptar o direito às condições variadas. O código não tem uma aplicação evidente, sobretudo para o juiz responsável” [tradução nossa]. MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 88.

juiz. Mas o juiz moderno tem solene comprometimento com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à descoberta de fatos relevantes e à adequada interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça<sup>65</sup>.

Nesse andar, é importante afirmar que a separação das funções estatais não é tão rígida num Estado Democrático de Direito: os *poderes* exercem controle recíproco uns sobre os outros, num sistema de pesos e contrapesos. Assim sendo, a elaboração de uma lei vincula ao Executivo, que deverá tomá-la como meta, até sua plena concreção<sup>66</sup>.

Calha trazer como premissa básica a afirmação de que, quando a Constituição determina atuação positiva do Estado, ele não pode se eximir alegando tratar de discricionariedade na escolha de sua atuação, ou ainda, alegar que a lei não disciplina tal norma programática: a discricionariedade administrativa jamais poderá se converter em inércia do Estado<sup>67</sup>.

Admitir o contrário nos remeteria às ideias de Lasalle, formuladas no século XIX, para quem a Constituição seria mera folha de papel, pois são as relações de poder a Constituição real. Ou seja, a Constituição escrita apenas normatizaria as relações de poder existentes na sociedade.

Ora, decerto que a eficácia da Constituição depende de sua conformação com a realidade histórica e social. No entanto, a Constituição possui uma “força ativa de transformação: é capaz de lutar para a superação de resistências”, uma vez que possui uma “pretensão de eficácia”. A Constituição é hábil, então, para imprimir ordem e conformação à realidade política e social, uma vez que não é apenas “ser”, mas também “dever-ser”. E é aí que reside a sua força normativa<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 3. ed., rev. e atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 61.

<sup>66</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985: 15 anos*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 780.

<sup>67</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 271.

<sup>68</sup> Hesse ressaltou ainda os perigos que sucessivas revisões constitucionais podem causar à força normativa da Constituição, afirmando que a interpretação constitucional é a melhor maneira de se concretizar o conteúdo da norma. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 1991. p. 16-24.

Desse modo, temos que “os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente o Estado. Eles são decisões valorativas de natureza jurídico-objetivo da constituição”<sup>69</sup>. Por isso, tanto o Legislativo quanto o Executivo, na escolha das políticas públicas, devem ter em vista essas diretivas<sup>70</sup>.

Baseado nessa mesma ideia de Konrad Hesse, e em defesa de um modelo combinado de princípios e regras para as normas de direitos fundamentais, Alexy afirma que “aquilo que a constituição obriga é constitucionalmente necessário; o que ela proíbe, constitucionalmente impossível”<sup>71</sup>. Assim, se buscamos a máxima efetividade das normas de direitos fundamentais.

E ao Judiciário, no caso de eventuais desvios nas escolhas das políticas públicas prioritárias pelos demais poderes, restam duas alternativas: a) ser criativo o suficiente para dar guarida aos direitos fundamentais ao “conformar as políticas públicas aos objetivos constitucionais”<sup>72</sup>; b) ser omissivo e ineficaz, e, esvaziar o conteúdo principal das constituições modernas<sup>73</sup>.

Hoje é assente que as normas programáticas não são meros programas de governo. São diretrizes a serem observadas em qualquer momento de concretização das atividades estatais. Daí porque todos os poderes do Estado devem observar os direitos fundamentais<sup>74</sup>. Frise-se, dessa forma, que as atividades estatais são atividades

---

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 158.

<sup>70</sup> Em recente voto, assim se manifestou o Ministro Celso de Mello, como relator de Recurso Extraordinário perante o STF: “Não se pode transigir em torno de direitos fundamentais (...). O abuso de poder não pode justificar qualquer lesão a direitos essenciais reconhecidos pela consciência universal dos povos civilizados”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE487393CM.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2009.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 583.

<sup>72</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 153.

<sup>73</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 68. Cf. também SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 09 maio 2008.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 264.

constitucionais, pois previstas na Carta Política de 1988. Desse modo, a atual Constituição brasileira é dirigente, por isso mesmo, o Judiciário deve ser capaz de conformar à atuação dos outros poderes<sup>75</sup>.

Ferrajoli, inclusive, ao traçar as premissas do garantismo, elencou a “jurisdicionalidade” como o segundo princípio garantista, a fim de que seja proporcionada a justiciabilidade plena de todos os direitos, como a única forma de se evitar lesão aos direitos e garantias fundamentais<sup>76</sup>.

Saliente-se que não se está defendendo a substituição da discricionariedade do legislador e do administrador pela do juiz<sup>77</sup>. Na realidade, ao magistrado é conferida a nobre tarefa de conformar as políticas públicas preferenciais, já previstas no texto constitucional<sup>78</sup> à atividade legislativa e executiva<sup>79</sup>. Logo, o magistrado, no exercício

---

<sup>75</sup> Canotilho chega a afirmar que um Estado que não tivesse tais diretrizes constitucionais não seria legítimo, pois constituiria um “estado em branco”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. No entanto, o autor português, em seus textos mais recentes, alterou seu entendimento acerca da necessidade de uma constituição dirigente e da possibilidade de o Judiciário dar efetividade aos direitos sociais, econômicos e culturais. A respeito, cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *fuzzy*” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1.ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 97-114.

<sup>76</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoria do garantismo penal. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995. p. 917. Malgrado num primeiro momento a teoria de Ferrajoli se refira ao direito penal, ao final de seu livro, o autor cria uma verdadeira teoria geral do garantismo, aplicável a todos os ramos do Direito.

<sup>77</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública*: Lei 7.345/1985: 15 anos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 791.

<sup>78</sup> Mancuso expõe um rol não taxativo de temas ligados às políticas públicas que podem sofrer controle judicial. Vejamos alguns dos exemplos dados pelo autor: “(...) Pleno emprego – CF, art. 7º, I, art. 170, VIII, c/c art. 102, VIII; Política fiscal – CF, art. 150, IV e V; Eliminação das desigualdades regionais – CF, art. 3º, III e art. 170, VII; Patrimônio cultural, inclusive estética urbana – CF, art. 216, V e § 1º Lei 6.766/79, art. 4º e § 1º; Assistência social – CF, art. 203 e incisos, Lei 7.853/89; Proteção do deficiente físico – CF, art. 24, XIV, Lei 7.853/89; Seguridade Social – CF, art. 104, parágrafo único e incisos; Previdência Social - CF, art. 201; Saúde Pública – CF, arts. 196 a 200, Lei 8.080/90, arts. 2º, 3º e 6º; Educação Pública – CF, arts. 205, 208 e incisos, 212, 214, Lei 9.394/96 (...)”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública*: Lei 7.345/1985: 15 anos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 797-798.

<sup>79</sup> Para Cappelletti, os tribunais “não podem fugir de uma inflexível alternativa”: ou continuam fiéis aos limites impostos à função jurisdicional no século XIX; ou tornam-se capazes “de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 47.

de sua função jurisdicional, apenas determina seja cumprida a Constituição, que faz cessar a liberdade discricionária do administrador e mesmo do legislador<sup>80</sup>:

[...] o poder Judiciário não tem o condão de ‘make public choices’, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente os insertos no Texto Político, demarcadoras dos objetivos e finalidades desta República Federativa. [...] quando não efetivadas (*as políticas públicas*), dão ensejo à legítima persecução republicana para atendê-las administrativa, legislativa e jurisdicionalmente<sup>81</sup>.

Demonstrada a necessidade de judicialização plena de todos os direitos, é essencial asseverar que o Judiciário também é uma das esferas em que a democracia se realiza (demodiversidade).

---

<sup>80</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985: 15 anos*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 795. No caso paradigmático *Lochner v. New York*, julgado pela Suprema Corte Norte-Americana em 1905, foi declarada inconstitucional lei estadual que limitou a dez horas diárias e a sessenta horas semanais o trabalho dos padeiros. A corte entendeu que essa lei era irrazoável, pois não preenchia os finalidades sociais e, ao mesmo tempo em que extrapolava os limites constitucionais garantidos ao poder de polícia, maculava o direito de liberdade: “Essa não é uma questão de substituir o julgamento do legislativo pelo da Corte. Se a lei estiver dentro do poder do estado ela é válida, embora o julgamento da corte possa ser totalmente oposto ao estabelecido pela lei. Mas a questão ainda permaneceria: está dentro do poder de polícia do estado? E essa questão deve ser respondida pela corte. [...]. Esta é uma questão sobre qual de dois poderes ou direitos deve prevalecer - o poder do Estado de legislar ou o direito do indivíduo à liberdade pessoal e de contrato. A simples afirmação de que o objeto tem relação, ainda que em um grau remoto, com a saúde pública, não necessariamente torna a lei válida. A lei deve ter uma relação mais direta entre meios e fins, e a finalidade mesma deve ser apropriada e legítima, antes que possa ser considerada válida uma lei que interfira com o direito geral de um indivíduo de ser livre em sua pessoa e em seu poder de contratar quanto ao seu próprio trabalho” [tradução nossa]. No original: “This is not a question of substituting the judgment of the court for that of the legislature. If the act be within the power of the state it is valid, although the judgment of the court might be totally opposed to the enactment of such a law. But the question would still remain: Is it within the police power of the state? And that question must be answered by the court. [...]. It is a question of which of two powers or rights shall prevail, - the power of the state to legislate or the right of the individual to liberty of person and freedom of contract. The mere assertion that the subject relates, though but in a remote degree, to the public health, does not necessarily render the enactment valid. The act must have a more direct relation, as a means to an end, and the end itself must be appropriate and legitimate, before an act can be held to be valid which interferes with the general right of an individual to be free in his person and in his power to contract in relation to his own labor”. *Lochner vs. People of State of New York*. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/lochner.html>>. Acesso em: 24 set. 2008. p. 3. Cumpre ressaltar que tal decisão é paradigmática sobre o ponto de vista do controle exercido pelo Poder Judiciário nas escolhas políticas do Legislativo. O seu resultado, contudo, deixou os padeiros dessassistidos eis que afastou a constitucionalidade de uma norma que lhes era protetiva. Posteriormente, com o amadurecimento dessas ideias, o mesmo princípio foi utilizado pelas Cortes americanas para garantir a proteção dos “civil rights”.

<sup>81</sup> LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. p. 173-174.

Observa-se que o processo judicial é submetido, a todo o momento, ao contraditório das partes, que ajudarão a construir a decisão judicial. Desse modo, o resultado alcançado não será fruto de arranjos políticos ou de compromissos firmados entre grupos de pressão, como nos parlamentos. Será, isso sim, fruto de debate dialético ocorrido nos autos entre o juiz e as partes<sup>82</sup>. E o direito à participação é ele mesmo um direito fundamental<sup>83</sup>, que conduzirá à formação de um processo cooperativo, única via possível de efetivação da democracia participativa pelo Judiciário<sup>84</sup>.

Também é importante lembrar o princípio constitucional da publicidade dos atos processuais, que além de evitar um processo kafkaniano, estimula o magistrado a bem fundamentar suas decisões, de cujos conteúdos estarão disponíveis ao público<sup>85</sup>. Significa dizer que a possibilidade/necessidade de fundamentação racional conduz ao

---

<sup>82</sup> Alemanha e França possuem em suas legislações o dever de o magistrado observar o contraditório: CABRAL, Antonio do Passo. Il principio do contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 60, n° 2, p. 449-463, apri./giu 2005, p. 463. Entendendo que também o juiz está submetido ao contraditório: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 108, 194 e ss.; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto261.doc>>. Acesso em: 30 set. 2008; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1., 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 71; DIDIER, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 60; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 53, n. 3, p. 673-681, 1998.

<sup>83</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY Júnior, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

<sup>84</sup> Vejamos o entendimento de Alvaro de Oliveira: “[...] a idéia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo24.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2008. Também sobre processo cooperativo: DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 50-52; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>85</sup> Ressalvada a exceção constitucional, quando poderá ser mitigado o princípio da publicidade (artigo 5º, LX da CF). Sobre o assunto, assim se manifestou Barbosa Moreira: “Se o juiz sabe que sua manifestação será divulgada, ele se aplicará com mais energia para fundamentar suas razões; a publicidade estimula, então, em seu espírito, a consciência de sua responsabilidade pessoal” [tradução nossa]. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 73.

controle daquele pronunciamento judicial, possibilitando, desse modo, ao magistrado, um maior grau de liberdade na interpretação e na aplicação da lei<sup>86</sup>.

O processo, por conseguinte, transforma-se em palco para o efetivo exercício da democracia participativa, e a necessidade constitucional (artigo 93, CF) de serem fundamentadas todas as decisões judiciais, afiança-lhes o controle público de legitimidade<sup>87</sup>.

Obviamente que não se descarta as enormes dificuldades por que passa o Poder Judiciário no país, configurando uma verdadeira crise institucional. Contudo, o conceito de demodiversidade também deve ser transportado para o processo, impondo ao magistrado atual a assunção de seu papel na condução do processo e na efetivação dos direitos fundamentais.

O reconhecimento da normatividade dos princípios, o fim do silogismo como único método de julgamento e a supremacia da Constituição não admitem mais a existência de um juiz omissor. É preciso, sim, reconhecer a possibilidade de o magistrado interferir nas escolhas dos demais poderes, quando elas violarem direitos fundamentais. O que não se pode olvidar é que o Poder Judiciário também está sujeito a erros. A falibilidade faz parte da natureza humana, o que não deve servir para justificar a manutenção de um Judiciário omissor e inerte.

---

<sup>86</sup> Especificamente sobre as normas de direitos fundamentais veiculadas na forma de princípios, Robert Alexy afirma que o sopesamento não conduz a decisões subjetivas e casuísticas, já que, sendo fundamentadas racionalmente, inevitável seria a densificação da jurisprudência. A conclusão seria a conseqüente criação de novas regras: “O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. (...) um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”. E continua o autor: “Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e objeto central da dogmática”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 165 e 175.

<sup>87</sup> Bulygin leciona que uma das diferenças entre os juizes e os legisladores é que aqueles estão obrigados a fundamentar suas decisões, sob pena de nulidade. BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 18, p. 7-25, abril/2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17279>>. Acesso em: 11 abr. 2008. p. 12. No mesmo sentido, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 94, 100 e 102. Sobre o papel da motivação das decisões judiciais: GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17-44.

## 2 POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PROGRAMAS E AÇÕES PARA O ATINGIMENTO DOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO

### 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS<sup>88</sup>: DIMENSÕES OBJETIVA E SUBJETIVA

A doutrina, de um modo geral, distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais conforme a existência ou não de previsão legal<sup>89</sup>. Os primeiros, nesse caminhar, não estariam previstos em norma alguma e seriam direitos naturais. Já os segundos, teriam sido “reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas”<sup>90</sup>.

Os direitos fundamentais, portanto, são aqueles expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, bem como aqueles previstos em tratados internacionais, e, ainda, os direitos fundamentais atribuídos (não positivados), adotando-se, desse modo, um conceito material de direitos fundamentais, a teor da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º, CF<sup>91</sup>.

Nessa esteira, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais devem ser observados como parâmetros por todo o ordenamento jurídico, e em toda a tarefa de interpretar e

---

<sup>88</sup> Partimos da premissa de que os direitos sociais econômicos e culturais são sim direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Mais detalhes, cf. em recente artigo do autor: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 213-253.

<sup>89</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 50.

<sup>90</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

<sup>91</sup> A concepção material de direitos fundamentais é adotada, entre outros, por: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1); SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

aplicar a lei (dimensão objetiva), ainda colocam seus titulares em posição de vantagem (dimensão subjetiva).

Quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, significa dizer que, se o Judiciário deve utilizá-los para realizar o controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, o Executivo e o Legislativo devem pautar suas ações segundo as balizas por eles ditadas (eficácia irradiante dos direitos fundamentais). Outrossim, o Estado passa a ter o dever de proteção desses direitos, razão pela qual sua atividade deve ser direcionada nesse sentido.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por sua vez, permite que eles possam ser exigidos tanto em face dos indivíduos quanto em face do Estado. São as eficácias horizontal<sup>92</sup> e vertical dos direitos fundamentais. Note-se que os direitos fundamentais se tornam influentes e decisivos não só nas escolhas do Estado, como também na atuação dos particulares.

Neste estudo, no que tange à dimensão subjetiva, nos interessa, apenas, a eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, aquela estabelecida entre o Estado e os indivíduos. Esse aspecto da dimensão subjetiva determinará ao Estado o atingimento de certos fins e a realização de determinadas condutas que poderão se apresentar como direitos subjetivos (individuais ou supraindividuais). É necessário, nesse ponto, analisarmos o conceito e as divergências que orbitam em torno do direito subjetivo.

Grande parte dos estudiosos sobre o assunto afirma que o embrião do conceito de direito subjetivo tem origem moderna e surgiu com Guilherme de Ockham<sup>93</sup>, embora tenham sido Savigny, Windscheid, Otto von Gierke e Ihering os responsáveis pela esquematização e conceituação do instituto no século XIX - ainda que tais autores tenham desenvolvido teorias divergentes -<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Sobre o assunto cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>93</sup> Nesse sentido: VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito). p. 128-130; SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 121.

<sup>94</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito). p. 69; AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed., rev., modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 229.

Ockham era franciscano e numa disputa com o Vaticano distinguiu o direito de usar de uma coisa com o seu domínio. O Papa João XXII criticava a ordem dos franciscanos, que realizava votos de pobreza, porém fazia uso das coisas negando o domínio sobre elas. Para esclarecer essa aparente incongruência, Guilherme de Ockham explicou que os franciscanos não tinham o domínio sobre os bens que ocupavam, mas apenas o direito de gozo desses bens. Isso porque, segundo Ockham, é possível que alguém renuncie algum direito seu, mas não é possível renunciar às liberdades concedidas pela lei divina, dentre as quais, o uso de fato das coisas<sup>95</sup>.

Esse pensamento – nominalista -, surgido na Baixa Idade Média, foi contido pelas próprias limitações de seu tempo: conquanto tenha sido a semente do pensamento individualista, na sociedade medieval os direitos ainda se relacionavam à posição do indivíduo. Por exemplo, a propriedade era vista como um plexo de direitos e obrigações que abarcavam desde o senhor feudal até mesmo os camponeses. Cada qual com sua função, segundo a casta social pertencente<sup>96</sup>.

Note-se que o conceito de direito subjetivo nasceu público, mas se desenvolveu privado<sup>97</sup>. Observemos em Francisco Amaral o conceito dado ao instituto:

Direito subjetivo é o poder que a ordem jurídica confere a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.

[...]

Denomina-se subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se em um poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo. Seu titular é determinado e seu objetivo é específico<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito). p. 128-129; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 173.

<sup>96</sup> “Ser proprietário de um ‘fundo’ é aceitar as servidões de que ele é onerado e pagar o imposto. A coisa implica deveres. A situação de cada um é tal no interior do grupo social que seu *jus*, a parte que lhe cabe, é comumente um complexo de vantagens e de inconvenientes, de bens e de ônus”. VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito). p. 79. Durante a Idade Média não houve significativa mudança do conceito. A propriedade somente passou a ser vista como bem individual com os modernos. Sobre o assunto, cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

<sup>97</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 68.

Mister salientar que tal conceito tem cunho evidentemente individualista na medida em que é titular do direito subjetivo, pessoa determinada que pode sujeitar outrem ao exercício de seu direito. Aqui, o direito subjetivo é visto de forma absoluta. Essa conceituação acabou por gerar distorções, principalmente no que tange à sujeição de terceiros ao direito subjetivo de seu titular.

Com o tempo, o instituto passou a ser relativizado e, sob certo aspecto, domado, surgindo, com fulcro em decisões dos tribunais franceses, a teoria do abuso do Direito<sup>99</sup>. A partir de então, o instituto “direito subjetivo” começou a ser socializado.

Com efeito, atualmente, o direito subjetivo não é mais ilimitado, pois, em seu próprio conceito passam a ser acoplados também deveres, obrigações, ônus ao seu titular. Como exemplos no Ordenamento Jurídico Brasileiro, temos o dever de observância da função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, da CF) e dos contratos (artigo 421, do CC), e a proibição do abuso de direito (artigo, 187 do CC). Por isso, o direito subjetivo deve ser visto de forma ampla para englobar outras categorias em seu conceito, o que Perlingieri denominou de “situação jurídica complexa”<sup>100</sup>.

Se, então, o direito subjetivo não se encerra apenas no binômio pretensão-dever<sup>101</sup>, torna-se possível configurar os direitos fundamentais como direitos subjetivos, e a consequente judicialização de todos os direitos fundamentais.

---

<sup>98</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed., rev., modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 224.

<sup>99</sup> São dois os julgamentos históricos que ensejaram a criação desse instituto. O primeiro deles é o da falsa chaminé, em que um determinado proprietário construiu uma chaminé sem nenhuma utilidade prática, cuja única razão de ser era a de tolher o acesso à luz e ao vento do seu vizinho. A Corte de Apelação de Colmar, em 2 de maio de 1855, determinou a demolição da obra e condenou o proprietário a ressarcir os danos causados ao vizinho. O segundo é o caso Clément-Bayard x Coquerel, em que este construiu em seu terreno hastes de madeira de dezesseis metros de altura a fim de impedir que aquele fizesse uso de seus dirigíveis “e para forçar a venda do terreno por um preço elevado”. Em 3 de agosto de 1915 a Corte de Cassação condenou Coquerel a retirar as hastes e a indenizar seu vizinho. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006. (Coleção temas de direito civil em homenagem a Teixeira de Freitas, v. 1).p. 57.

<sup>100</sup> “Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação jurídica complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação jurídica complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional”. In: PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 121.

<sup>101</sup> Flávio Galdino também supera o conceito originário, egoístico de direito subjetivo, ao seguir o esquema de Hohfeld. Nessa esteira, concluiu que a categoria dos direitos subjetivos é composta por

Os direitos sociais, por conseguinte, poderão se apresentar como direitos subjetivos (individuais ou metaindividuais), permitindo, assim, sua judicialização, ainda que com certas dificuldades práticas, pois são, isso sim, situações jurídicas complexas.

Dizer que os direitos fundamentais sociais não são verdadeiros direitos<sup>102</sup> apenas porque estão sujeitos à existência de recursos financeiros não é uma afirmação correta, uma vez que os direitos de liberdade também precisam da criação de estruturas mínimas para ser exercidos<sup>103</sup>. Como exemplo, temos o direito ao voto: para o seu exercício é preciso a criação de toda uma estrutura - compra de urnas eletrônicas, contratação de pessoal, etc.-, o que demanda o aporte de dinheiro; e, nem por isso o direito ao voto é descaracterizado como direito.

Dessa assertiva extraímos a conclusão de que não é a exigibilidade de um direito que o configura como tal<sup>104</sup>. Na realidade, deve-se sempre buscar tornar um direito exigível, sob pena de se ferir um outro: o direito fundamental ao procedimento adequado.

---

pretensões, faculdades, potestades e imunidades. Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 132-146.

<sup>102</sup> Canotilho defende que os direitos sociais, econômicos e culturais não são verdadeiros direitos, mas apenas política. Apesar disso, o autor português afirma que as políticas públicas constitucionais restringem a “liberdade conformadora do legislador”, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 130.

<sup>103</sup> Holmes e Sustain afirmam que as eleições presidenciais dos Estados Unidos da América, no ano de 1996, custaram entre 300 e 400 milhões de dólares aos cofres públicos. Dessa maneira, os autores demonstraram que o direito ao voto é tão custoso quanto qualquer outro direito, e concluíram que “a liberdade privada depende da qualidade das instituições públicas”. No original: “Private liberty depends on the quality of public institutions” (HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton & Company, 1999. p. 113-115). No Brasil, são muitos os autores que entendem, seguindo Cass e Holmes, que não há direitos puramente negativos, entre outros: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos*: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>104</sup> Nas palavras de Ana Carolina Lopes: “A exigibilidade não é condição de existência do direito, ele não existe porque é exigível. Ele existe, razão pela qual deve ser exigível”. OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 96.

## 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

Parte da doutrina defende a ideia de que os direitos sociais seriam direitos exclusivamente coletivos. Por essa razão, a sua tutela individual deveria ser coibida em prol de uma isonomia efetiva<sup>105</sup>.

Há ainda quem defenda uma posição *sui generis*, segundo a qual, a defesa individual desses direitos somente seria possível quando houvesse ofensa ao mínimo existencial<sup>106</sup>.

Ao que nos parece, esses entendimentos conduzem a uma incorreta primazia do coletivismo sobre o individualismo, o que redundaria no massacre das opções individuais em prol de uma coletividade. Voltaríamos às Idades Antiga e Medieval em que o indivíduo era enxergado como parte de um grupo social, bem como aos superados Estados socialistas e nazistas do século XX.

Entendemos que não há prevalência entre interesses públicos (primários) e interesses privados<sup>107</sup>. Na realidade, a restrição de um direito somente ocorrerá no caso concreto,

---

<sup>105</sup> Após afirmar explicitamente que os direitos sociais são direitos coletivos, José Reinaldo arremata: “Não nos estenderemos mais no assunto: basta dizer que os novos direitos sociais só podem ser adequadamente compreendidos a partir de uma perspectiva social e pública, não individual e nem mesmo corporativista”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-143. p. 140. Cf. também COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 86, v. 737, mar. 1997. p.11-22. p. 21: “Nestas condições, não faz sentido que o litígio a respeito da constitucionalidade de uma política pública possa ser decidido incidentalmente, no curso de outro processo judicial, tendente à solução de uma lide particular”.

<sup>106</sup> Ricardo Lobo Torres entende que os direitos sociais somente são direitos fundamentais no âmbito do mínimo existencial, razão pela qual apenas poderiam ser justicializáveis nesse aspecto: “Em síntese, a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial (...). Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”. E arremata algumas páginas adiante: “(...) há que se manter a distinção, que se tem feito ao longo deste livro, entre direitos fundamentais e direitos sociais: aqueles são garantidos até mesmo se não contemplados por políticas públicas; os *direitos sociais*, sujeitos à *reserva do possível*, isto é, à reserva de políticas públicas e de verbas orçamentárias, não justificam a judicialização”. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 80-81 e 113. “A regra, portanto, deve ser a de que a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social – vale dizer, de forma coletiva, difusa ou individual homogênea –, sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial”. LINS, Liane Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigo>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

segundo a máxima da proporcionalidade, não sendo possível que a efetivação dos direitos fundamentais fique aos desígnios de maiorias transitórias<sup>108</sup>. Sobre o assunto, vejamos a posição de Daniel Sarmento:

[...] os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros. E para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público. [...] há muito mais convergência entre interesses públicos e direitos fundamentais do que colisão<sup>109</sup>.

Esses direitos, como já dito, podem se apresentar tanto como direitos individuais, quanto como direitos supraindividuais<sup>110</sup>, e, nesse último caso, nos parece que a maior dificuldade de aceitação está nos direitos individuais homogêneos.

Barbosa Moreira denominou os direitos individuais homogêneos de “acidentalmente coletivos”, por serem típicos direitos individuais. O Ordenamento Jurídico, contudo, lhes garante a possibilidade de defesa coletiva, seja para afiançar a inexistência de decisões contraditórias e evitar multiplicações de ações semelhantes no Judiciário, seja para possibilitar plena indenização aos danos sofridos aos titulares, que, individualmente, não buscariam a satisfação de tais direitos. Nesse passo, tais direitos são “essencialmente individuais”<sup>111</sup>, sendo seus titulares vinculados por uma relação fática, uma origem comum. Não há relação jurídica base a uni-los<sup>112</sup>.

---

<sup>107</sup> Defendendo a primazia do interesse coletivo sobre o particular, cf. APPIO, Eduardo. *Discricionariedade política do Poder Judiciário*. 1. ed, 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

<sup>108</sup> “[...] direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 446, 450 e 511. No mesmo sentido, BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. XVI: “Para que um direito fundamental seja restringido, em favor da realização de uma meta coletiva, esta deve corresponder aos valores políticos fundamentais que a Constituição consagra, e não apenas ao ideário que ocasionalmente agrega um número maior de adeptos”.

<sup>109</sup> SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. p. 32 e 51-52.

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 216-217.

<sup>111</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991. p. 187-188. Cita

Essa origem comum deve ser tal que proporcione a maior homogeneidade possível aos direitos tutelados, prevalecendo os aspectos comuns sobre os individuais. Isso porque, quanto mais heterogêneos forem, menos útil será eventual sentença de procedência no bojo da ação supraindividual. Acrescente-se que as diferenças encontradas podem ocasionar, até mesmo, a extinção da ação por falta de interesse de agir<sup>113</sup>.

Diferentemente dos direitos difusos, cuja indivisibilidade é ponto marcante, os individuais homogêneos têm fruição divisível: a lesão ou a satisfação do direito se dá de forma individualizada. Além disso, os interessados são identificáveis<sup>114</sup>.

Urge alertar que não se trata de simples pluralidade subjetiva de demandas, como no litisconsórcio quando os interessados se unem, casuisticamente, para a defesa de um interesse comum. Mesmo porque o legitimado ativo para ajuizar essa ação não precisa de autorização dos interessados para propô-la, bastando, para tanto, estar autorizado por lei. O conteúdo supraindividual da ação, então, decorre da forma, também metaindividual, em que o pedido e a causa de pedir são deduzidos na exordial<sup>115</sup>.

Também não há que se confundir as ações transindividuais para tutela de direitos individuais homogêneos com aquelas em que o órgão de classe (v.g., um sindicato) representa judicialmente seus sindicalizados, isto é, com as ações pseudocoletivas. Nessas hipóteses, o legitimado extraordinário pleiteia direitos individuais de seus substituídos, lembrando o litisconsórcio multitudinário. Todavia, diferentemente da regra esculpida no artigo 46, parágrafo único do CPC, no caso das ações metaindividuais para tutela de direitos individuais homogêneos, será defeso ao juiz

---

ainda como exemplo um caso ocorrido nos EUA, em que houve lesão a um grande número de pessoas por ação ilegal de uma agência da Bolsa de Valores. Se fosse analisado o prejuízo individualmente considerado, seria ínfimo para motivar o acionamento do Judiciário.

<sup>112</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 28.

<sup>113</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 101, p. 11-27, jan./mar. 2001. p. 21 e 24. A autora exemplifica dizendo que “não haverá homogeneidade de direitos entre um titular que foi vitimado exclusivamente por esse consumo (de produto potencialmente nocivo) e outro, cujas condições pessoais de saúde lhe causariam dano físico, independentemente da utilização do produto ou que fez deste uso inadequado”.

<sup>114</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 91, v. 329, p. 147-160, jan./mar. 1995. p. 148-149.

<sup>115</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 28-30 e p. 70.

limitar o número de substituídos, eis que a ação versará sobre uma “pretensão geral do grupo, categoria ou classe”. Isso porque, é a própria Constituição Federal que permite, em seu artigo 8º, inciso III, a defesa judicial, pelo sindicato, de direitos individuais de seus sindicalizados<sup>116</sup>.

Conclui-se, portanto, que os direitos individuais homogêneos são transindividuais, indisponíveis e indivisíveis para fins de tutela – tem razão de ser instrumental – e somente se individualizam na fase de liquidação<sup>117</sup>.

Frise-se que os direitos individuais homogêneos são categorias autônomas e diferentes dos direitos individuais<sup>118</sup>, ambos protegidos constitucionalmente. Sendo assim, não se pode eleger uma forma de tutela em detrimento da outra, *in casu*, decidir pela tutela metaindividual em prejuízo da individual com o intuito de se evitar quebra de igualdade.

Com já dito, não há prevalência de interesses coletivos sobre privados, e o sistema, inclusive, prevê, através da coisa julgada *secundum eventum litis*, a possibilidade de divergências, por exemplo, entre os resultados das ações para defesa de direitos individuais homogêneos e para defesa de direitos individuais. Qualquer restrição que se faça a um desses tipos de tutela, ainda que se dê em face do Estado, configurará claro retrocesso na defesa de direitos fundamentais, e não se subtrairá o vício de inconstitucional<sup>119</sup>.

Imperioso observar que sempre que um direito fundamental social estabelecer um direito subjetivo (visto como situação jurídica complexa) será possível a sua judicialização, seja pela via individual, ou coletiva.

---

<sup>116</sup>ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 199-202.

<sup>117</sup>ZANETI JÚNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4., 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 79.

<sup>118</sup>Em sentido contrário, entendendo que os direitos individuais homogêneos seriam direitos individuais coletivamente tratados: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>119</sup>ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocessualismo. In: ABELHA RODRIGUES, Marcelo; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.137-160. p. 160.

Nesse andar, deve-se alertar que direito fundamental social não é sinônimo de política pública<sup>120</sup>, que deve ser entendida como o meio para o atingimento daquele. Vejamos o conceito de política pública:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados<sup>121</sup>.

Veja que política pública não se confunde com o próprio direito social em si. É, na verdade, um programa de governo para se alcançar a efetivação desse direito. Nesse diapasão, a Constituição Federal já fixou as políticas públicas prioritárias que devem ser implementadas pelo Executivo e Legislativo, aos quais resta apenas a discricionariedade de meios<sup>122</sup>. Por conseguinte, somente poderão ser coletivamente judicializadas as políticas públicas definidas pelo texto constitucional que não reflitam apenas direitos subjetivos individuais<sup>123</sup>.

Como exemplos, temos, de um lado, os direitos à saúde e à educação, que podem se apresentar, tanto individualmente quanto transindividualmente. De outro lado, temos a previsão constitucional da política do pleno emprego que, ao se afigurar como situação jurídica complexa, poderá ser utilizada como parâmetro de constitucionalidade.

---

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 218.

<sup>121</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-51. p. 39. Nesse artigo, a autora reformulou o conceito sobre políticas públicas que havia desenvolvido em seu livro “Direito administrativo e políticas públicas”.

<sup>122</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. p. 97.

<sup>123</sup> Paulo Gustavo defende que a ação civil pública poderá ser utilizada tanto para determinar ao Poder Público a conformação de suas atividades aos fins constitucionais, quanto para anular atos administrativos que sejam contrários às políticas públicas constitucionalmente definidas. In: FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após vinte anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 477.

Significa dizer que se uma dada política econômica praticada pelo Executivo violar a garantia do pleno emprego, essa opção poderá ser declarada inconstitucional pelo Judiciário, e o Executivo se virá obrigado a desenvolver novos planos econômicos consentâneos aos objetivos constitucionais<sup>124</sup>. Observe que o Judiciário não poderá impor a escolha de uma política econômica específica, uma vez que o Executivo possui, regra geral, discricionariedade quanto aos meios para o atingimento dos fins já constitucionalmente traçados, escolhidos e definidos pelo constituinte originário.

O mesmo ocorre com o direito à moradia: não podendo, regra geral, ser individualmente pleiteado, poderá o Executivo ser obrigado, através de ação supraindividual, a desenvolver uma política pública nessa área (no caso de total omissão), ou ainda a adequar a política pública existente aos fins constitucionais.

Os direitos fundamentais sociais poderão, portanto, ser individualmente exigidos quando se apresentarem como direitos subjetivos individuais, e, judicializados pela via coletiva quando se apresentarem como direitos transindividuais. Também poderão servir de parâmetro para a análise da constitucionalidade das ações/omissões do Estado, ou ainda para adequar - ou determinar a criação - as políticas públicas a cargo do Executivo ou do Legislativo, isto é, sendo situações jurídicas complexas, as especificidades do caso concreto que indicarão a forma adequada de tutela jurisdicional do direito fundamental social.

Nesse sentido, discordamos da assertiva de que os direitos sociais veiculados na forma de princípios, vistos como normas programáticas, somente gerariam “situações subjetivas negativas para o Legislador e para a Administração”<sup>125</sup>, porquanto todos os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 são vinculantes.

---

<sup>124</sup> Krell afirma que o direito constitucional ao trabalho deverá corresponder à implementação de políticas públicas de formação profissional e de “fomento tributário para a iniciativa privada”. KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 55.

<sup>125</sup> José Afonso da Silva afirma que “se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177.

Alexy qualifica os direitos sociais, na Constituição Alemã, como direitos fundamentais atribuídos<sup>126</sup>, pois não há, salvo uma hipótese, direitos fundamentais sociais taxativos (disposições de direitos fundamentais) no texto constitucional alemão. Desse modo, o autor, inicialmente, classifica os direitos fundamentais sociais, como direitos fundamentais atribuídos, em vinculantes e não-vinculantes, estes caracterizados como normas programáticas. Em seguida, afirma que “uma norma deve ser considerada como ‘vinculante’ se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal”<sup>127</sup>, e acaba por defender a justiciabilidade plena dos direitos fundamentais sociais, graças a sua vinculatividade.

Pelo exposto, se se entende, como Alexy, que a programaticidade de um direito decorre da impossibilidade de o Tribunal Constitucional analisar a sua violação, com muito maior razão, inexistiriam normas puramente programáticas na nossa Constituição, até mesmo porque ela possui um amplo rol de direitos fundamentais sociais<sup>128</sup>.

## 2.3 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Elucidado que Robert Alexy divide as normas de direitos fundamentais em disposições de direitos fundamentais e em normas de direitos fundamentais atribuídas, é importante esclarecer que o autor reconhece que ambas as espécies de normas de direitos

---

<sup>126</sup> São direitos fundamentais atribuídos aquelas normas “que não são estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, elas são atribuídas às normas diretamente estabelecidas pela Constituição” através de uma “*relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que a refina”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 72-73.

<sup>127</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 500-501.

<sup>128</sup> Discordamos de Nagibe de Melo segundo o qual somente seriam exigíveis direitos fundamentais que outorguem direitos subjetivos: “De tudo isso podemos concluir que os direitos de segunda e terceira dimensões são exigíveis quando se apresentarem como direitos subjetivos. Além disso, podemos também afirmar que eles apresentam uma dimensão objetiva que impõe ao Estado condutas e o atingimento de certos fins. Tais fins condicionam a atividade legislativa e podem ser utilizados, por exemplo, como parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade, principalmente no que diz respeito à inconstitucionalidade por omissão e à inconstitucionalidade das leis. A dimensão objetiva dos direitos de segunda e terceira dimensões funciona também como diretriz interpretativa para os aplicadores do direito”. Observe que malgrado o autor afirme a existência de pelo menos uma eficácia dos direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos, não a reconhece como forma de exigibilidade dos mesmos. JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais sociais*. 2. tir. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 47.

fundamentais têm estrutura tanto de regras quanto de princípios. A diferença entre regras e princípios, para o autor, é qualitativa, e não meramente de grau<sup>129</sup>.

As regras têm caráter *tudo ou nada*, uma vez que ou serão satisfeitas ou não serão<sup>130</sup>, sendo que o conflito entre elas, quando inexistente uma cláusula de exceção, se soluciona no âmbito da validade, isto é, ou há uma cláusula de exceção para excepcionar a incidência da regra, ou uma das regras deve ser declarada inválida, segundo os clássicos preceitos de hermenêutica (*lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* e *lex superior derogat legi inferiori*)<sup>131</sup>.

Após afirmar que as regras têm caráter *tudo ou nada*, Alexy sustenta que as regras nem sempre são assim, eis que podem perder seu caráter definitivo para ter caráter *prima facie*. Isso ocorreria sempre que estivesse presente uma cláusula de exceção e sempre que uma regra cedesse espaço para um determinado princípio, quando os princípios formais que a sustentam fossem superados por aquele outro<sup>132</sup>.

Em que pese Alexy permitir que uma regra seja superada por um princípio P<sup>1</sup>, desde que os princípios formais que a sustentem não prevaleçam, no caso concreto, diante de P<sup>1</sup>, o autor afirma, peremptoriamente a existência de uma primazia das regras em sua teoria, senão vejamos:

[...] do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor dos princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as

---

<sup>129</sup> Em contrário, entendendo a diferença entre regras e princípios ser quantitativa, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>130</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 91.

<sup>131</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 91-93.

<sup>132</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 103-105.

decisões do legislador constituinte. É possível que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.<sup>133</sup>

Nesse diapasão, cai por terra a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao associar os princípios aos valores, garante maior importância a estes do que às regras<sup>134</sup>.

Decerto que princípios e valores são bastante assemelhados, mas a diferença fulcral entre eles é que o primeiro tem estrutura deontica de *dever ser*, sendo, portanto, capaz de prescrever condutas humanas, enquanto que o segundo tem natureza axiológica<sup>135</sup>.

Os princípios são mandamentos de otimização pois “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>136</sup>. Nesse passo, em caso de colisão entre princípios, ambos igualmente válidos<sup>137</sup>, um deles cederá, porque terá “precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 140.

<sup>134</sup> “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 883.

<sup>135</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 153.

<sup>136</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 90.

<sup>137</sup> É importante salientar que Alexy refuta a possibilidade de haver colisão entre princípios inválidos. Em sua teoria, o autor parte do pressuposto de que a existência de colisão entre princípios somente ocorre se ambos forem válidos, ou seja, pertencentes ao mesmo Ordenamento Jurídico: “contradições normativas em sentido amplo que ocorrem no interior do ordenamento jurídico são sempre colisões entre princípios, e colisões entre princípios ocorrem sempre no interior do ordenamento jurídico. Com isso, fica claro que o conceito de colisão entre princípios pressupõe a validade dos princípios colidentes. Por isso, a referência à possibilidade de se classificar princípios como inválidos não atinge o teorema da colisão, apenas torna mais claro um de seus pressupostos”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 110.

<sup>138</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 93.

Os princípios, por conseguinte, estão em constante colisão, que deverá sempre ser solucionada à luz do caso concreto, segundo condicionantes fáticas e jurídicas. Se assim não fosse, os princípios seriam mandamentos de maximização<sup>139</sup>.

Nessa ordem de ideias, inexistiriam princípios absolutos, porquanto entre os princípios há uma relação de precedência condicionada, isto é, um determinado princípio somente prevalecerá sobre outro sob determinadas condições do caso concreto.

Até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana não possui relação de precedência incondicionada em relação a outros princípios, podendo ceder no caso concreto.

Ainda quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, Alexy reconhece a necessidade de um forte ônus argumentativo do intérprete para o seu afastamento, o que não significa dizer que tal princípio é absoluto<sup>140</sup>.

Daí resulta o caráter *prima facie* dos princípios que se tornam direitos definitivos somente após ser decidida, no caso concreto, a colisão entre eles, que é solucionada pela máxima da proporcionalidade<sup>141</sup> e suas máximas parciais fáticas (adequação e necessidade) e jurídica (proporcionalidade em sentido estrito).

---

<sup>139</sup> Alexy deixa clara a relação constitutiva existente entre os princípios, afirmando que eles são mandamentos de otimização. Acaso inexistente tal relação, os princípios seriam, na verdade, mandamentos de maximização. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 95, nota de rodapé 37.

<sup>140</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 111-114.

<sup>141</sup> Cumpre esclarecer que Alexy não trata a proporcionalidade como um princípio, o que ensejou inclusive a tradução do vocábulo, por Virgílio Afonso da Silva, por “máxima”. Nas palavras do autor: “a máxima da proporcionalidade é com frequência denominada ‘princípio da proporcionalidade’. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesados contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 117, nota de rodapé 84. No Brasil, dentre outras classificações sobre a proporcionalidade, temos Humberto Ávila que a classifica como um postulado normativo aplicativo. Sobre o assunto cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

Segundo a máxima parcial da adequação, deve-se analisar se a medida adotada é a mais adequada para proteger o princípio P<sup>1</sup>, ao mesmo tempo em que deve causar a menor restrição possível ao princípio P<sup>2</sup>. Se houver medida que traga mais efetividade à P<sup>1</sup> e menos prejuízos à P<sup>2</sup>, essa deverá ser adotada em detrimento daquela, conforme exemplo de Alexy, oriundo do BVerfGE 19, 330, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão:

Um cabeleireiro colocou sem permissão uma máquina de venda automática de cigarros em seu estabelecimento. Diante disso, as autoridades administrativas impuseram-lhe uma multa por descumprimento da lei sobre o comércio no varejo. Essa lei exigia uma permissão, que só seria concedida se o requerente demonstrasse “a necessária expertise”, a qual poderia ser obtida por meio de um curso profissionalizante como comerciante de uma prática de muitos anos em um estabelecimento comercial ou de um exame especial no qual seriam testados conhecimentos técnico-comerciais. [...]. O Tribunal Constitucional Federal chegou à conclusão de que a exigência de uma prova de expertise para qualquer comércio de qualquer mercadoria – ou seja, também para a exploração de máquinas automáticas para vender cigarros – viola a liberdade profissional garantida pelo art. 12, §1º da Constituição alemã. Sua fundamentação baseia-se essencialmente no fato de que a exigência de uma prova de competência comercial no caso da exploração de uma máquina automática para vender cigarros não é adequada para proteger o consumidor contra prejuízos a sua saúde ou contra prejuízos econômicos. Por esta razão, essa exigência seria proibida pela máxima da adequação e violaria o direito fundamental à liberdade profissional<sup>142</sup>.

Quanto à máxima parcial da necessidade, ela determina que seja adotada sempre a medida menos gravosa, dentre aquelas que sejam igualmente adequadas, isto é, após a análise da adequação, se ainda não for possível solucionar a colisão entre princípios de direitos fundamentais, passa-se à análise da necessidade a fim de garantir que será adotada a medida menos restritiva ao direito fundamental que cederá:

Uma portaria do Ministério da Juventude, Família e Saúde continha a proibição de comercialização de doces que, embora contivessem chocolate em pó, eram feitos sobretudo de flocos de arroz e não eram, portanto, produtos genuinamente de chocolate. O objetivo dessa portaria era proteger o consumidor contra compras equivocadas. O Tribunal Constitucional Federal observou que uma tal proibição de comercialização de mercadorias seria inteiramente adequada para proteger o consumidor. Se há uma proibição de que algo seja comercializado, o

---

<sup>142</sup> ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 588-589.

risco de que ele seja comprado por engano é pequeno. No entanto, a proibição de comercialização não seria necessária. Haveria uma medida igualmente adequada e, ao mesmo tempo, menos invasiva. Um dever de identificação no rótulo poderia combater o perigo de confusões e equívocos [...].<sup>143</sup>

Ultrapassadas as condicionantes fáticas sem que tenha sido solucionada a colisão de princípios, deve-se partir para a análise da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, que é a única condicionante jurídica do sopesamento.

Nesse ponto, o intérprete justificará racionalmente sua escolha acerca de qual princípio prevalecerá, observando que “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” e que “quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”<sup>144</sup>.

Para Alexy, o resultado do sopesamento originará uma regra concreta, que deverá ser observada pelo intérprete nos casos análogos, eis que o resultado do sopesamento decorre da definição de qual deve ser o princípio a prevalecer no caso concreto, daí decorrendo o seu caráter deontológico<sup>145</sup>.

Com isso, o autor estabelece a jurisprudência como fonte primária do direito, imputando ao magistrado grande responsabilidade na efetivação dos direitos fundamentais (vide Capítulo 4).

Mister esclarecer que Alexy deixa assente que o sopesamento não chegará, sempre, a um mesmo resultado, em casos idênticos, motivo pelo qual o autor sepulta a ideia platônica de que haveria uma única resposta certa. Malgrado pretenda a univocidade na

---

<sup>143</sup> ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 590.

<sup>144</sup> Essas citações podem ser encontradas, respectivamente, em ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 593 e 617.

<sup>145</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 169 e 175.

aplicação da teoria, Alexy admite que a sua inexistência não lhe retira sua cientificidade<sup>146</sup>.

O sopesamento, segundo o autor, embora tenha limites, atualmente é o método que melhor atenderia à Teoria dos Direitos Fundamentais, composta por regras e princípios.

O controle do resultado do sopesamento passa a se dar no âmbito do discurso: será racional um sopesamento “quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional”<sup>147</sup>.

Nota-se a importância que assume o dever de fundamentação das decisões judiciais quando da aplicação da teoria de Robert Alexy, ora adotada no presente trabalho<sup>148</sup>. (vide Capítulo 3, Item 3.4).

---

<sup>146</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 39. Cf. também ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 591.

<sup>147</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 165.

<sup>148</sup> A jurisprudência nacional vem se utilizando, com frequência, da teoria de Alexy, para solucionar a colisão entre direitos fundamentais, como se observa do seguinte acórdão: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE MEDICAMENTO. DIREITO À SAÚDE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A Constituição Federal garante o direito à saúde, direito fundamental de 2ª geração, que impõe ao Estado uma prestação positiva, ou seja, propiciar ao cidadão os meios de tratamento das doenças, inclusive com o fornecimento de medicamentos excepcionais. 2. A aplicação de todo princípio constitucional exige a verificação dos postulados da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*), da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) e da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Nesse contexto, o fornecimento de medicamentos especiais pressupõe (i) a eficácia no tratamento pretendido (adequação), (ii) a inexistência de outro tratamento com igual eficácia e menor custo (necessidade) e (iii) a prevalência do bem jurídico que se pretende proteger sobre todos os demais (proporcionalidade em sentido estrito). A eficácia do tratamento (adequação) geralmente é verificada por intermédio de informações técnicas (laudo médico etc.); a inexistência de outro tratamento com igual resultado e menor custo também exige o conhecimento de especialistas; a prevalência do bem jurídico (direito à saúde) sobre os demais direitos sempre se apresenta, pois a vida é o bem jurídico supremo, devendo ser protegido mesmo que ao custo de violação de regras orçamentárias ou administrativas. 3. A exigência de “inexistência de outro tratamento com igual eficácia e menor custo”, não significa que se deve condicionar o direito à vida à existência de “baixo custo” na aquisição de remédios. Muito ao contrário. A vida humana não tem preço. Porém, o dispêndio de recursos públicos em tratamentos desnecessários pode acarretar o esgotamento da verba pública para outras despesas igualmente importantes, como aquisição de aparelhos para hemodiálise, fornecimento de remédios para tratamento de câncer, AIDS etc. Assim, o fornecimento de medicamentos excepcionais deve ser amplamente protegido, desde que não exista outro tratamento com a mesma eficácia (*Geeignetheit*) e com menor custo (*Erforderlichkeit*) ou não implique o sacrifício da própria vida do requerente (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). 4. Comprovada a necessidade e essencialidade do medicamento, além da incapacidade para custear o tratamento, o Estado, detentor do dever constitucional de garantir a saúde e o bem estar de toda a população, deve fornecê-lo imediatamente. Precedentes. 5. Recurso desprovido”. (TJES, Classe: Remessa Ex-offício, 11080045427, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 01/12/2009, Data da Publicação no Diário: 09/02/2010).

### **3 LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

O magistrado, ao analisar questões relacionadas às omissões estatais na efetivação dos direitos fundamentais sociais não está totalmente livre para decidir conforme o seu arbítrio, em substituição da discricionariedade legislativa e administrativa pela sua própria. O decisionismo judicial é vedado e fere todas as garantias do Estado Democrático Constitucional.

O juiz, assim, encontra-se vinculado a uma série de fatores que limitam o próprio direito fundamental a ser tutelado, bem como a sua discricionariedade ao decidir, ao mesmo tempo em que impõem um amplo debate entre as partes a fim de se garantir uma decisão mais democrática possível, fruto inegável da dialeticidade processual.

É o que veremos a seguir.

#### **3.1 RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL**

##### **3.1.1 Restrições aos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações no seu exercício e no seu âmbito de incidência, até mesmo para que possam ser compatibilizados entre si.

Com o fim de evitar restrições desnecessárias e deveras gravosas aos direitos fundamentais, a doutrina se debate, basicamente, entre duas teorias. A primeira entende que as restrições fazem parte do próprio direito fundamental, que já nasceria restringido (teoria interna). A segunda, por sua vez, compreende a existência autônoma do direito

fundamental ilimitado e de suas restrições, surgindo, apenas no caso concreto, após a incidência das limitações, o direito fundamental definitivo (teoria externa).

É inegável que a reserva do possível limita o exercício dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos fundamentais sociais, devendo ser analisado qual o tipo de limite que ela representa ao direito fundamental: se é um limite imanente ou se é uma restrição externa.

Tal análise terá importantes reflexos na efetivação dos direitos fundamentais sociais e no processo judicial, especialmente quanto à distribuição do ônus da prova.

### **3.1.2 Reserva do possível: limite imanente dos direitos fundamentais sociais ou restrição externa aos direitos fundamentais sociais?**

Feitas as observações acima sobre as restrições aos direitos fundamentais, é preciso esclarecer que, quanto à reserva do possível, a doutrina, basicamente, se divide entre duas posições: a que entende a reserva do possível como limite imanente ao direito fundamental, e a que entende a reserva do possível como restrição externa ao direito fundamental. É o que passaremos a discutir.

#### **3.1.2.1 RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE IMANENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Um conceito de reserva do possível como limite imanente, pode ser encontrado no seguinte trecho de Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como *condição de possibilidade* de reconhecimento do direito: se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não

for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não gozaria de proteção jurídica.<sup>149</sup>

Essa vinculação dos custos para a existência do direito, teve desenvolvimento relevante na obra de Cass Sustein e Stephen Holmes<sup>150</sup>, segundo os quais todos os direitos têm algum custo, sejam eles direitos de liberdade ou de solidariedade. Partindo dessa premissa, e admitindo a escassez dos recursos públicos, tais autores redefinem o direito subjetivo, em cujo conceito passa a constar a existência de recursos financeiros suficientes para a sua satisfação.

No Brasil, Gustavo Amaral e Flávio Galdino, ao realizarem a análise econômica do direito, incluíram a reserva do possível como elemento caracterizador do direito fundamental. Significa dizer que não sendo financeiramente possível implementar determinado direito, ele não se configura como tal.

Gustavo Amaral procurou estabelecer critérios jurídicos aptos a justificarem as escolhas alocativas realizadas pela Administração Pública diante da escassez dos recursos públicos.

Assim sendo, afirma que toda decisão alocativa é trágica tendo em vista a infinidade de tarefas a serem realizadas pelo Estado para dar efetividade aos direitos fundamentais.

Nesse passo, seriam vários os “critérios e metodologias para a tomada das decisões alocativas”<sup>151</sup>, pelo que a escolha em investir em determinado direito, inevitavelmente, acarretará a não efetividade de um outro<sup>152</sup>.

Desse modo, considera o autor que o Judiciário não pode solucionar problemas relacionados à macrojustiça com os métodos próprios da microjustiça:

---

<sup>149</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 188.

<sup>150</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: WW Norton & Company, 1999.

<sup>151</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 95.

<sup>152</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 81.

O conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça põe em questão um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional<sup>153</sup>.

Ao fazer essa afirmativa, tendo em vista a impossibilidade material de garantir, a todos, a efetivação dos direitos fundamentais, Amaral opta “por algo menos”, em que o destino dos recursos públicos passa a ser apenas uma decisão política<sup>154</sup>.

Nesse sentido, entende o autor que o Judiciário não tem condições adequadas para se imiscuir nas decisões alocativas realizadas pelos demais poderes:

Todo o modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda<sup>155</sup>.

Conquanto realize uma série de objeções em relação à atuação da magistratura em demandas desse naipe, Amaral admite, amplamente, a tutela coletiva como forma de controle dos critérios de escolha utilizados pelo administrador<sup>156</sup>.

Quanto à tutela individual, Gustavo Amaral estabelece duas variáveis que deverão pautar a interferência do Judiciário nas decisões alocativas do administrador: grau de essencialidade da pretensão e grau de excepcionalidade da situação concreta. Desse modo, afirma que “quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”<sup>157</sup>.

Ricardo Lobo Torres, ao comentar a posição de Amaral, ressalta as dificuldades que poderão surgir no preenchimento, pelos magistrados, dessas duas cláusulas gerais (grau

---

<sup>153</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 97.

<sup>154</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 111.

<sup>155</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 114.

<sup>156</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 116.

<sup>157</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 120.

de essencialidade da pretensão e grau de excepcionalidade da situação concreta), de complexa definição<sup>158</sup>.

Nesse passo, é de bom alvitre advertir que, se se admite a tutela individual das escolhas alocativas do administrador, apenas no que pertine ao mínimo existencial, como fazem alguns autores<sup>159</sup>, inclusive Gustavo Amaral, a análise do critério do grau de excepcionalidade ficará prejudicado, porquanto a prestação dificilmente não poderá ser considerada essencial.

Insta salientar que, em recente publicação, Gustavo Amaral alterou, parcialmente seu entendimento, para admitir a reserva do possível como uma restrição externa ao direito fundamental e não mais como um limite imanente<sup>160</sup>.

Flávio Galdino também admite que a reserva do possível deve ser encarada como um limite imanente aos direitos fundamentais, e, partindo da premissa de que todos os direitos têm um custo, admite que:

A consciência de que os direitos custam implica *ipso facto* a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos igualmente responsáveis para custeá-los, mostrando-se incorreta a tese *atomista* de que os direitos inculcam a irresponsabilidade para com os deveres sociais. Ao invés, os direitos, corretamente compreendidos, promovem a responsabilidade no respectivo exercício<sup>161</sup>.

---

<sup>158</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 76.

<sup>159</sup> Dentre eles: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 e BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>160</sup> “No passado, isso nos levava a divergir de Sarlet (2007, p. 305) para entender que ante o caráter expansionista do chamado ‘direito à vida’, a escassez faz parte da definição, da delimitação *em concreto* do próprio direito, ou, como afirmado antes, da densificação e decisão quanto ao atendimento da pretensão (cf. cap. 4), pelo que a chamada ‘reserva do possível’ seria elemento integrante. (...) A questão da escassez tem papel mais relevante *na aplicação* do direito do que na especificação de seu conteúdo sem ser em vista de um caso concreto”. E, em nota de rodapé de mesma página, o autor alerta que essa observação se refere a todos os direitos fundamentais, e não apenas ao direito à vida. AMARAL, Gustavo. *Post scriptum: voltando ao tema, quase dez anos depois*. In: \_\_\_\_\_. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151.

<sup>161</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 214.

Nesse sentido, a tese de Flávio Galdino enxerga o Direito como um instrumento para se alcançar a máxima eficiência na alocação de recursos públicos, admitindo a superioridade da Economia sobre o Direito<sup>162</sup>.

Assim, pela análise econômica do Direito, segundo o autor, a “afirmação de direitos irrealizáveis”<sup>163</sup> tem escopo meramente ideológico e gera verdadeira frustração social, motivo pelo qual a existência do Direito deve depender da existência de recursos públicos:

Deste modo, antes de se afirmar que uma pessoa determinada possui um direito fundamental determinado, há que se analisar os custos desse direito, e, somente diante da confirmação de que há possibilidades reais de atendimento ao ainda então invocado direito, reconhecer-se tal postulação como direito fundamental.<sup>164</sup>

Galdino justifica o seu posicionamento ao afirmar que, sempre que o direito existisse *in abstracto* e não pudesse ser realizado no caso concreto, ocorreria ruptura no sistema.

Entendemos, contudo, que, se se compreende que o direito fundamental também pode estar veiculado na forma de princípio, e como tal, é um mandado de otimização, na esteira do que defende Alexy<sup>165</sup>, são absolutamente naturais alterações no âmbito de aplicação do direito fundamental, porquanto o direito definitivo sempre será diferente, e, sob certo aspecto, menos abrangente, do que o direito *prima facie*.

Note-se que, segundo os entendimentos acima expostos, a reserva do possível seria um limite ao direito fundamental inerente ao próprio conceito do direito, isto é, existente alocação financeira específica estaria presente determinado direito fundamental.

Admitir a reserva do possível como limite imanente representa sujeitar os direitos fundamentais ao arbítrio do administrador, numa completa inversão: em vez de se

---

<sup>162</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 242-243.

<sup>163</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 339.

<sup>164</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 342.

<sup>165</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 103 e ss.

entender os direitos fundamentais como escolhas constitucionais, passa-se a entendê-los como escolhas políticas, insindicáveis judicialmente<sup>166</sup>.

Desse modo, seriam o administrador e o legislador aqueles que definiriam o que é o direito fundamental, e não mais a Constituição. Voltaríamos à concepção de Lasalle, segundo a qual a constituição real são apenas as relações de poder existentes na sociedade<sup>167</sup>.

A adoção da teoria interna não impede o subjetivismo, na medida em que o administrador vai dizer (sem ponderação, e até mesmo sem fundamentação) o que é o direito fundamental, enfraquecendo os direitos fundamentais que ficam restritos a pequeno rol<sup>168</sup>.

Portanto, refutamos a tese que enquadra a reserva do possível como limite imanente ao direito fundamental, e admitindo a supremacia da constituição e a sua eficácia normativa, compreendemos a reserva do possível como restrição externa ao direito fundamental a ser aferida no caso concreto pelo Judiciário. É o que veremos a seguir.

### 3.1.2.2 RESERVA DO POSSÍVEL COMO RESTRIÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Para Alexy, a teoria interna se pode adequar mais facilmente para a resolução dos casos mais simples e será melhor compreendida se se entende como regras as normas de direitos fundamentais. De outro lado, se as normas de direitos fundamentais são vistas como regras e princípios, deve prevalecer a teoria externa<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 191.

<sup>167</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>168</sup> REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 142-146.

<sup>169</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p 278.

Asseverar a reserva do possível como restrição externa aos direitos fundamentais significa afiançar a máxima efetividade desses direitos e a sua otimização mediante a proporcionalidade<sup>170</sup>.

Com efeito, presente a reserva do possível, o intérprete deverá ponderá-la com o princípio de direito fundamental. Em outras palavras: sendo o princípio de direito fundamental uma posição jurídica *prima facie*<sup>171</sup>, ele poderá ser restringido, mediante a proporcionalidade, se presente a reserva do possível<sup>172</sup>.

Adotar essa posição, ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não enfraquece os direitos fundamentais sociais, eis que:

[...] a teoria externa, além de comportar mais recursos de hermenêutica do que a teoria interna – pois que não exclui a subsunção, mas apenas aponta a sua insuficiência para resolver conflitos envolvendo direitos fundamentais – implica uma maior vinculação do Judiciário, que fica obrigado a sopesar todos os bens jurídicos em jogo, orientado pela máxima da proporcionalidade.<sup>173</sup>

Entender a reserva do possível como restrição externa tampouco fere a discricionariedade do legislador e do administrador na decisão sobre a alocação dos recursos públicos, uma vez que a discricionariedade não pode ser utilizada pelo agente político para manter ineficazes as escolhas políticas pré-determinadas pelo Constituinte originário.

Em assim sendo, entendemos que as restrições externas aos direitos fundamentais garantem uma maior eficácia do direito fundamental, pois sempre será possível ampliar ou reduzir o conteúdo do direito fundamental, segundo as especificidades do caso concreto.

---

<sup>170</sup> Como já afirmado, Alexy entende a proporcionalidade como método de resolução de colisões entre princípios, motivo pelo qual, segundo o seu entendimento, adotado nesta dissertação, é tecnicamente equivocado denominar a proporcionalidade de princípio (ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_, *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Teoria e direito público, v. 1. p. 594).

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 103 e ss.

<sup>172</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 193.

<sup>173</sup> REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 182.

### 3.1.3 Conceito de reserva do possível

Acentuado que a reserva do possível atua como uma restrição externa aos direitos fundamentais, é preciso, nesse momento, defini-la.

O surgimento da reserva do possível se deu na Alemanha, no julgamento do BVferGE 33, 303, conhecido como *numerus clausus*, quando se decidiu acerca da constitucionalidade de restrições impostas pelas universidades de Hamburg e da Baviera, nos anos de 1969 e 1970, à admissão de calouros no curso de Medicina.

O Tribunal Constitucional Federal alemão afirmou que malgrado um *numerus clausus* absoluto não seja constitucionalmente aceitável, os direitos fundamentais sociais estão sob a reserva do possível, porque o indivíduo somente deve exigir da coletividade o razoável, devendo “tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa”<sup>174</sup>.

Nesse passo, o Tribunal Constitucional Federal estabeleceu que somente são constitucionais limitações absolutas no ingresso de calouros se:

- a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis, e
- b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino<sup>175</sup>.

E arrematou:

---

<sup>174</sup> SCHWABE, Jürgen (Coord.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 664.

<sup>175</sup> SCHWABE, Jürgen (Coord.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 658.

Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados<sup>176</sup>.

Nos julgados *numerus clausus* ficou estabelecido que as Universidades de Hamburg e da Baviera tinham ampliado o número de vagas para o curso de Medicina e estavam operando com as suas capacidades máximas. Logo, nessas condições, não seria razoável exigir que fossem abertas vagas suficientes para todos os candidatos.

Note-se, claramente, que a reserva do possível, quando de sua criação pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, não foi compreendida como reserva do financeiramente possível, mas sim como um limite fático, tanto financeiro quanto estrutural, daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade e do Estado.

A reserva do possível surgiu, por conseguinte, na Alemanha, como viabilidade lógica de efetivação de direitos fundamentais, não tendo sido utilizada como norma principiológica.

Diversamente, a reserva do possível quando transplantada para o Brasil, sob a influência de Canotilho<sup>177</sup>, veio como limite orçamentário à implementação dos direitos fundamentais sociais<sup>178</sup>, passando a ensejar, em terras brasileiras, análises econômicas sobre a efetivação dos direitos fundamentais.

Para Sergio Fernando Moro, a reserva do possível definiria quais os direitos fundamentais são viáveis de serem implementados<sup>179</sup>, devendo-se advertir que não será constitucionalmente permitido, em todos os casos, que a reserva do possível torne inefetivos os direitos fundamentais.

---

<sup>176</sup> SCHWABE, Jürgen (Coord.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 665.

<sup>177</sup> KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 51-52; OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 215 e ss.

<sup>178</sup> Nesse sentido, JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba*. (no prelo).

<sup>179</sup> MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 98.

Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen houve por bem definir a reserva do possível “como uma condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”<sup>180</sup>: como dado da realidade que é apenas o caso concreto que dirá se ela afasta, ou não, a incidência, ainda que parcial, do direito fundamental.

Neste trabalho, sem descurar que a reserva do possível também se refere à viabilidade lógica de efetivação dos direitos fundamentais, a trataremos como viabilidade financeira, que “na maior parte dos casos” decorre “da escolha feita pelos poderes públicos”<sup>181</sup>, e onde se encontra grande parte das discussões nacionais sobre controle judicial de políticas públicas.

### **3.1.4 Garantia do núcleo essencial do direito fundamental**

As teorias acerca da existência de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais podem ser divididas, basicamente, em quatro: teorias subjetiva, objetiva, absoluta e relativa.

As teorias subjetiva e objetiva divergem quanto ao objeto a ser protegido pela garantia do núcleo essencial: se são as posições jurídicas subjetivas dos titulares dos direitos fundamentais, ou se é o próprio Ordenamento Jurídico (proteção ao próprio direito objetivo).

Para Jane Reis, essas duas teorias esquecem que os direitos fundamentais têm duas faces: a subjetiva e a objetiva, uma vez que ao mesmo tempo em que são garantias aos seus titulares, são normas objetivas da ordem jurídica<sup>182</sup>.

Já as teorias absoluta e relativa põem em debate os limites às restrições aos direitos fundamentais.

---

<sup>180</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 200.

<sup>181</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 244.

<sup>182</sup> REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 368-370.

De tal arte, segundo a teoria absoluta, existiria um núcleo essencial dos direitos fundamentais rígido e intransponível, verificável em abstrato. Essa posição teria como seguidores, na doutrina brasileira, dentre outros, Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos.

Ricardo Lobo Torres afirma que o direito ao mínimo existencial coincide “com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, por ser considerado um “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (igualdade – imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”<sup>183</sup>.

Lobo Torres entende o mínimo existencial como um direito natural, inerente às pessoas humanas e relacionado aos direitos de liberdade:

O mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a (...) <sup>184</sup>.

Nessa ordem, ao analisar a jusfundamentalidade dos direitos sociais, Ricardo Lobo Torres chega à conclusão de que apenas são judicializáveis no âmbito do mínimo existencial. Ou seja, os direitos sociais apenas são fundamentais no que tange ao mínimo existencial<sup>185</sup>.

Assim, segundo o autor, os direitos fundamentais individuais estariam no âmbito do mínimo existencial e seriam justicializáveis. Já os direitos sociais estariam sujeitos à reserva do possível, ficando à mercê das escolhas alocativas a serem realizadas pelo administrador<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

<sup>184</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 39.

<sup>185</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 42.

<sup>186</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 113.

Refutando a ideia de que todos os direitos sociais são também direitos fundamentais<sup>187</sup>, bem como a de que os direitos humanos seriam indivisíveis<sup>188</sup>, Ricardo Lobo Torres conclui que a solução para a “afirmação dos direitos sociais” é a “redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial” somada à “otimização da parte que sobre-excede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania”<sup>189</sup>.

Dessa forma, a problematização passaria pela minimização dos direitos sociais, como “proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres”, bem como pela maximização do mínimo existencial. Essa sim insindicável, porquanto só poderia ser alcançada “na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático”<sup>190</sup>.

Acerca da estrutura normativa do Direito ao mínimo existencial, o autor assevera, citando Martin Boroswki, que o “mínimo existencial é *regra*, porque se aplica por subsunção, constitui direitos definitivos e não se sujeita à ponderação”<sup>191</sup>.

Tendo em vista que o mínimo existencial compõe, e com ele se confunde, com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, a atuação do Judiciário não é considerada, pelo autor, como “judicialização das políticas públicas, pois as prestações dos mínimos sociais se compreendem nas garantias institucionais da liberdade”<sup>192</sup>.

O curioso na tese de Ricardo Lobo Torres é que, ao mesmo tempo em que afirma ter o mínimo existencial estrutura normativa de regra, admite caber ao Judiciário o seu controle, restringindo-o ou ampliando-o, de acordo com o caso concreto<sup>193</sup>. Nesse passo, o Judiciário estaria legitimado para proteger o mínimo existencial e determinar

---

<sup>187</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 43-48.

<sup>188</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49-53.

<sup>189</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 53.

<sup>190</sup> As transcrições deste parágrafo podem ser encontradas em: TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 81.

<sup>191</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 84.

<sup>192</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 96.

<sup>193</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 96 e 101.

“aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis”<sup>194</sup>, porquanto o mínimo existencial não estaria sujeito à discricionariedade.

Enquanto Ricardo Lobo Torres não afirma, peremptoriamente, o conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (aos quais o autor identifica com o mínimo existencial), Ana Paula de Barcellos pretendeu determinar o conteúdo do mínimo existencial, a fim de permitir a sua juridicidade, entendendo, assim, que os direitos de liberdade fazem parte desse mínimo<sup>195</sup>.

Entretanto, quanto aos direitos fundamentais sociais, a autora incluiu apenas quatro no conceito de mínimo existencial: saúde básica, educação fundamental, assistência aos desamparados e acesso à justiça<sup>196</sup>.

No caso da saúde básica, a autora não define quais seriam as prestações estatais abarcadas pelo termo, afirmando, apenas, que a jurisdicização do direito à saúde se dá apenas no âmbito do mínimo existencial, fora do que, a intervenção somente será possível ante a existência de lei reguladora<sup>197</sup>.

Nesse caminhar, reconhece a autora que qualquer prestação poderia ser facilmente incluída no mínimo existencial, mediante a criação de lei, razão pela qual são insindicáveis as prestações não previstas em texto normativo, portanto, fora do mínimo existencial<sup>198</sup>.

O magistrado, dessa forma, deve observar as escolhas políticas adotadas pelos demais poderes, que, em última análise, refletem as escolhas da própria sociedade. Tais escolhas, obviamente, são trágicas, pois impedirão que o indivíduo acione o Judiciário

---

<sup>194</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 96.

<sup>195</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 254 e 256.

<sup>196</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258.

<sup>197</sup> Exemplifica Ana Paula de Barcellos com o exemplo do Rio Grande do Sul, que criou um programa, por meio da Lei 9.494/1992, para permitir o fornecimento gratuito de medicamentos aos portadores da SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. A autora afirma que tal prestação não se encaixa no conteúdo do mínimo existencial, motivo pelo qual apenas pôde se juridicizar, naquele Estado da Federação, em decorrência da lei. In: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 274.

<sup>198</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 275-276.

na hipótese de necessitar de determinadas prestações de saúde não incluídas no mínimo existencial<sup>199</sup>.

Ana Paula de Barcellos inclui a saúde básica no rol do mínimo existencial como forma de maximizar o mínimo existencial e garantir que todos tenham acesso ao maior número possível de prestações de saúde durante todas as fases de vida<sup>200</sup>.

Note-se, claramente, que a autora, malgrado critique a visão utilitarista das prestações sociais, parece, obliquamente, adotá-la, porquanto reconhece como mínimo existencial apenas as prestações de saúde básica que possam ser estendidas a todos.

Assim, a autora utiliza a Lei 9.656/1998, que regulariza as obrigações mínimas dos planos de saúde, como parâmetro para que o Judiciário possa definir o âmbito do mínimo existencial<sup>201</sup>.

Quanto à educação fundamental, sustenta Ana Paula de Barcellos que o Judiciário pode determinar a sua satisfação pela matrícula na rede privada de ensino, desde que haja similitude entre os padrões das instituições<sup>202</sup>.

No que tange à assistência aos desamparados, Ana Paula de Barcellos fixa o seu conteúdo em três níveis: alimentação, vestuário e abrigo<sup>203</sup>. Em seguida, sugere algumas formas de prestação da assistência social, que apenas seria sindicável quando o próprio Estado fornecesse, *in natura*, abrigo, alimentação e vestuário para os hipossuficientes. Somente nesses casos, poderia o Judiciário tutelar direitos individuais e transindividuais, utilizando-se das estruturas já disponibilizadas pelos programas sociais do Estado<sup>204</sup>.

---

<sup>199</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 276-277.

<sup>200</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 280-281.

<sup>201</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 282.

<sup>202</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 266-267.

<sup>203</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 289.

<sup>204</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 290-292.

É preciso ressaltar, no entanto, que muitas vezes inexistem programas sociais, ou o mesmo é insuficiente para cumprir seus fins constitucionais. Desse modo, entendemos que a sindicabilidade judicial será sempre possível, independentemente da existência de política pública de fomento para o direito fundamental a que se visa garantir efetividade.

Quanto ao acesso à Justiça, Ana Paula de Barcellos destaca a necessidade de o Estado criar estruturas que facilitem o acesso ao Judiciário, como a estruturação das Defensorias Públicas e dos Juizados Especiais, e a isenção de custas e emolumentos, podendo o Judiciário impor prazo para que a Administração crie as estruturas adequadas para alcançar tais escopos<sup>205</sup>.

Se a intenção desses autores, num primeiro momento, é válida, pois visa garantir proteção máxima aos direitos fundamentais sociais, o resultado nos parece que não será o melhor, porquanto todo o restante dos direitos fundamentais sociais ficará absolutamente desprotegido e fora da possibilidade de controle judicial.

No caso de Ricardo Lobo Torres, se o mínimo existencial é regra, como deduzir o âmbito de abrangência dessa regra? Quais aspectos dos direitos fundamentais ela envolveria? Quais seriam os direitos fundamentais sociais albergados?

No que toca à tese de Ana Paula de Barcellos, como ela chegou à conclusão de que seriam apenas aqueles quatro direitos sociais os componentes do mínimo existencial? Se, por exemplo, apenas a educação fundamental está no âmbito do mínimo existencial, sendo, portanto, justicializável, seria constitucionalmente permitida a inexistência de ensino infantil em um determinado Município, ou a ausência de uma universidade federal em um determinado Estado da Federação?<sup>206</sup>

---

<sup>205</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295 e 299.

<sup>206</sup> Daniel Sarmiento também discorda da limitação de Ana Paula de Barcellos quanto à abrangência do mínimo existencial: “Discordamos da Autora, no entanto, quando ela limita o mínimo existencial a algumas prestações sociais, excluindo outras expressamente previstas como direitos fundamentais sociais no texto constitucional, dentre as quais o direito à saúde curativa”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 114.

Conquanto a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais conduza, aparentemente, a uma maior segurança jurídica na aplicação desses direitos, deve-se reconhecer que a mesma legitimaria que um amplo aspecto dos direitos fundamentais ficasse desprotegido, conduzindo, em última análise, à negativa de prestação jurisdicional.

Outrossim, se poderia chegar ao decisionismo, porquanto não se vislumbra forma de controle do *iter* que conclui por um determinado conteúdo essencial do direito fundamental em detrimento de um outro:

À teoria absoluta é atribuída a deficiência de não explicar adequadamente situações que, sem dúvida, ensejam sacrifício de um direito em benefício de outro. Ademais, esta teoria enseja a dificuldade de delinear de forma clara e determinada, os lindes que demarcam o núcleo inviolável dos direitos fundamentais.<sup>207</sup>

Quanto à teoria relativa, o conteúdo essencial do direito fundamental será definido apenas no caso concreto, segundo a ponderação:

Para a teoria relativa, a garantia do conteúdo essencial corresponde à exigência de justificação das limitações aos direitos fundamentais, a qual resta atendida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade. Não há, assim, como determinar o conteúdo essencial de forma abstrata e apriorística: este só pode ser delineado a partir de uma ponderação que tenha em consideração os outros direitos e fins constitucionalmente protegidos.<sup>208</sup>

A adoção da teoria relativa, ao mesmo tempo em que poderá gerar a máxima efetividade de um determinado direito fundamental, poderá levar ao completo aniquilamento de um outro direito fundamental colidente com aquele primeiro.

Entrementes, a escolha a respeito de qual direito fundamental prevalecerá e o conteúdo do núcleo essencial será justificado pelo intérprete, sob a máxima da proporcionalidade,

---

<sup>207</sup> REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373.

<sup>208</sup> REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 371.

motivo pelo qual o resultado alcançado pela teoria relativa pode ser melhor controlado<sup>209</sup>.

Sobreleva acentuar que a adoção da reserva do possível como restrição externa do direito fundamental, somada ao entendimento da teoria relativa do núcleo essencial, é capaz de garantir um maior âmbito de proteção do direito fundamental, à luz do caso concreto.

Ou seja, casuisticamente se analisará qual seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais colidentes, e, mediante a ponderação se estabelecerá uma relação de preferência condicionada, justificando qual dos direitos prevalecerá, e qual será o seu âmbito de proteção.

### 3.2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Muitas vezes, a discricionariedade administrativa é vista como um limite à efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo judiciário, sob a alegação de que a implementação desses direitos estaria sob o juízo discricionário do administrador. Nesse passo, seria o administrador quem teria a atribuição de escolher quais, e em que medida, os direitos fundamentais sociais seriam efetivados.

A implementação dos direitos fundamentais sociais, portanto, estaria sujeita à formulação de políticas públicas pelo Executivo, e, diante da discricionariedade administrativa, não haveria formas de o Judiciário controlar as inações administrativas, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>209</sup> A título exemplificativo, vejamos o seguinte acórdão: “Controle judicial das políticas públicas de saúde Necessidade de analisar cada caso concreto. Déficit de atenção e hiperatividade. Medicamento Concerta. Teoria, das reservas (*sic*) do possível é insuficiente para afastar a análise do caso individualizado. Procedimento de ponderação da teoria dos princípios é o meio a solucionar o conflito entre a teoria das reservas do possível e o dever de o Estado assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais Comprovação de que o caso em análise legitima a prevalência da intervenção judicial para assegurar o núcleo essencial do direito fundamental à saúde e o princípio da máxima eficiência das normas constitucionais. Ordem concedida. (TJSP, Apelação com Revisão 7701235000, Relator (a): Luis Manuel Fonseca Pires, Comarca: São Paulo, Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Publico A, Data do julgamento: 22/08/2008, Data de registro: 01/09/2008).

Em capítulo anterior (Capítulo 2), já se afirmou a plena justiciabilidade dos direitos sociais, cabendo, nesse tópico, dosar a atuação do Judiciário frente à discricionariedade do Executivo. Para tanto, lembraremos as noções básicas acerca da discricionariedade traçadas pelo Direito Administrativo.

Dentre as inúmeras classificações do ato administrativo temos a que o classifica quanto ao grau de liberdade do administrador para a sua prática, que são os atos cujo exercício da competência é vinculado, e os atos cujo exercício da competência é discricionária.

Nos atos vinculados, o administrador os exerce sem possibilidade de valorar a conveniência ou a oportunidade para a sua prática, pois a lei já estabeleceu qual deverá ser o comportamento do agente público diante da configuração de uma determinada hipótese. Como exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello cita a aposentadoria compulsória aos setenta anos<sup>210</sup>.

Quanto aos atos discricionários, a lei autoriza o agente público a, diante de determinadas situações, proceder conforme seu juízo discricionário, em busca do interesse público.

Com efeito, não há ato administrativo totalmente discricionário, uma vez que tal característica pode atingir apenas um ou alguns dos elementos do ato administrativo<sup>211</sup>.

Perceber que o ato administrativo é composto por elementos foi o primitivo grande passo para se permitir a sindicância judicial do ato discricionário, num momento inicial, restrita à análise dos elementos vinculados<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 400.

<sup>211</sup> LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_35/panteao.htm#\\*](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/panteao.htm#*)>. Acesso em: 24 fev. 2010.

<sup>212</sup> PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas: formas de controle. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 16, p. 155-194, jul./dez. 1991. p. 163.

Acerca dos elementos do ato administrativo, utilizaremos a subdivisão da Lei 4.717/1965, que classifica os elementos do ato administrativo em cinco: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

A competência para a emanção do ato administrativo será vinculada à divisão de atribuições na Administração Pública, definindo, assim, a possibilidade de determinados agentes públicos atrelados a determinadas pessoas jurídicas praticarem o ato administrativo. Note-se que, a competência do ato administrativo, será sempre prevista em lei *lato sensu*, sendo, portanto, elemento vinculado<sup>213</sup>.

O objeto “é aquilo sobre o que o ato dispõe”<sup>214</sup>, e, para garantir a validade do ato administrativo, o objeto deve ser lícito. O objeto ainda pode ser vinculado ou discricionário<sup>215</sup>.

A forma “é o meio pelo qual se exterioriza” o ato administrativo, sendo um requisito de validade do ato. Isso porque, ao contrário do Direito Privado em que vige a autonomia da vontade, no Direito Público vige o princípio da legalidade em que as partes estão adstritas ao teor da lei, devendo, portanto, observar as prescrições legais para garantir a emanção válida do ato administrativo<sup>216</sup>.

A finalidade é o próprio “bem jurídico objetivado pelo ato”<sup>217</sup>. Nesse sentido, para cada ato administrativo a ser praticado, há uma finalidade a ser satisfeita.

José Cretella Júnior<sup>218</sup> e Carvalho Filho<sup>219</sup> entendem a finalidade como sendo um elemento sempre vinculado, porque o agente público só teria um fim a alcançar, o

---

<sup>213</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 98.

<sup>214</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 365.

<sup>215</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 101.

<sup>216</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 102-103.

<sup>217</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 375.

<sup>218</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 275.

<sup>219</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 120.

interesse público, enquanto que Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>220</sup> a enxerga como um elemento discricionário, tendo em vista que será o próprio administrador quem definirá o interesse público.

O motivo “é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”<sup>221</sup>. O motivo pode ou não ter previsão legal, podendo o ato administrativo ser vinculado ou discricionário, conforme exista ou não tal previsão.

O motivo não pode ser confundido com o móvel do ato administrativo, que é a intenção subjetiva do agente público, nem tampouco com a motivação, que é a exposição das razões para a prática do ato<sup>222</sup>.

Acresce que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, há uma tendência em, no Estado Democrático Constitucional, se considerar obrigatória a motivação dos atos administrativos, ressalvando, o autor, os atos administrativos vinculados, que não perderiam a validade, mesmo sem motivação, se pudesse ser demonstrado, inequivocamente, a existência de todos os elementos do ato, notadamente do motivo<sup>223</sup>.

Para Carvalho Filho, no entanto, tendo em vista a inexistência de previsão constitucional expressa quanto ao dever de motivação dos atos administrativos, não há nulidade alguma se o administrador não expuser a motivação do ato praticado, em hipóteses nas quais a lei não previu tal obrigatoriedade<sup>224</sup>.

Feitas essas breves considerações acerca dos elementos do ato administrativo, imperioso observar que, para Carvalho Filho, a competência, a forma e a finalidade seriam os elementos vinculados, podendo, por isso mesmo, sofrer controle do Judiciário, sem maiores discussões, enquanto que o objeto e o motivo seriam elementos discricionários,

---

<sup>220</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 399-340.

<sup>221</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 367.

<sup>222</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 369-371.

<sup>223</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 371-373.

<sup>224</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 105-107.

cabendo ao administrador ponderar a conveniência e a oportunidade para a prática do ato administrativo, residindo, nessa operação, o mérito do ato<sup>225</sup>.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, sofreriam controle do Judiciário, os elementos do ato administrativo relacionados ao motivo, à finalidade e à causa. Cumpre esclarecer que o autor classifica os elementos do ato administrativo de forma díspare do que ora se expõe, diferenciando os elementos dos pressupostos dos atos administrativos.

Note-se, então, que Celso Antônio Bandeira de Mello, conquanto afirme ser discricionária a finalidade do ato administrativo, admite o seu controle pelo Judiciário.

Quer se entenda a finalidade do ato administrativo como um elemento vinculado (como fazem Carvalho Filho e Cretella Júnior), quer se entenda tal elemento como sendo discricionário (Celso Antônio Bandeira de Mello), o fato é que, de uma forma ou de outra, a finalidade do ato poderá ser controlada pelo Judiciário.

Isso porque, ainda que se entenda como sendo atribuição do administrador a definição do interesse público no caso concreto, em hipótese alguma a prática do ato administrativo poderá mascarar a satisfação de interesses privados, ou ainda, o afastamento da finalidade pública prescrita em lei.

O vício na finalidade do ato consiste, justamente, em praticar determinado ato administrativo buscando finalidade diversa daquela prevista em lei para o ato praticado. É o que a doutrina chama de “desvio de poder” ou de “desvio de finalidade”.

A teoria do desvio de poder, como mais um passo evolutivo em direção ao controle judicial da discricionariedade administrativa, teve origem na França e é amplamente adotada no Brasil, tendo como um dos julgados mais antigos o acórdão proferido nos anos de 1940, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, em que foi anulada uma desapropriação realizada pela municipalidade<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 114.

<sup>226</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 276-277.

No curso processual, verificou-se que a autoridade municipal, adepta do Catolicismo, determinara, por motivos religiosos, a desapropriação de um cemitério particular e da área anexa, onde se localizava uma igreja protestante. As Câmaras Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco julgaram procedentes os pedidos autorais para anular o ato desapropriatório, por reputá-lo violador do interesse público.

Outro julgado importante acerca da matéria é um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, tendo Miguel Seabra Fagundes como relator. Nesse julgado, a autoridade administrativa havia fixado horário para apenas uma das duas empresas de transporte coletivo que realizavam uma mesma rota. Embora a legislação pertinente, à época dos fatos, autorizasse a estipulação de horários aos transportes coletivos pelas autoridades de trânsito, entendeu-se que a determinação questionada visava ao favorecimento de uma empresa em detrimento de outra<sup>227</sup>.

Mister salientar que o desvio de finalidade apenas é verificado quando a autoridade administrativa que praticou o ato é competente para tanto. Caso contrário, estaremos diante de evidente vício de competência<sup>228</sup>.

São dois os tipos de desvio de poder. Na primeira espécie, o administrador busca uma finalidade totalmente alheia ao interesse público visando apenas satisfazer a interesses privados. Na segunda espécie, satisfaz o interesse público com a prática do ato, mas não aquele interesse público prescrito em lei, o que também causa nulidade:

[...] quer haja incidido em erro de Direito, ao imaginar cabível o meneio da competência para um fim só objetivável por outra competência imprópria, pretendendo com isto eximir-se de

---

<sup>227</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 278; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 57.

<sup>228</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, em última análise, todo vício nos atos administrativos será vício de competência, no aspecto material: “no sentido de que, se alguém é investido de uns tantos poderes, não o é para atuá-los em quaisquer circunstâncias ou perante quaisquer fins ou segundo quaisquer formas, mas só o é para mobilizar ditos poderes ante determinadas circunstâncias, em vista de específicos fins e através de certas formas. Donde, quem mobilizasse tais poderes fora das circunstâncias estabelecidas explícita ou implicitamente na lei, ou em desacordo com a finalidade legal ou mediante formas distintas das estabelecidas nas regras de direito, estaria, em rigor de verdade, agindo fora da própria competência, isto é, *sem competência*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 61.

embaraços, dificuldades ou demoras que o estorvavam ou retardariam – se fora utilizada a competência pertinente – haverá, do mesmo modo, incorrido em desvio de poder<sup>229</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que são muito raros os casos em que o desvio de finalidade se reveste da segunda fórmula, e cita exemplos. Supõe o autor a existência de uma norma que determina à autoridade policial dissolver bandos de ciganos, dispondo ainda, que por bando se entende o agrupamento de quinze ou mais ciganos. Nesse passo, afirma o autor, não poderá ser considerado como bando, para os fins legais, uma família de ciganos composta por quinze membros, pois, nos termos do artigo 226, CF, é dever de o Estado proteger a família. Acaso a autoridade policial determinasse a dissolução dessa família, estaria praticando o ato administrativo em manifesto desvio de poder.

Um outro exemplo elaborado pelo autor supõe a existência de uma lei proibitiva do tráfego de veículos no centro de uma determinada cidade. Desse modo, mesmo diante de proibição legal, a autoridade de trânsito deverá autorizar o ingresso, ao centro da cidade, do veículo de um médico, a fim de que possa prestar atendimento de urgência e emergência. Caso a autoridade de trânsito não o permita, estará incorrendo em desvio de poder<sup>230</sup>.

Em suma, por desvio de poder, ou desvio de finalidade se entende “*o uso indébito que o agente faz do poder de que é detentor para atingir fim diverso do que a lei lhe confere*”<sup>231</sup>.

Ao lado da teoria do desvio de poder, temos a teoria dos motivos determinantes como mais um passo evolutivo para o controle judicial da discricionariedade administrativa.

O motivo do ato administrativo, consoante já afirmado, são as razões legais que ensejam a prática do ato, as quais visam a proteger um determinado interesse público. Segundo

---

<sup>229</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 59.

<sup>230</sup> Ambos os exemplos podem ser encontrados em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 72.

<sup>231</sup> Os grifos estão no original. CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 274.

essa teoria, as razões que ensejaram a prática do ato administrativo, se inexistentes, o invalidam.

Num primeiro momento, a jurisprudência pátria restringia-se a analisar os aspectos formais do ato administrativo, entendendo que perquirir os seus motivos implicaria revisão de matéria fática com conseqüente interferência de um poder (Judiciário) em outro (Executivo). Contudo, partindo-se da premissa de que as questões fáticas e jurídicas são dois lados de uma mesma moeda<sup>232</sup>, passou-se a admitir, com base na teoria dos motivos determinantes, a ampla análise de todos os aspectos de fato ensejadores da prática do ato administrativo<sup>233</sup>.

Em assim sendo, o Judiciário poderá analisar com fulcro em todos os elementos disponíveis, sejam fáticos ou jurídicos, a conformidade do ato administrativo praticado ao princípio da legalidade. Significa dizer que a simples assertiva de que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa seja um controle de legalidade não impede a análise das questões de fato, as quais ensejam a prática do ato administrativo.

Nesse sentido, o motivo do ato administrativo poderá sofrer controle pelo Judiciário, ao qual caberá “investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso”<sup>234</sup>.

Outro avanço na “juridicização da discricionariedade administrativa”<sup>235</sup> foi a sindicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados.

Gustavo Binbenojm afirma que, no que pertine aos conceitos jurídicos indeterminados, a discussão cinge-se a perquirir se eles estabelecem:

---

<sup>232</sup> A respeito cf. NEVES, A. Castanheira. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 483-530.

<sup>233</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 266-271.

<sup>234</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 914.

<sup>235</sup> Expressão cunhada por BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 199.

(i) uma área de escolhas puramente discricionárias a serem feitas pelo administrador em virtude de sua especialização funcional;

*ou*

(ii) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e por isso plenamente sindicável perante o Poder Judiciário;

*ou*

(iii) uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário<sup>236</sup>.

A primeira discussão nos parece um tanto quanto ultrapassada, porquanto não há poder totalmente infenso a controle, sendo certo que, pelo menos em algum grau, o Judiciário poderá analisar o preenchimento do conceito jurídico indeterminado, fornecido pela administração.

Os debates, por conseguinte, hodiernamente, estão entre as outras duas correntes que passaremos a analisar.

Com inspiração na doutrina alemã, há quem<sup>237</sup> entenda que o preenchimento de conceito jurídico indeterminado está fora do âmbito da discricionariedade administrativa, sendo matéria afeta à interpretação.

Com efeito, a atividade interpretativa de subsunção dos fatos à norma conduziria, de acordo com este entendimento, a um único resultado, em conformidade com o Direito, sendo, portanto, unívoca a solução interpretativa conferida ao caso concreto. O administrador não agiria conforme seus critérios de conveniência e oportunidade.

---

<sup>236</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 213.

<sup>237</sup> Cf. FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: APMP/Revista dos Tribunais, 2003. p. 181-190; SILVA, Thais Prata da. *Controle judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado*. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2008. (Orientador: Jader Ferreira Guimarães).

Nesse sentido, tendo em vista que a atividade interpretativa é eminentemente jurisdicional, o Judiciário estaria livre para controlar toda a atividade do administrador relativa à interpretação de conceitos jurídicos indeterminados.

Segundo Gustavo Binbenbojm, tal teoria sofreu severos ataques na Alemanha em razão da excessiva interferência do Judiciário em decisões administrativas, causando uma dualidade de procedimentos: o administrativo e o judiciário<sup>238</sup>.

Na verdade, consoante já afirmado no Capítulo 1, a aplicação da lei não é meramente subsuntiva, sendo admitida a existência de decisões judiciais conflitantes em casos análogos. Entender o contrário conduziria à concepção mecanicista da atividade judicante, ao juiz *bouche de la loi*, já refutado anteriormente.

Vale ressaltar que o controle de toda a atividade interpretativa não se dá com fulcro no entendimento de que haveria uma única resposta correta. O controle é realizado mediante a análise das razões que sustentam o resultado obtido, as quais devem ser racionais.

Desse modo, é sim possível a coexistência de entendimentos absolutamente díspares sobre o mesmo caso concreto, desde que ambos sejam racionais.

Gustavo Binbenbojm, com o fito de tornar menos radical a segunda posição, conclui que a solução do impasse estaria na análise, pelo Judiciário, da racionalidade da decisão adotada pelo administrador, que, por sua vez, não agiu com discricção, mas interpretou conceitos jurídicos indeterminados. Haveria, por conseguinte, uma maior possibilidade de sindicacão judicial do ato administrativo que preenche conceitos jurídicos indeterminados em comparacão ao ato administrativo discricionário<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalizacão*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 216.

<sup>239</sup> “[...] O juiz não deve controlar se o resultado da operacão foi ‘o correto’, superando a antiga doutrina germânica segundo a qual a interpretacão de normas jurídicas se opera através de um processo exclusivamente ‘intelectiva’, mas se foi motivado e justificado, tornando-se ‘sustentável’”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalizacão*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 224.

E justamente por não ser possível a total univocidade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma, de modo diverso, que se estaria diante de um claro exemplo de discricionariedade administrativa, posição com a qual acordamos.

O autor, observe-se, amplia o alcance da discricionariedade administrativa para além daquelas hipóteses em que o administrador atua com base em critérios de oportunidade e conveniência, e arremata:

*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente<sup>240</sup>.*

Ou seja, todas as vezes que o administrador possui mais de uma possibilidade, todas válidas, para guiar suas ações, estaremos diante da discricionariedade administrativa<sup>241</sup>.

A análise da conveniência e da oportunidade do ato administrativo seria tema afeto ao mérito do ato e não a sua discricionariedade:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> Grifos no original. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 48.

<sup>241</sup> Gustavo Binbenbojm sustenta que “o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador”. Contudo, o autor afirma que quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, não há opção do administrador e sim interpretação, eis que “se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos”. BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 219.

<sup>242</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38.

As divergências teóricas acerca do ato administrativo que preenche conceitos jurídicos indeterminados (se interpretativo ou discricionário) é um avanço importante no controle judicial do ato administrativo, conduzindo a resultados bastante similares.

Cumprе esclarecer que a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello não conduz a uma menor sindicacão do ato administrativo pelo Judiciário, porquanto a análise da discricionariedade deverá ser realizada no caso concreto, isto é, embora existente mais de uma opção em abstrato, em concreto pode ser que exista somente uma, o que tornaria vinculado o ato administrativo.

Há uma verdadeira diferença entre a discricionariedade administrativa em abstrato e em concreto, senão vejamos:

[...] mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou não fazer ou pode adotar o ato A ou B, este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que o Poder Judiciário (ou qualquer órgão controlador de sua legitimidade verifique se ele guarda ou não guarda com elas a correlacão lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade. O resultado deste confronto pode levar, inclusive, à total disparicão de discricionariedade que *embora existente ao nível da norma deixa de suste-se ante às peculiaridades de alguma situacão em concreto.*

[...] O campo de liberdade existente no mandamento ou na norma de Direito em abstrato, é muito maior do que o campo de liberdade existente perante a situacão concreta, já que a norma se fez ampla ou com certa liberdade, *precisamente para que fosse adensada entre o caso concreto e ao lume de sua finalidade.* Em despeito da lei haver permitido, *em tese*, que a Administração optasse por uma ou outra conduta, *no caso concreto* deixaria de ser atendida a finalidade da norma se fosse negado o que a parte requereu<sup>243</sup>.

Essa análise não implica análise do mérito do ato administrativo, porquanto a discricionariedade pode desaparecer em determinado caso concreto<sup>244</sup>. Desse modo,

---

<sup>243</sup> Grifos no original. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38-40.

<sup>244</sup> Nesse sentido, sustentando a necessidade de se analisar a discricionariedade administrativa no caso concreto: “EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERÇÃO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de modo claro e objetivo na medida da pretensão deduzida, contudo de forma contrária à pretensão do recorrente. 2. Os termos da teoria da asserção, o momento de verificacão das condições da açã se dá no primeiro contato que o julgador tem com a

naquelas hipóteses em que o administrador possui mais de uma escolha a sua disposição, todas igualmente conforme o Direito, estaremos diante do mérito administrativo, que a doutrina administrativista afirma ser insindicável<sup>245</sup>.

É preciso lembrar que não se apregoa o fim completo da discricção administrativa substituída pela discricção do juiz. A solução para o impasse, assim, envolve um trabalho de autocontenção do magistrado<sup>246</sup>, o qual deverá afastar a sindicabilidade nas hipóteses das questões políticas e dos atos *interna corporis* bem como de questões que envolvem alto grau de complexidade técnica.

Sobre a doutrina das questões políticas ou das “questões não judicializáveis”<sup>247</sup>, Stephen R. Mitchell esboça algumas categorias de questões sobre as quais os tribunais não devem se manifestar.

Estariam incluídas dentre as questões políticas aquelas que: a) versem sobre circunstâncias que requerem a adoção de uma única política uniforme, como aquelas ligadas às relações internacionais do Estado e à soberania; b) suas soluções foram determinadas pela Constituição aos outros poderes que não ao Judiciário; c) suas

---

petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. 3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto. 4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica. 6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. 7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível. 8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial. Recurso especial improvido. (REsp 879.188/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 02/06/2009)”.

<sup>245</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

<sup>246</sup> Sobre o assunto, cf. MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação?* (no prelo); SABINO, Marco Antonio da Costa. *Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde*. (no prelo).

<sup>247</sup> No original “non-justiciable question”. MITCHELL, Stephen R. Judicial self-restraint: political questions and malapportionment. *Washington Law Review*, Washington, v. 39, p. 761-774, 1964. p. 761.

soluções não estão disponíveis aos juízes; d) envolvem a dissolução de manifestações públicas violentas ou a determinação de atos de força<sup>248</sup>.

Percebe-se que Mitchell inclui, de um modo geral, no âmbito das questões políticas, todas as matérias atinentes à soberania do Estado e ao seu relacionamento com outros entes de Direito Internacional, bem como as matérias afetas à manutenção da paz e da ordem pública.

O Judiciário, nesse entendimento, deveria se desincumbir de decidir matérias que envolvessem, por exemplo, a declaração de guerra e a celebração de paz (artigo 84, incisos XIX e XX, CF), a decretação do estado de defesa e do estado de sítio (respectivamente, artigos 136 e 137, ambos da CF), o julgamento do Presidente por crime de responsabilidade (artigo 52, inciso I, CF), dentre outras questões.

Insta frisar que não há uniformidade alguma na definição acerca do teor da expressão “questões políticas”, eis que muitas vezes se inclui nesse conceito todas as matérias afetas à discricionariedade administrativa e à formulação de qualquer tipo de política pública:

De tudo quanto foi dito, podemos afirmar que todas as questões relacionadas ao dever e ao fazer estatal, ao estabelecimento de rumos e metas pelo Estado, são questões políticas. Essas questões não estarão sujeitas ao controle judiciário na parte em que estejam confinadas à discricionariedade dos demais Poderes da República. Grosso modo, destaque-se, de logo, a discricionariedade estará limitada pelo menos quanto aos aspectos formais da medida.

[...]

As questões relacionadas ao direcionamento do Estado em busca de desincumbir-se dos seus fins são questões relacionadas à escolha a) dos objetivos estatais de curto, médio e longos prazos e b) das ações governamentais capazes de atingi-los. As questões políticas dizem, portanto, com a implementação de políticas públicas, sejam elas implementadas através da edição de instrumentos normativos tão somente, sejam elas implementadas através de ações estatais propriamente ditas, por intermédio dos serviços públicos ou da intervenção do Estado na economia.<sup>249</sup>

---

<sup>248</sup> MITCHELL, Stephen R. Judicial self-restraint: political questions and malapportionment. *Washington Law Review*, Washington, v. 39, p. 761-774, 1964. p. 762-763.

<sup>249</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, TRF 5ª Região, n. 12, p. 127-141, mar. 2007. p. 133-134. No mesmo sentido parece ser o pensamento de

Entendemos, no entanto, o conceito de “questões políticas” de um modo mais restrito, assim como o fez Mitchell, evitando a manifestação judicial em matérias de competência exclusiva dos outros poderes que tenham reflexo, por exemplo, na soberania nacional e na manutenção da ordem e da paz públicas.

Outrossim, o Judiciário deverá exercitar sua autocontenção quando estiver diante de questões *interna corporis* como, v.g., aquelas atinentes ao regimento interno da Câmara e do Senado.

Diante de questões políticas e de questões *interna corporis*, o Judiciário, segundo Mitchell, poderá agir de um dentre três modos distintos: a) decidir que a jurisdição carece de poder para interferir em questões de competência daqueles que exercem mandato popular; b) decidir que, em algumas hipóteses, as cortes deverão exercer um trabalho de autocontenção; c) decidir que o Poder Jurisdicional é totalmente amplo e deve ser exercido<sup>250</sup>.

Segundo o nosso entendimento, o Judiciário deverá exercer sua autocontenção (*self restraint*) deixando de se manifestar em questões políticas<sup>251</sup> e *interna corporis*. Entrementes, sempre que estiver diante de lesão ou ameaça de lesão à direito individual ou coletivo, a jurisdição deverá, obrigatoriamente, se manifestar sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade jurisdicional (artigo 5º, inciso XXXV, CF)<sup>252</sup>.

---

Appio, quando afirma que “os limites da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas dependerão, portanto, da concepção que a própria Corte irá adotar sobre a extensão de sua própria jurisdição, a partir da interpretação da Constituição como um todo”. Ao que parece, o autor inclui toda e qualquer tipo de formulação de política pública no conceito de questões políticas. (APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 142).

<sup>250</sup> MITCHELL, Stephen R. Judicial self-restraint: political questions and malapportionment. *Washington Law Review*, Washington, v. 39, p. 761-774, 1964. p. 769.

<sup>251</sup> GOUVÊA, Marcos Masselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 333.

<sup>252</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 902 e 904. Nesse sentido, o seguinte acórdão do STF, o qual afastou a doutrina das questões políticas entendendo que as maiorias parlamentares não podem ferir o direito de oposição, constitucionalmente assegurado, às minorias: “EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO

CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. - A instauração do inquérito parlamentar, para viabilizar-se no âmbito das Casas legislativas, está vinculada, unicamente, à satisfação de três (03) exigências definidas, de modo taxativo, no texto da Carta Política: (1) subscrição do requerimento de constituição da CPI por, no mínimo, 1/3 dos membros da Casa legislativa, (2) indicação de fato determinado a ser objeto de apuração e (3) temporariedade da comissão parlamentar de inquérito. - Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa. Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subsequentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. - O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas. - A opção do legislador constituinte pela concepção democrática do Estado de Direito não pode esgotar-se numa simples proclamação retórica. A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter consequências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional incosequente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais

No que pertine à análise, pelo Judiciário, de matérias eminentemente técnicas, o Judiciário, consoante já afirmado, também deverá se autoconter, sob pena de substituir a discricionariedade do administrador pela sua própria discricção.

Isso porque o administrador possui corpos técnicos especializados que teriam melhores condições de estabelecer medidas e critérios do que o Judiciário<sup>253</sup>, e, diante da existência de dúvida científica, deve prevalecer a posição técnica do administrador.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão, ao julgar o BVerfGE 90, 145 (182-183), entendeu que, haja vista a inexistência de consenso científico acerca da influência de produtos derivados da *cannabis* no fomento do uso dessa droga, deveria prevalecer a proibição de produção de artigos com esse tipo de insumo. Ou seja, não havendo meios científicos de aferir se a medida proibitiva era ou não adequada e necessária para justificar a restrição imposta ao direito fundamental de liberdade, entendeu o Tribunal Constitucional Federal alemão que deveria prevalecer a posição do legislador<sup>254</sup>.

---

e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional. Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. LEGITIMIDADE PASSIVA "AD CAUSAM" DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL - AUTORIDADE DOTADA DE PODERES PARA VIABILIZAR A COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O mandado de segurança há de ser impetrado em face de órgão ou agente público investido de competência para praticar o ato cuja implementação se busca. - Incumbe, em consequência, não aos Líderes partidários, mas, sim, ao Presidente da Casa Legislativa (o Senado Federal, no caso), em sua condição de órgão dirigente da respectiva Mesa, o poder de viabilizar a composição e a organização das comissões parlamentares de inquérito. (MS 24831, Relator: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 04-08-2006 PP-00026 EMENT VOL-02240-02 PP-00231 RTJ VOL-00200-03 PP-01121)".

<sup>253</sup> “[...] a Administração Pública, contando com corpos técnicos devidamente aparelhados, possui condições mais satisfatórias de formular uma estratégia de atendimento”. GOUVÊA, Marcos Masselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 335.

<sup>254</sup> Alexy nomeou tal discricionariedade de “discricionariedade epistêmica” que “surge quando é incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais”. Tal discricionariedade se divide em empírica ou normativa, de acordo com a origem da incerteza. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 612.

Binenbojm tentou traçar alguns parâmetros para balizar a atividade judicial no controle da discricionariedade:

- I) quanto maior o grau de *objetividade* extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau do controle judicial. [...].
- II) quanto maior o grau de *tecnicidade* da matéria, objeto por decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. [...].
- III) quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. [...].
- IV) quanto maior o grau de efetiva *participação social* (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau do controle judicial. [...]
- V) quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados) mais intenso deve ser o grau de controle judicial<sup>255</sup>.

E, para os casos em que houver conflito entre os parâmetros, criou os *standards dos standards*:

- 1º) o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo);
- 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais brando quanto menor o grau de objetividade e vice-versa) aplicável ao caso;
- 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandem *expertise* e experiência (controle mais brando), conforme o caso;
- 4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de efetiva participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando<sup>256</sup>.

É que face aos direitos fundamentais, sejam os de primeira geração, sejam os direitos fundamentais sociais, sucumbe a discricionariedade do administrador em decidir acerca

---

<sup>255</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-240.

<sup>256</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 241.

de sua efetivação ou não. A discricionariedade administrativa não pode justificar a inefetividade de direitos fundamentais.

Diante da inércia do administrador, seja total (ante a completa ausência de política pública para implementar determinado direito social), seja parcial (implementação de política pública deficitária ou insuficiente), o Judiciário, se acionado, deverá impor, ao ente público, a satisfação do direito social violado.

Quanto à implementação de direitos fundamentais, a atividade do administrador é vinculada, desmoronando, nesse sentido, qualquer alegação de discricionariedade:

[...] os direitos fundamentais limitam a discricionariedade do administrador. A supremacia deontológica dos direitos fundamentais torna irrelevante qualquer juízo de conveniência, e sua urgência afasta a cogitação da oportunidade<sup>257</sup>.

Admitindo-se uma vinculação da atividade administrativa quanto aos fins, que são constitucionais, haveria uma discricionariedade de meios<sup>258</sup>, isto é, a administração teria o poder discricionário para decidir as formas de efetivação dos direitos sociais.

Tal assertiva, entretanto, é apenas verificável *a priori*, uma vez que o Judiciário poderá aferir a adequação da política pública implementada para a satisfação do direito social, ou, ainda, poderá determinar a estipulação de política pública segundo padrões mínimos de satisfação do direito social.

Como exemplo, temos um caso concreto levado ao conhecimento da Justiça do Estado do Espírito Santo em que a Defensoria Pública requereu a criação de política pública de saúde obrigando, assim, o Estado do Espírito Santo a fornecer insulinas análogas. Demonstrada, liminarmente, a adequação e a necessidade de fornecimento gratuito dessas insulinas aos diabéticos que portassem a doença de forma mais grave foi concedida a tutela de urgência específica, tendo o Tribunal de Justiça do Estado do

---

<sup>257</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 271.

<sup>258</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. p. 97.

Espírito Santo, mantido a decisão de primeiro grau quando do julgamento do Agravo de Instrumento<sup>259</sup>.

Após alguns meses do ajuizamento dessa ação, o próprio Poder Executivo anunciou, em entrevista televisiva, a criação de política pública para fornecimento gratuito de insulinas análogas, a qual passou a se incorporar dentre os programas de saúde fornecidos pelo Estado do Espírito Santo.

---

<sup>259</sup> O Juiz Camilo José D'Avila Couto, ao proferir a decisão antecipatória na Ação Civil Pública 024.09.004097-3, afirmou que: "Portanto, em grau de cognição sumária, a política pública ora implementada pelo Réu não é suficiente e nem adequada à garantia do direito à saúde, sendo certo que a ampliação dessas políticas para a inclusão de dispensação de outros dois tipos de insulinas otimizariam melhor o direito fundamental em tela. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, também observo que o fornecimento gratuito de insulinas lispro e glargina, com base em cognição sumária, não comprometerá de forma, desproporcional, os cofres públicos. Como demonstrado pelos estudos anexados à exordial, ao se garantir uma maior eficácia no tratamento preventivo de pacientes com quadros mais severos de diabetes, ainda que, a princípio, tais medicamentos sejam mais onerosos, reduzem-se os gastos com saúde pública – atendimento médico de urgência e internações." Ainda que com fulcro em outros fundamentos, o acórdão, unânime, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo nos autos do Agravo de Instrumento 024.09.915996-4, manteve a decisão interlocutória do juízo *a quo*, e restou assim ementado: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DIABETES MELLITUS - REQUISIÇÕES EXPRESSAS DE MÉDICOS - DIREITO À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIFICULDADES FINANCEIRAS DO ESTADO NÃO PODEM SER CONSIDERADAS OBSTÁCULO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. 1 - É pacificado o entendimento de que a saúde é um direito fundamental e prevalece sobre qualquer outro interesse do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), sendo norteado por normas constitucionais que impõem aos entes públicos o dever de assegurar às pessoas o acesso à medicação ou congêneres necessário à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades. 2 - A r. decisão objurgada, que impôs ao Estado o fornecimento dos medicamentos necessários ao tratamento de saúde dos portadores da enfermidade denominada Diabetes Mellitus, está em perfeita sintonia com a jurisprudência dominante deste Egrégio Tribunal, bem como do Superior Tribunal de Justiça. 3 - Não bastasse isso, há nos autos inúmeros receituários médicos subscritos por profissionais credenciados do Sistema Único de Saúde, prescrevendo a medicação denominada Insulina Glargina e Lispro a seus pacientes, o que corrobora a tese de que o referido medicamento é prescrito e recomendado a pacientes portadores de Diabetes Mellitus de nosso Estado. 4 - In casu, a negativa genérica do Estado (aduzindo a ineficácia dos medicamentos prescritos) não pode se sobrepor às requisições expressas de médicos endocrinologistas que acompanham a saúde de seus pacientes e receitam remédios específicos para suas enfermidades. 5 - Além disso, o argumento de que o fornecimento de tais medicamentos comprometerá a incolumidade financeira do Estado, por si só, não pode prosperar, sobretudo porque dificuldades financeiras do Poder Público não podem servir de obstáculo ao fornecimento de medicamentos e de garantia da vida dos jurisdicionados. 6 - Outrossim, a prescindibilidade dos medicamentos solicitados ainda não se encontra satisfatoriamente comprovada, devendo a liminar ser mantida até que a instrução possa revelar, com suficiente segurança, se a substituição do remédio solicitado pode ser realizada sem prejuízo do bem maior a ser tutelado no caso dos autos (a vida humana). 7 - Por fim, a teor do que restou estabelecido na decisão de reconsideração parcial (fls. 152/154), não há que se falar que o MM. Juiz a quo determinou o fornecimento de fármacos de forma geral e indiscriminada. 8 - Recurso conhecido, mas desprovido, para manter incólume a decisão guerreada. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Acorda a Colenda Segunda Câmara Cível, na conformidade da ata e notas taquigráficas que integram este julgado, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Vitória, 10 de novembro de 2009. (TJES, Classe: Agravo de Instrumento, 24099159964, Relator : Manoel Alves Rabelo, Órgão julgador: Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 10/11/2009, Data da Publicação no Diário: 03/02/2010)."

O exemplo mostra que a existência de uma política pública para tratar da saúde dos diabéticos, fornecendo, gratuitamente, apenas as insulinas humanas, era ineficiente para o controle eficaz da doença, especialmente naqueles casos mais severos, levando o Judiciário a determinar a ampliação do programa.

Além de se admitir ser vinculada a atividade administrativa de efetivação dos direitos fundamentais sociais, a discricionariedade, quanto aos meios, haverá de ser aferida no caso concreto, quando, de acordo com a afirmação anterior, poderá sucumbir a discricção do administrador.

O julgador deverá, a teor do prescrito no artigo 5º, inciso XXXV, CF, exercer a sua função judicante na implementação dos direitos fundamentais sociais com autocontenção, não consistindo, a discricionariedade administrativa, em expediente impeditivo para o exercício dessa atividade<sup>260</sup>.

### 3.3 RESERVA LEGAL

José Afonso da Silva entende que os direitos sociais prescritos na Constituição seriam normas constitucionais de princípio programático, cuja eficácia é limitada e aplicabilidade é imediata, em contraposição aos direitos individuais que para o autor teriam aplicabilidade direta e imediata<sup>261</sup>.

As normas programáticas, segundo o autor, seriam de três tipos (aquelas vinculadas ao princípio da legalidade; aquelas referidas aos Poderes Públicos, vinculando só um ou mais de um ente estatal; aquelas dirigidas à ordem econômico-social)<sup>262</sup> e teriam as seguintes características:

---

<sup>260</sup> BURGO, Vitor. *O controle judicial das políticas públicas*. (no prelo).

<sup>261</sup> Observe que José Afonso da Silva identifica os direitos sociais aos direitos coletivos, o que já foi por nós refutado no Capítulo 2. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

<sup>262</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 147-150.

- I – São normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais [...].
- II – São normas que não tiveram força suficiente para se desenvolver integralmente, sendo acolhidas, em princípio, como programa a ser realizado pelo Estado [...].
- III - São normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhes constituem objeto específico e essencial [...] <sup>263</sup>.

Dizer que as normas programáticas têm aplicabilidade imediata, no entanto, não significa para o autor, afirmar que tais normas sempre são capazes de gerar direitos subjetivos, porque a sua eficácia é limitada, pois dependem de norma futura que lhes outorgue eficácia plena.

Nessa ordem, Silva sustenta que as normas programáticas terão eficácia imediata em alguns casos, pois: a) vinculam o legislador, que deverá observá-las ao editar novas normas jurídicas; b) vinculam a atuação do Judiciário que deverá utilizá-las como parâmetro interpretativo integrativo do ordenamento jurídico; c) condicionam a atividade do administrador que, por sua vez, deve observá-las na sua atuação discricionária <sup>264</sup>.

O problema maior no que tange às normas programáticas é quanto à admissão ou não, de que seriam capazes de estipular direitos subjetivos.

Para José Afonso da Silva, as normas programáticas são hábeis a criar, embora com algumas restrições, situações jurídicas subjetivas.

Com efeito, algumas normas programáticas, como o direito à educação, são prescritas pela própria Constituição como direitos subjetivos públicos, podendo, nesse caso, servir para proteger situações jurídicas individuais. No entanto, nos demais casos, as normas programáticas só produziriam direitos subjetivos em seu aspecto negativo <sup>265</sup>, porquanto

---

<sup>263</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 150-151.

<sup>264</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 164.

<sup>265</sup> Regina Nery traça observações similares às de José Afonso da Silva ao admitir a plena eficácia das normas programáticas no que pertine à proteção de direitos subjetivos públicos negativos e reconhece que tais normas podem determinar um princípio, uma tarefa ou um fim, sujeitos, quanto aos meios, à realização discricionária. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais*

o indivíduo poderia exigir a observância de tal norma, pelo Poder Público, mediante o controle concreto de constitucionalidade<sup>266</sup>.

Nota-se que, segundo o entendimento exposto, as normas programáticas teriam pouca efetividade no sentido de outorgar direitos subjetivos aos seus titulares.

Entendemos que tal posição não se coaduna com o Estado Democrático Constitucional, no qual os poderes investidos têm o dever de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais, compreendendo que a Constituição Federal possui força normativa.

Regina Nery reconhece que nem sempre será possível extrair um direito subjetivo positivo das normas programáticas, eis que algumas delas estabeleceriam meros programas a serem cumpridos pelo Estado. Contudo, a autora afirma que em casos contrários (quando se identifica o titular do Direito e o dever em prestá-lo), a norma programática mostra-se justificável<sup>267</sup>.

Posição interessante é a de Barroso, para quem a necessidade de lei integradora não torna programática uma norma<sup>268</sup>. Segundo esse autor, as normas constitucionais se dividiriam entre aquelas que se referem à própria organização do Estado; aquelas que definem direitos e às normas programáticas. Os direitos sociais, nesse passo, estariam incluídos na segunda espécie sendo “puramente ideológica, e não científica a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais”<sup>269</sup>.

---

*programáticas*: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 219.

<sup>266</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 177-178.

<sup>267</sup> Regina Nery inclui as normas programáticas do artigo 170, CF como normas programáticas que estabelecem apenas finalidades públicas. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas*: normatividade, operatividade e efetividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 230-231. Quanto à justificabilidade das normas programáticas vide página 240.

<sup>268</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

<sup>269</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 106.

As normas programáticas, nesse caminhar, seriam apenas aquelas que definem fins sociais a serem alcançados, como as dos artigos 170, inciso III; 193 e 215, todos da CF, não podendo se confundir com as normas constitucionais definidoras de direitos.

Obviamente que por estarem na forma de princípios, na sua maioria das vezes, os direitos fundamentais terão certas dificuldades práticas de serem aplicados e entendidos como situações jurídicas complexas (vide Capítulo 2), mormente se for inexistente qualquer política pública para a sua efetivação.

Essa dificuldade será tanto maior quanto menor for a normatização sobre o direito social a ser aplicado. Nesse passo, se não houver lei alguma estipulando os meios de efetivação do direito social, o Judiciário terá muito mais dificuldade em densificar o conteúdo do direito fundamental do que se existente lei e regulamento próprios sobre a matéria<sup>270</sup>.

O Judiciário, todavia, não pode se quedar inerte, devendo atuar ativamente para impedir que a Constituição Federal se torne uma carta de promessas vazias frente à apatia do legislador e do administrador.

A reserva de lei, portanto, não pode ser óbice para a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que se o legislador não agiu, cumprindo seus deveres constitucionais, deve o Judiciário fazê-lo, forjando conteúdo no caso concreto, ao direito fundamental invocado<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Sobre o assunto, cf. SOUZA, Jorge Munhós de. *A tutela jurisdicional coletiva dos direitos fundamentais sociais prestacionais*: contribuições para a construção de uma teoria da efetividade constitucional. Monografia de Conclusão de Curso. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2008. (Orientador: Marcelo Abelha Rodrigues).

<sup>271</sup> No âmbito das omissões legislativas, o STF vem conferindo nova roupagem ao Mandado de Injunção, ao determinar a utilização de legislação análoga, aos casos de omissões legislativas inconstitucionais. Como exemplos, vide os seguintes julgados: MI 670, MI 708 e MI 712, definindo a aplicação subsidiária da Lei 7.783/1989 (Lei de Greve da iniciativa privada) para os servidores públicos, bem como os MI 795, MI 670, MI 708, MI 712 e MI 715 (estabelecendo o direito à aposentadoria especial para os servidores públicos, nos termos da Lei 8.213/1991).

### 3.4 RESERVA DE CONSISTÊNCIA

Sergio Fernando Moro afirma que “não podem ser desenvolvidas e efetivadas normas constitucionais sem que o Judiciário reúna argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que pretende alcançar”<sup>272</sup>. Com essa afirmação, o autor conclui que as interpretações judiciais, principalmente aquelas atinentes a questões complexas, como o do controle de políticas públicas, estariam sujeitas a uma reserva de consistência.

Pelo que se nota, a reserva de consistência indicada por Sergio Fernando Moro nada mais é do que o dever de o juiz motivar suas decisões que nos *hard cases* lhes imporá maior ônus argumentativo.

O dever de motivação das decisões judiciais, segundo Barbosa Moreira, é tradicional no Brasil, porquanto já vinha previsto nas Ordenações Filipinas, sujeitando, ainda, o juiz infrator ao pagamento de multa a ser revertida em benefício da parte<sup>273</sup>.

No ordenamento jurídico atual, esse dever vem prescrito no artigo 93, inciso IX, da CF e nos artigos 131; 458, inciso II e 165, todos do CPC.

O dever de justificação de decisões judiciais é clara manifestação do Estado Democrático Constitucional<sup>274</sup>, bem como se relaciona à observância do princípio da publicidade (artigo 155, CPC) e do princípio do contraditório<sup>275</sup>, este visto como direito de influência e dever de debates.

---

<sup>272</sup> MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 90.

<sup>273</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 85.

<sup>274</sup> “O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que se *justifica*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 335). No mesmo sentido NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudo de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21). p. 180.

<sup>275</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 296. No mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17-44.

### 3.4.1 Princípio da publicidade

*“- Posso olhar esses livros? – perguntou K., não porque sentisse particular curiosidade por eles, mas apenas para que não fosse inteiramente inútil sua ida a esse lugar.*  
*- Não – disse a mulher, voltando a fechar a porta -; não é permitido.*  
*Esses livros pertencem ao juiz de instrução.*  
*- Ali, sim – concordou K. com um movimento de cabeça. – Estes livros serão evidentemente livros jurídicos. E o modo de exercer a justiça que aqui se tem exige que não somente se condene o inocente, mas que se faça, além disso, sem que se saiba por quê.”*  
*Franz Kafka<sup>276</sup>*

O princípio da publicidade dos atos processuais é direito corolário do Estado Democrático Constitucional e vem previsto nos artigos 5º, LX e 93, IX, ambos da CF.

Esse princípio garante que todos os atos processuais, inclusive as audiências, serão públicos, podendo qualquer pessoa ter acesso ao caderno processual.

Como todo princípio, o da publicidade não é absoluto, podendo sofrer restrições como aquelas previstas no artigo 155, CPC, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988<sup>277</sup>.

É importante esclarecer que não mais se tolera a existência de atos processuais totalmente secretos, porquanto ao se declarar o “segredo de Justiça” sobre determinado processo, apenas o público em geral não poderá lhe ter o acesso, sendo certo que as partes e seus advogados sempre deverão ter pleno conhecimento dos provimentos judiciais, assegurado, ainda, o manuseio e a carga do caderno processual.

---

<sup>276</sup> KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 81-82.

<sup>277</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudo de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21). p. 174.

Através do princípio da publicidade se assegura o conhecimento, aos sujeitos parciais, dos elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir) e de todos os provimentos judiciais, para que possam elaborar suas estratégias de argumentação dialética, com vistas a influenciar o convencimento do juiz.

Além do mais, é o princípio da publicidade que garante a possibilidade de as partes se irresignarem com o teor das decisões judiciais e oporem os recursos cabíveis, sendo, por isso mesmo, meio de assegurar o duplo grau de jurisdição.

Nas ações cujo objetivo é o controle de políticas públicas, quando fica evidente a possibilidade de o judiciário interferir na atuação dos demais poderes, esse princípio ganha relevo, pois também será responsável por permitir uma dialeticidade adequada entre as partes.

### 3.4.2 Princípio do contraditório

*“Il principio del contraddittorio abbandona il semplice significato di una contrapposizione di interessi e danni potenziali, per comprendere l’argomentazione e l’influenza, e tradurre il diritto di indignarsi ed essere ascoltato.”*  
Antônio do Passo Cabral<sup>278</sup>

De acordo com Fazzalari, o processo possui estrutura dialética, consistindo em espécie do gênero procedimento, que se trata de uma sequência de atos em busca de um resultado final<sup>279</sup>.

A principal característica do processo, por conseguinte, é a participação em contraditório dos destinatários do ato final, aos quais fica assegurada a paridade de suas posições<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Il principio do contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 60, n° 2, p. 449-463, apri./giu 2005. p. 464.

<sup>279</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo: teoria generale. In: *Enciclopedia del Diritto*, v. XXXV: Prerogative-procedimento. Milano: Giuffrè, 1986. p. 819.

O conceito de processo fazzalariano não é adstrito à jurisdição, consistindo numa teoria geral do instituto. Logo, haverá processo sempre que presente a dialeticidade entre os participantes do procedimento (processo legislativo, processo administrativo, processo arbitral)<sup>281</sup>.

Fazzalari, no entanto, deixa assente que o processo jurisdicional é a espécie mais completa (e complexa) de processos, porquanto somada à garantia do contraditório estão as demais características da jurisdição<sup>282</sup>.

Nessa ordem, sustenta que, “o clichê pandectístico da relação jurídica é incompatível com o processo: a relação jurídica é esquema simples, que não pode conter a complexidade do processo”<sup>283</sup>, evidenciando-se, assim, mais uma vez, a importância do contraditório.

Mas em que consiste o princípio do contraditório, que, como já afirmado, é elemento legitimador da decisão judicial e caracterizador do processo?

No liberalismo clássico, o papel do juiz era o de intermediador das partes, sendo o contraditório um elemento formal, reduzido “a uma mera bilateralidade de audiência”<sup>284</sup>, uma vez que bastaria ao juiz garantir a oitiva das partes, sem que houvesse necessidade de vinculação do conteúdo da decisão aos argumentos debatidos<sup>285</sup>.

---

<sup>280</sup> FAZZALARI, Elio. Processo e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 1993, p. 1-19. p. 4.

<sup>281</sup> FAZZALARI, Elio. Processo e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 1993, p. 1-19. p. 4.

<sup>282</sup> FAZZALARI, Elio. Processo: teoria generale. In: *Novissimo digesto italiano*, v. 8. Torino: UTET, 1966. p. 1074.

<sup>283</sup> Tradução livre. No original: “Il cliché pandettistico del ‘rapporto giuridico’ è incompatibile con il processo: il rapporto giuridico è schema semplice, che non può conter la complessità del processo”. FAZZALARI, Elio. Processo e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 1993, p. 2.

<sup>284</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 75.

<sup>285</sup> “É a aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz. Assim, bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito [princípio do contraditório], mesmo que essas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente”. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 159.

Tal paradigma começou a ruir com Anton Menger, que em 1890 lançou um livro na Prússia, defendendo uma posição mais ativa do juiz, tanto processual (tornando-se parcial em busca da representação dos pobres), quanto extraprocessualmente (educando os cidadãos sobre o direito vigente)<sup>286</sup>.

O pensamento de Menger tomou corpo com a criação da ÖZPO (ordenança processual civil austríaca) de 1895, obra de seu aluno Franz Klein<sup>287</sup>, quando o processo é visto como:

[...] instituição para o bem-estar social, dotado inclusive de efeitos pedagógicos [...]. O juiz passa a estabelecer uma relação imediata e direta com as partes e as provas, estas livremente apreciadas. Em muito cresce a atividade do órgão judicial, munido de suficientes poderes para a direção material do processo, capazes de garantir sua marcha rápida e regular<sup>288</sup>.

O processo, com caráter nitidamente socializante, passa a ter o juiz em posição central, a quem caberá aplicar a lei, segundo os valores morais extraídos da sociedade.

Segundo Dierle José Nunes Coelho, Cândido Rangel Dinamarco foi influenciado pelas teorias socializantes, em prol de uma intervenção judicial capaz de realizar, pelo processo, escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos)<sup>289</sup>.

Nesse raciocínio, a tarefa do juiz é a de revelação das cargas axiológicas já existentes na sociedade, uma atividade meramente declarativa:

[...] é preciso reconhecer que o momento da decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica da sociedade em que vive e os textos, de modo que eles fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. [...].

---

<sup>286</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 79-80.

<sup>287</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 81.

<sup>288</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

<sup>289</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 142.

Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mutações axiológicas da sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é um instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso<sup>290</sup>.

Conquanto Dinamarco afirme a vinculação do juiz à lei, ele defende a necessidade de o magistrado julgar *contra legem* quando os “sentimentos da nação” forem opostos ao texto legal:

Em caso de formar-se um valo entre o texto da lei e o sentimento da nação muito profundo e insuperável, perde legitimidade a lei e isso cria clima para a legitimação das sentenças que se afastem do que em sua criação veio ditar<sup>291</sup>.

Observe-se que, para Dinamarco, “a legitimação é obtida mediante a compatibilidade do sistema processual como uma presumida realidade axiológica”<sup>292</sup>, que poderia ser aferida pelo magistrado.

O contraditório, nesse pensamento, fica relegado a segundo plano, uma vez que o magistrado, independentemente da dialeticidade processual, teria a capacidade de apreensão da carga axiológica aplicável ao caso concreto e, com isso, proferir uma decisão “justa”<sup>293</sup>.

Vale frisar que, uma sociedade heterogênea e plural, como a do século XXI, não possui valores apriorísticos universais, passíveis de serem apreendidos a ponto de sustentarem, por si sós, e *contra legem*, um provimento jurisdicional.

O Estado Democrático Constitucional, numa democracia pluralista, exige que o processo jurisdicional também seja palco efetivo da democracia participativa

---

<sup>290</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 360-361.

<sup>291</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 242.

<sup>292</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 147.

<sup>293</sup> NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009. p. 144.

(demodiversidade – vide Capítulo 1), razão pela qual o contraditório, como direito fundamental que é, passa a ser encarado como uma garantia dinâmica<sup>294</sup>.

Com efeito, o princípio ora estudado deve ser visto como possibilidade real e efetiva de os atores parciais participarem do processo com a conseqüente interferência na decisão judicial a ser proferida, proibindo-se, ainda, o *giudizio di terza via*.

Às partes deve ser assegurada a paridade de armas, e oportunizada a prévia participação no processo, até mesmo quanto às *questões de direito*, antes sujeitas exclusivamente ao conhecimento do juiz (*iura novit curia*)<sup>295</sup>.

Esse dever de cooperação impõe às partes agir com boa fé processual e lealdade, ao mesmo tempo em que determina ao juiz agir ativamente<sup>296</sup>.

O ativismo judicial, nesse sentido, não deve ser rechaçado<sup>297</sup>, pois não será confundido com autoritarismo. Na verdade, o exercício do contraditório servirá como controle à própria atividade judicante, evitando eventuais excessos<sup>298</sup>.

No dizer de Mitidiero, o juiz “ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão”<sup>299</sup>, evidenciando-se, por conseguinte, que, malgrado o magistrado tenha o dever de garantir o efetivo debate entre os sujeitos parciais, não se descarta que se encontra em posição privilegiada, pois é o responsável pela firme condução do processo.

Além do mais, o juiz também está sujeito ao contraditório, porque as partes possuem o direito de efetivamente influenciar na decisão a ser proferida.

---

<sup>294</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo”: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998. p. 101.

<sup>295</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 235-236.

<sup>296</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, Faculdade de Direito, UFRGS, v. 1, p. 89-121, 2004. p. 97.

<sup>297</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 138.

<sup>298</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, Faculdade de Direito, UFRGS, v. 1, p. 89-121, 2004. p. 107.

<sup>299</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 72-73.

Nessa esteira, o magistrado tem o dever de colocar à disposição das partes, previamente, todas as questões que serão decididas, até mesmo as oficiosas, evitando-se o *giudizio di terza via*. Significa dizer que, diante de uma situação não dialogada anteriormente no processo, que não havia sido identificada pelas partes - até mesmo no âmbito das matérias oficiosas -, o magistrado deverá ouvir os demais sujeitos processuais antes de decidir. Desse modo, se impede sejam as partes surpreendidas com decisões baseadas em pontos jamais outrora discutidos.

São muitos os países que disciplinaram, em suas legislações, a proibição do *giudizio di terza via*, conforme Mitidiero enumerou<sup>300</sup>. A título exemplificativo, temos França, Portugal e Alemanha. Na Itália, o princípio da não surpresa, segundo decisões reiteradas de seus tribunais, enseja a nulidade da sentença que o viola<sup>301</sup>.

Portanto, o princípio do contraditório, entendido como direito de influência e dever de debates, se converte em verdadeiro elemento de legitimação da decisão judicial, que, fundamentada, exporá as razões do convencimento do magistrado, cujo resultado será fruto do debate entre os atores parciais do processo.

O escopo do processo civil passa a ser a efetivação dos direitos fundamentais, num processo cooperativo sem descuidar, contudo, que a forma, muitas vezes, é ela mesma uma garantia.

### 3.4.3 Dever de motivação das decisões judiciais

*“[...] só nos resta seguir o nosso fado – interpretar, porque somos inexoravelmente ‘seres hermenêuticos’.”*

*Lênio Luiz Streck<sup>302</sup>*

---

<sup>300</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 74-75.

<sup>301</sup> MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, p. 929-947, out./dez. 2000.

<sup>302</sup> STRECK, Lênio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado*

A decisão judicial não mais pode ser encarada como um silogismo, no sentido de que para determinadas síntese e antítese existiria apenas uma conclusão válida<sup>303</sup>. Na verdade, o pensamento atual é o de que a decisão se revista de racionalidade para ser válida, sendo admissível pelo Direito a existência de decisões conflitantes em casos análogos<sup>304</sup>.

A crença de que os juízes declarariam o direito existente (*jurisdictio*) como se fossem aplicadores automáticos da lei, gerou o pensamento de que a decisão judicial válida é aquela cuja conclusão é a única para todos os casos similares. Nessa ordem, existiria apenas uma única solução válida.

Esse pensamento liberal gerava segurança jurídica e implicava quebra com o regime anterior, no qual os juízes possuíam maior liberdade na aplicação da lei. Como já afirmado no Capítulo 1, a lei expressava o espírito do povo, e os juízes deveriam aplicá-la mecanicamente para garantir a satisfação e o respeito da vontade popular. Tendo em vista que se tinha a pretensão de que a lei regulasse todas as situações da vida, ao magistrado bastaria aplicá-la, como se fosse uma “receita de bolo”.

Entretanto, a complexidade das relações socioeconômicas da vida moderna, somada à normatividade dos princípios e às ideias que incluíram a Constituição no centro do sistema jurídico, outorgando-lhe força normativa,<sup>305</sup> restou sepultada, de uma vez, a ficção acerca da univocidade na interpretação judicial.

---

*constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 78.

<sup>303</sup> Dinamarco compreende que a decisão judicial é um perfeito silogismo: “isso não significa, todavia, que a função jurisdicional seja constitutiva de direitos, nem que a jurisprudência seja fonte normativa. Negar que o juiz crie o direito do caso concreto vale simplesmente como afirmação de que as situações jurídico-substanciais declaradas em sentença preexistem a ela. Tal é, em sua simplicidade, a teoria dualista do ordenamento jurídico, que se apóia rigorosamente no raciocínio dedutivo desenvolvido pelo intérprete a partir da premissa maior que é a norma abstrata contida no direito objetivo material; a premissa menor é a concreta situação de fato e a conclusão reside na formação do preceito concreto.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

<sup>304</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 309-310.

<sup>305</sup> Barroso assinala três marcos condutores ao neoconstitucionalismo: a) marco histórico: formação do Estado Constitucional de Direito; b) marco filosófico: centralização dos direitos fundamentais e aproximação do Direito à ética; c) marco teórico: entendimento de que a Constituição possui força

O entendimento de que é complexa a aplicação do Direito fez ruir o método cartesiano que havia transformado o processo em uma “ciência instrumental (formal) que apenas auxilia a aplicação de maneira rigorosa e dedutiva dos juízos *a priori* elaborados pela razão pura da norma em abstrato”<sup>306</sup>. O resultado dessa virada Copernicana foi a valorização da argumentação jurídica e da lógica dialética com a utilização da tópica retórica para a correta identificação do problema.

Passa-se a dar maior importância à identificação precisa dos problemas a serem solucionados, mediante o debate dialético entre as partes, do que ao resultado meramente subsuntivo da aplicação do Direito<sup>307</sup>.

A vinculação do magistrado não é mais à estrita legalidade, mas à ordem jurídica como um todo (juridicidade), motivo pelo qual a aplicação do Direito deve ser vista como um ato de vontade – escolha de uma dentre diversas soluções – e não como um ato de conhecimento – revelação de um sentido pré-existente<sup>308</sup>.

Hans Kelsen, embora tenha pretendido criar uma teoria jurídica livre de pré-compreensões (Teoria Pura do Direito), reconheceu que, no momento de aplicação do Direito, a univocidade é uma ficção:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia favorecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei<sup>309</sup>.

---

normativa. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, mar./abri. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2008.

<sup>306</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 109.

<sup>307</sup> Sobre o abandono do modelo apodítico de racionalidade teórica, pelo modelo de racionalidade prática procedimental, cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.

<sup>308</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

<sup>309</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 391.

A interpretação jurídico-científica tende a evitar, o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos uma só interpretação: a interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política, pode justificar que se faça uso desta ficção numa exposição científica do Direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico. Neste caso, com efeito, apresenta-se falsamente como uma verdade científica aquilo que é tão somente um juízo de valor político<sup>310</sup>.

Também Alexy, ao falar, especificamente sobre o sopesamento realizado nos direitos fundamentais veiculados na forma de princípios, refuta, expressamente, essa ideia platônica de que o resultado da decisão judicial será sempre o mesmo, em todos os casos análogos. Sustenta o autor que a incerteza quanto ao resultado que o intérprete obterá com a ponderação, longe de levar sua teoria às ruínas, a fortalece, pois seria a mais adequada, no estágio evolutivo atual, para solucionar a colisão entre princípios<sup>311</sup>.

Nessa esteira, Robert Alexy ressalta que o controle do resultado do sopesamento é realizado no âmbito do discurso: é correto o sopesamento que conduz a um resultado racional.

A decisão judicial deverá explicitar adequadamente o *iter* percorrido para se chegar à conclusão apontada, justificando, de forma racional, a “reconstrução do direito”<sup>312</sup>.

É preciso esclarecer que a racionalidade da decisão judicial “não coincide com a lógica demonstrativa, nem se reduz à capacidade de persuadir retoricamente”, eis que além do

---

<sup>310</sup> Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 396.

<sup>311</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 39 e 165. Cf. também Alexy, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 591.

<sup>312</sup> Streck, Lênio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: Sarlet, Ingo Wolfgang; Leite, George Salomão (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 70.

silogismo ser insuficiente para explicar a racionalidade inserta na motivação dos provimentos judiciais, a persuasão não é elemento necessário para a garantia da validade deles<sup>313</sup>.

Por tudo o que foi exposto, nos parece ser despicienda a indicação de nova nomenclatura (reserva de consistência) para o dever constitucional de motivar as razões do convencimento judicial, naqueles casos difíceis, como geralmente o são os de sindicabilidade de políticas públicas.

Isso porque, o magistrado, ao interferir numa política pública já existente, ou, ainda, determinar a sua criação, deverá outorgar fundamentação suficiente a sua decisão, sem a qual o *decisum* padecerá de nulidade. Em qualquer tipo de processo, motivação insuficiente é o mesmo que ausência de motivação.

De fato, nas ações em que o objeto é a efetivação de direitos fundamentais mediante a interferência em políticas públicas, o magistrado possuirá um maior encargo para se desincumbir de sua tarefa constitucional de fundamentar seus pronunciamentos decisórios. E, tal característica não constitui um novo dever imposto ao juiz a ponto de se justificar a inovação terminológica.

Nesse diapasão, entendemos que a reserva de consistência, vista como a obrigação de motivar as decisões judiciais, não se afigura como um limite à atividade jurisdicional, na área das políticas públicas, e sim como um dever a ser observado pelo magistrado.

---

<sup>313</sup> TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 47-48.

## **4 A DENSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS: ADMISSIBILIDADE E PROCEDIMENTO DAS AÇÕES PARA CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Neste Capítulo serão analisadas algumas posições jurisprudenciais acerca da efetivação dos direitos sociais no processo judicial.

A implementação desses direitos, através do processo, esbarra, basicamente, em duas dificuldades práticas: a) a máxima indeterminação dos direitos fundamentais sociais, especialmente naqueles casos em que não há lei definidora; b) a vocação do processo civil para a tutela patrimonial em detrimento da tutela específica.

### *a) Densificação dos direitos fundamentais sociais*

Como já afirmado, a baixa normatividade dos direitos sociais não pode significar a inefetividade desses direitos frente à inércia do legislador e do administrador, impondo ao Judiciário a assunção de um papel deveras criativo.

Com o fim do paradigma legalista de que os códigos seriam hábeis a disciplinar todas as relações sociais (vide Capítulo 1), e com a admissão de que princípios são espécies de normas jurídicas (normatividade dos princípios), a jurisprudência é alçada à fonte primária do Direito.

Hermes Zaneti Júnior afirma que, a história jurídica nacional sempre emprestou função determinante à jurisprudência, porque o direito das Ordenações portuguesas não era hermético como a maioria dos códigos surgidos na Europa continental entre os séculos XVII e XVIII. Isso porque, as Ordenações previam a possibilidade de os juízes decidirem com base na doutrina que, por sua vez, era considerada um direito

subsidiário<sup>314</sup>. Tal possibilidade ficou conhecida como “bartolismo”, nomenclatura baseada em Bártolo de Saxoferrato, importante e conhecido jurista da época<sup>315</sup>.

Desse modo, não seria novidade alguma para o sistema jurídico nacional a admissão de que a jurisprudência é fonte do Direito.

Como exemplo, Hermes Zaneti Júnior cita três momentos em que a jurisprudência pátria assume o seu papel de criador do Direito: súmulas vinculantes, decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade com efeitos *erga omnes*, e decisões proferidas com base em jurisprudência dominante (artigos 285-A e 557, CPC)<sup>316</sup>.

A esses três momentos, indicamos um quarto, no qual a jurisprudência teria função criadora: a densificação do conteúdo dos direitos fundamentais e especificamente dos direitos fundamentais sociais que em sua grande maioria são normas principiológicas.

Como já asseverado anteriormente (Capítulo 2), a colisão entre princípios é solucionada pelo sopesamento, que estabelece uma regra no caso concreto<sup>317</sup>.

A lei de colisão criada após o sopesamento tem natureza de regra e servirá para guiar o Judiciário em decisões posteriores sobre casos análogos. Com o tempo, passa-se a criar um verdadeiro sistema judicial de aplicação e incidência dos direitos fundamentais, com a consequente densificação dos princípios<sup>318</sup>.

Por conseguinte, determinada matéria que hoje é considerada de difícil resolução jurisdicional, com o tempo e com a sua reiteração nas cortes, poderá se transformar em

---

<sup>314</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 242-243.

<sup>315</sup> COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 242.

<sup>316</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 253.

<sup>317</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 174.

<sup>318</sup> “Por meio dos sopesamentos da jurisprudência e de propostas de sopesamento aceitas pela Ciência do Direito, surge, com o passar do tempo, uma rede de regras concretas atribuídas às diferentes disposições de direitos fundamentais, as quais representam uma importante base e um objeto central da dogmática”. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria e direito público, v. 1). p. 175.

lide de fácil resolução. Os *hard cases* de hoje, dificilmente serão os mesmos de amanhã, pelo que se demonstra a natureza evolutiva e transformadora das decisões judiciais.

Obviamente que essa rede de decisões judiciais responsável por formar um precedente, não será intransponível, podendo ocorrer, a qualquer momento, o *overrule*, com a superação do entendimento anterior.

O importante é deixar claro que a jurisprudência possui papel de suma relevância na densificação do conteúdo do direito fundamental e, numa clara aproximação ao sistema jurídico da *common law*<sup>319</sup>, torna-se fonte primária do Direito.

#### *b) Vocação do Processo Civil para a tutela patrimonial*

Como dito anteriormente, o liberalismo defendia a não interferência do Estado na autonomia do indivíduo. Garantia-se, assim, a proteção da pessoa frente ao Estado e a total liberdade do cidadão, esta refletida, principalmente nos negócios. Nesse período, por conseguinte, a autonomia da vontade reinava na teoria geral do Direito, principalmente, no campo do Direito Privado.

O princípio da igualdade formal, outrossim, foi visto como máxima. Por essa razão, toda crise de inadimplemento deveria ser tutelada através de uma sentença condenatória de ressarcimento dos danos causados. Evitava-se, assim, que as pessoas recebessem diferentes prestações jurisdicionais para o ressarcimento do dano, e, incluía-se o ilícito como elemento constitutivo do dano.

Nota-se que os princípios da liberdade e da igualdade dessa maneira considerados, acabaram por mercantilizar o Direito e criar solo fértil para o desenvolvimento de uma burguesia eminente: nada mais justo e equânime, então, que todo o inadimplemento

---

<sup>319</sup> Os sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law* não são estanques como se apregoava outrora. Basta perceber a influência recíproca que um vem exercendo sobre o outro. Sobre o assunto, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 118, p. 75-88, nov./dez. 1994; MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 255-266; MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano-canónica*. Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

fosse resolvido em perdas e danos, e portanto, tutelado através de técnicas de ressarcimento em pecúnia.

O entendimento dominante era o de que o Estado não poderia utilizar de técnicas de coerção ou de sub-rogação para impor a vontade do indivíduo, que era livre e igual. A “incoercibilidade do fazer”<sup>320</sup> “impedia que o Estado interviesse nas relações privadas para obrigar este ou aquele comportamento”<sup>321</sup>.

A tutela genérica de direitos, portanto, foi utilizada em detrimento da tutela específica, que era vista como interferência indevida do Estado nas relações privadas e na liberdade do indivíduo. Posteriormente, com o advento do Estado Social, esse entendimento foi sendo, aos poucos, mitigado, até que, hodiernamente, prefere-se a tutela específica, mais apta a “dar a quem tem um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter”<sup>322</sup>.

De todo o modo, ainda hoje, no Código de Processo Civil brasileiro, se observa uma nítida obrigacionalização da tutela executiva, o que demonstra a vocação do nosso processo civil para as situações patrimoniais (tutela das obrigações de pagar quantia), gerando dificuldades procedimentais para a tutela específica<sup>323</sup>.

Ora, se situações existenciais entre particulares não dispõem de meios tão eficazes quanto às patrimoniais, diante da tradição do nosso Código de Processo Civil, muito menos as possuem aquelas situações existenciais que tem o Poder Público como sujeito passivo.

Dessa maneira, resta evidenciado que a dificuldade na proteção judicial dos direitos fundamentais sociais mediante o controle das políticas públicas não se dá apenas em decorrência dos problemas atinentes à densificação desses direitos, mas também como consequência da insuficiência dos mecanismos existentes para a coercibilidade do fazer.

---

<sup>320</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29.

<sup>321</sup> ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil: de acordo com a recente reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 23.

<sup>322</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 290.

<sup>323</sup> ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil: de acordo com a recente reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 24-25.

A seguir, analisaremos diversos aspectos processuais da tutela judicial dos direitos fundamentais, e o papel da jurisprudência, começando pela admissibilidade das ações cujo objetivo é o controle de políticas públicas.

## 4.1 ADMISSIBILIDADE DAS AÇÕES PARA CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

### 4.1.1 Possibilidade jurídica da demanda

A impossibilidade jurídica pode ser verificada em quaisquer dos três elementos da demanda (pedido, causa de pedir e partes).

Nessa ordem, ela existirá quando o pedido “se choça com preceitos de direito material, de modo que jamais poderá ser atendido, independentemente dos fatos e das circunstâncias do caso concreto”. Já a impossibilidade jurídica da causa de pedir estará caracterizada nos casos em que “a ordem jurídica nega que fatos como os alegados pelo autor possam gerar direitos”. Quanto às partes, elas “podem ser causa de impossibilidade jurídica, como no caso da Administração Pública, em relação à qual a Constituição e a lei negam a possibilidade de execução mediante penhora e expropriação pelo juiz”<sup>324</sup>.

Observe-se que a demanda será juridicamente possível não quando existente previsão no ordenamento jurídico, mas quando inexistir proibição legal. Por esse motivo, inicialmente, a jurisprudência nacional chegou a extinguir algumas ações para controle de políticas públicas, sob o argumento de que o pedido atentaria contra a previsão constitucional da separação dos poderes:

---

<sup>324</sup> As citações deste parágrafo podem ser encontradas em DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 3. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 301-302.

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA (*sic*). Condenação em obrigação de fazer. É defeso ao Poder Judiciário impor ao Executivo, determinada conduta administrativa, tão só, com base no artigo 3º, da Lei nº 7.347/85. Necessidade de previsão legal da norma afrontada e da correspondente penalidade. Pedido juridicamente impossível. Recurso improvido. (TJSP, Embargos Infringentes 703805001, Relator(a): Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público, Data de registro: 05/07/2001)<sup>325</sup>

Contudo, os tribunais pátrios não tardaram em rechaçar esse tipo de argumento, pelas razões já expostas em Capítulos anteriores (vide Capítulos 1 e 3), conforme observamos do seguinte exemplo:

EMENTA: PROCESSUAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INSTALAÇÃO DE PROGRAMA SÓCIO-EDUCATIVO DESTINADO À ADOLESCENTE EM REGIME DE SEMI-LIBERDADE NO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO. DIREITO SUBJETIVO À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS À VIDA, À EDUCAÇÃO, À DIGNIDADE, AO RESPEITO, À LIBERDADE E À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA, ENTRE OUTROS. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. Controvérsia gravitante em torno da possibilidade jurídica do pedido formulado em ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, que objetiva a criação e instalação, no município de Ribeirão Preto, de programa sócio-educativo destinado a adolescentes em regime de semi-liberdade previsto no artigo 90, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Alegação de que o prazo exíguo para o cumprimento da obrigação de fazer caracteriza a impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da sujeição dos entes públicos às Leis de Licitações e de Responsabilidade Fiscal, no que aludem à necessidade de previsão orçamentária para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa. 3. A possibilidade jurídica do pedido, uma das condições da ação, cuja ausência enseja a extinção do processo sem julgamento do mérito, abrange não apenas a previsão legal da pretensão do autor, mas, antes, que a mesma não se encontre "vetada" pela ordem jurídica. 4. Causa de pedir consubstanciada na inobservância, pela FEBEM/SP, da política básica de atendimento dos direitos da criança e do adolescente estabelecida pelo ECA, frustrando a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988, verbis: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao

---

<sup>325</sup> O Desembargador Relator deste processo assim afirmou em seu voto: "A evidência, não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inc. XXXV, da Const. da Rep.); não cabendo, entretanto, ao Juiz de Direito, da causa, criar o direito material, estabelecendo sanção negativa (art. 5º, inc. II, da Const. da Rep. c/c art. 126, do Cód. de Proc. Civil). O pedido, na forma que apresentado, configura ingerência do Poder Judiciário, na esfera discricionária da Administração Pública, em desrespeito ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º, da Const. da Rep.). Não se encontrando amparado na legislação vigente, exsurge juridicamente impossível, o pedido formulado". Tratava-se, na origem, de pedido elaborado pelo Ministério Público para que fosse disponibilizado local adequado para o depósito do lixo urbano.

adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." 5. O pleito ministerial não se encontra vedado pelo ordenamento jurídico, constituindo tentativa de assegurar o efetivo respeito ao direito subjetivo do adolescente no município de Ribeirão Preto. 6. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo do adolescente. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os adolescentes, nas condições estipuladas pela lei, encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública. 7. Ademais, o magistrado não fica adstrito ao prazo, para o cumprimento da obrigação de fazer, indicado pelo Ministério Público, sendo-lhe defeso, contudo, a prolação de sentença que incorra em um dos vícios de julgamento elencados no artigo 460, do CPC. 8. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp 630.765/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 12/09/2005 p. 214).

#### 4.1.2 Interesse de agir

O interesse de agir reputa-se presente quando a tutela jurisdicional pretendida puder ser útil ao requerente, “operando uma melhora em sua situação na vida comum – ou seja, quando for capaz de trazer-lhe uma verdadeira *tutela*, a tutela jurisdicional”<sup>326</sup>.

Essa condição da ação deve ser analisada em duplo aspecto: se o requerente lançou mão do provimento jurisdicional adequado para tutelar o bem da vida pretendido (interesse – adequação), e se o exercício da Jurisdição seria meio capaz de assegurar a fruição do bem da vida pretendido pelo requerente.

Adiante, analisaremos as principais questões acerca das modalidades de interesse de agir nas ações judiciais para controle das políticas públicas.

---

<sup>326</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 3. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 303.

#### 4.1.2.1 INTERESSE DE AGIR – ADEQUAÇÃO

Há quem sustente que a ação adequada para garantir a efetividade dos direitos sociais seria a ação transindividual, que teria melhores condições de analisar, globalmente, a viabilidade da política pública que se pretender implementar ou corrigir.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso<sup>327</sup>, ao dissertar sobre o caso da saúde, afirma que o Judiciário vem interferindo sobremaneira nos gastos públicos na área, preocupando-se demasiadamente em garantir a efetivação do direito individual, e esquecendo-se da macrojustiça. Assim sendo, seriam geradas algumas distorções na Administração Pública, a qual se veria obrigada a gastar mais com medicamentos do que com saneamento básico, como, proporcionalmente, aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, em 2007.

O autor sustenta que a excessiva judicialização na área da saúde pública estaria inviabilizando os Entes Federados de otimizarem globalmente seus recursos, impondo-se, assim, os seguintes limites à atividade jurisdicional:

- a) Os provimentos judiciais em ações individuais devem ser restringidos à dispensação dos medicamentos já incluídos nas listas elaboradas pelos Entes Federados.
- b) A alteração das listas de medicamentos poderá ser realizada apenas no âmbito de ações coletivas, controlando, abstratamente a alocação dos recursos públicos, e preservando a igualdade e a universalidade nas prestações de saúde pública.
- c) Somente medicamentos com eficácia científica comprovada poderiam ser incluídos pelo Judiciário nas listas dos Entes Federados, em ações coletivas.
- d) Na inclusão de medicamentos pelo Judiciário, nas listas dos Entes Federados, devem-se preferir os medicamentos genéricos e aqueles produzidos em território

---

<sup>327</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

nacional, analisando-se, ainda, abstratamente, se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

- e) Deve figurar no polo passivo o Ente Federado que esteja vinculado à lista que se pretende corrigir.

Na alínea “a”, Barroso visa limitar as pretensões individuais relacionadas ao direito à saúde impondo ao Judiciário conceder apenas individualmente os medicamentos já disponibilizados pelas listas padronizadas pelo SUS. Ora, tal restrição acabaria por fulminar as pretensões individuais que, em sua grande parte, objetivam a concessão de medicamento ou a realização de tratamentos que não são disponibilizados pelo SUS.

Obviamente que o jurisdicionado não possui o direito subjetivo de escolher o tratamento que lhe aprouver<sup>328</sup>, devendo comprovar, ainda que em *status assertiones*, que o procedimento médico indicado é essencial para a garantia de sua saúde, e que o SUS não fornece o medicamento/tratamento prescrito, ou, ainda, que o análogo fornecido pelo SUS é ineficiente para a sua cura.

Quanto às alíneas “b”, “c” e “d”, não restam dúvidas de que ações judiciais que as possuíssem no rol dos pedidos apenas poderiam ser veiculadas na forma coletiva.

---

<sup>328</sup> Nesse sentido: “EMENTA: ADMINISTRATIVO - MOLÉSTIA GRAVE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - MATÉRIA FÁTICA DEPENDENTE DE PROVA. 1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes. 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I). 3. A Carta Magna também dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198). 4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adequa ao seu tratamento. 5. In casu, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada. 6. Recurso ordinário improvido. (RMS 28338/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2009, DJE 17/06/2009)”.

Com posição similar à de Barroso, malgrado seja ainda mais restritiva, Liana Cirne Lins sustenta que “a titularidade dos direitos sociais é efetivamente social, razão pela qual se impõe sua proteção na forma social [...] sem exclusão da possibilidade de haver, residualmente, proteção individual nos casos de ameaça ao mínimo existencial”<sup>329</sup>.

Observe-se que a autora estabelece a titularidade transindividual dos direitos fundamentais sociais, que somente poderiam ser tutelados individualmente, na hipótese de ferimento ao mínimo existencial.

A intenção de Liana Cirne Lins é impedir, ao máximo, a efetivação dos direitos sociais através do Judiciário, chegando a adotar a concepção socializante de que tais direitos seriam apenas direitos coletivos, o que já refutamos no Capítulo 2.

Esse posicionamento parece-nos ensejar uma contradição, eis que a tutela individual dos direitos fundamentais sociais somente se legitima nas hipóteses de ferimento do mínimo existencial, isto é, o Estado não está obrigado a tudo prestar, devendo ser responsabilizado, segundo os parâmetros da proporcionalidade, na medida exata para garantir uma existência digna dos administrados.

Por conseguinte, é inócua a limitação imposta pela autora de que a tutela individual se dará apenas quando presente o ferimento ao mínimo existencial, até mesmo porque a análise da transgressão do mínimo existencial não está dentre os requisitos de admissibilidade da ação, sendo matéria afeta ao mérito.

Impedir, *in status assertiones*, a proteção individual de um direito fundamental lesado não é medida consentânea ao Estado Democrático Constitucional, devendo ser de plano rechaçada:

Portanto, a tentativa de alguns setores da doutrina de *melhor resolver* as questões ligadas às políticas públicas através de ações coletivas não pode resultar em *capitis deminutio* dos direitos individuais, suprimindo toda a teoria dos direitos fundamentais que vem sendo construída, de

---

<sup>329</sup> LINS, Liana Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/potal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSaude&Pagina=Artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

modo a reconhecer os direitos subjetivos como situações jurídicas complexas ou permissões especiais de aproveitamento, individuais e coletivas, ao contrário, transformando-os em promessas vazias diluídas nas responsabilidades coletivas<sup>330</sup>.

Insta salientar ainda que, admitir que dar primazia, preferência à tutela coletiva, com o intuito exclusivo de se otimizar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, no âmbito do Judiciário, não é o mesmo que impedir a tutela individual.

Na verdade, na esteira do afirmado por Sarlet, os direitos fundamentais sociais, em última análise, são dirigidos à pessoa humana, impondo também por essa razão, a proteção individual desses direitos<sup>331</sup>, através do processo.

#### 4.1.2.2 INTERESSE DE AGIR - NECESSIDADE

Quanto ao interesse de agir na modalidade necessidade, parece-nos relevante traçar algumas linhas sobre essa condição da ação e a existência de Termo de Ajuste de Conduta.

A primeira dúvida que surge é quanto à possibilidade de um ente co-legitimado para a propositura da ação metaindividual, ajuizar uma ação coletiva, ao discordar de TAC firmado anteriormente.

Para Hugo Nigro Mazzilli<sup>332</sup>, é possível o ajuizamento de ação transindividual, posição com que discorda Fernando Grela Vieira, para quem não subsistirá interesse de agir – adequação ao co-legitimado, possuidor de um título executivo extrajudicial para amparar sua pretensão<sup>333</sup>.

---

<sup>330</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional*. (no prelo).

<sup>331</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 216-217.

<sup>332</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 313.

<sup>333</sup> VIEIRA, Fernando Grela. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985: 15 anos. 2. ed., rev. e atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221-249.

Outro ponto importante é quanto à possibilidade de o próprio legitimado, responsável por firmar o TAC, ajuizar uma ação coletiva de mesmo objeto. Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Bianca Oliveira de Farias, subsiste interesse de agir – necessidade, desde que o compromissário demonstre que o termo fixado não foi capaz de englobar todo o dano causado<sup>334</sup>.

Entendemos, por outro lado, que o TAC não pode representar óbice intransponível à tutela de direitos fundamentais sociais, nem tampouco impedir o exercício da legitimação ativa de outros entes que não participaram da elaboração do ajuste, mormente se se tem em vista a máxima indeterminação dos direitos fundamentais principiológicos, ensejando, assim, as mais variadas possibilidades de efetivação.

Outrossim, na esfera dos direitos individuais, o Termo de Ajuste de Conduta jamais poderá lhes representar violação e intromissão, nos termos do que já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. DANO AMBIENTAL MARÍTIMO. REPARAÇÃO A PESCADORES, COLETORES E CATADORES ARTESANAIS. LEGITIMIDADE RECURSAL. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALTERAÇÕES POSTERIOR POR NOVOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. DIREITO ADQUIRIDO, ATO JURÍDICO PERFEITO, SEGURANÇA JURÍDICA, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. FÉ PÚBLICA DE DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO PROFISSIONAL. VIOLAÇÕES INEXISTENTES. NORMAS DE NATUREZA PROCEDIMENTAL. INCIDÊNCIA IMEDIATA. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS. 1. Os agravantes são terceiros interessados, com legitimidade recursal, pois a insurgência apresentada diz respeito diretamente ao exercício de direitos individuais, na forma e nas condições definidas pelos termos de ajustamento de conduta. 2. A superveniência de alterações no desenho original do Termo de Ajustamento de Conduta não violou direito adquirido ou ato jurídico perfeito, nem a segurança jurídica, dada a natureza procedimental da sistemática introduzida e a presença do interesse público. 3. A celebração de termo de ajuste de conduta, em ação civil pública ambiental, donde decorre a possibilidade de cidadãos prejudicados por dano ambiental pleitearem valores reparatórios diretamente à empresa poluidora, não consubstancia transação ministerial sobre

---

<sup>334</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; FARIAS, Bianca Oliveira de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos\\_sobre\\_o\\_compromisso\\_de\\_ajustamento\\_de\\_conduta.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

direitos já individualizados. O aperfeiçoamento da sistemática de comprovação dos requisitos necessários para alguém qualificar-se como beneficiário de disposições de TAC é medida de natureza processual, pertinente ao conteúdo do TAC, não configurando, portanto, transação sobre direito individual já personalizado. 4. Atribuição constitucional do Ministério Público (art. 129, III) para a celebração dos termos de ajustamento de conduta, no seio de ação civil pública, não se configurando intromissão indevida nos direitos individuais alheios. Admissão constitucional da participação do órgão ministerial na composição e solução de litígios individuais e metaindividuais, dada sua relevância social e jurídica. 5. Inexistência de violação ao princípio da publicidade, até porque os procuradores dos agravantes impugnam judicialmente a proposta de alteração dos termos originais. 6. A exigência de outros documentos e procedimentos comprobatórios, a par da apresentação da respectiva carteira profissional, não desmerece, por si só, a fé pública da identificação fornecida pelo órgão estatal. 7. Agravo desprovido. (TRF4, AG 200804000308194, Relator: ROGER RAUPP RIOS, - TERCEIRA TURMA, 29/07/2009).

### 4.1.3 Legitimação

Por legitimidade, entende-se como sendo a “qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz”<sup>335</sup>.

Uma vez que as ações para controle judicial de políticas públicas podem ser tanto individuais quanto transindividuais, passemos a analisar separadamente a legitimação em cada uma delas.

#### 4.1.3.1 LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES INDIVIDUAIS

Nas ações individuais para a tutela de direitos fundamentais sociais deverá ser observada a regra geral da legitimação ordinária prevista pelo artigo 6º, CPC.

---

<sup>335</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 3. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 306.

De outro lado, muitas são as hipóteses de legitimação extraordinária, principalmente do Ministério Público, as quais ensejarão a participação do *parquet* na efetivação de direitos fundamentais sociais.

Assim, temos a legitimação ativa extraordinária do Ministério Público para a tutela dos direitos de incapazes, a teor do disposto no artigo 82, inciso I, CPC.

O Ministério Público terá legitimação extraordinária para tutelar direitos do idoso, ainda que seja civilmente capaz, nos termos dos artigos 74, inciso III e 81, inciso I, combinados com artigo 43, inciso I, todos da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)<sup>336</sup>.

Também terá legitimação extraordinária, o Ministério Público, para a tutela dos direitos da criança e do adolescente, nos termos dos artigos 201, incisos V, VIII e IX; 202 e 204, da Lei 8.069/1990 (ECRIAD).

#### 4.1.3.2 LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA<sup>337</sup>

Insta advertir que a Ação Popular, como integrante do microsistema de tutela coletiva, também poderá ser instrumento para o controle de políticas públicas. Contudo, sendo instrumento idôneo apenas para a anulação de ato administrativo lesivo ao patrimônio público (artigo 1º, LAP), não será capaz de impor uma obrigação de fazer ao Poder

---

<sup>336</sup> “EMENTA: PRELIMINAR - ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - DESCABIMENTO - ART. 127 DA CF QUE FUNÇÃO INSTITUCIONAL AO PARQUET NO QUE TOCA À DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS - REJEIÇÃO. PRELIMINAR - ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO, BEM COMO DO MUNICÍPIO DE FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO - DESCABIMENTO - OBSERVÂNCIA DO ART. 23 DA CF - COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS DE CUIDAR DA SAÚDE DA POPULAÇÃO - REJEIÇÃO. APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LIMINAR CONFIRMADA PELA SENTENÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO - CABIMENTO. Em atendimento a preceito constitucional (artigos 5º e 196 da CF) é direito do paciente com doença crônica obter o fornecimento de medicamento prescrito pelo médico. Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar a quem deles necessitar. Paciente que conta com 75 anos de idade. Observância do Estatuto do Idoso (arts. 9º e 15, § 2º). Obrigação dos órgãos públicos de garantir atendimento salutar à saúde da população. Decisão mantida. Recursos negados. (TJSP, Apelação 994092480991 (9856635700), Relator(a): Danilo Panizza, Comarca: Ribeirão Preto, Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 02/03/2010, Data de registro: 23/03/2010)”.

<sup>337</sup> Acerca da legitimação no processo coletivo, GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães. *Substituição processual conglobante: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação*. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2009. (Orientador: Hermes Zaneti Júnior).

Público. O controle, nessa via, ficará adstrito ao reconhecimento de que a política pública implementada não é hábil a satisfazer o direito fundamental social a que se pretende garantir efetividade.

A Ação Civil Pública, por outro lado, será instrumento muito mais eficaz na sindicância das políticas públicas, porquanto poderá ser objeto de controle tanto da ausência/insuficiência de política pública específica na efetivação do direito fundamental social, quanto da inadequação do programa existente.

Por essa razão, passaremos a analisar alguns aspectos apenas da legitimação ativa na ACP.

As discussões acerca da legitimidade nas ações transindividuais cingem-se a perquirir a quem ela pertenceria uma vez que dos direitos supraindividuais “ninguém é titular exclusivo, mas, ao mesmo tempo, todos os membros daqueles [grupos, classes ou categorias] são seus titulares?”<sup>338</sup>

Cumpra, nesse ínterim, cuidar da espécie de legitimação encontrada nas ações para tutela coletiva de direitos.

Parte minoritária da doutrina entende que se trata de legitimação ordinária. É o caso de Luiz Fernando Belinetti, para quem se devem abandonar os conceitos privatísticos de um processo individualista, para abraçar novos conceitos adequados à tutela coletiva:

*Titulares* serão aqueles que estiverem vinculados ao ordenamento jurídico, ao passo que *legitimados* serão aqueles que de acordo com o ordenamento possam influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou que estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva)<sup>339</sup>.

Entretanto, majoritariamente, se entende ser hipótese de legitimação extraordinária, posto que o direito, embora pertencente a titulares indeterminados ou determináveis, por

---

<sup>338</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano IX, n. 33, janeiro/março de 1984, p.10.

<sup>339</sup> Grifos no original. BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil: a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 98, abril/junho de 2000, p. 130.

eles não será processualmente defendido<sup>340</sup>, ou seja, teremos a defesa de direito alheio em nome próprio, conforme o artigo 6º, CPC: o ente legitimado seria, então, legitimado extraordinário da coletividade.

Cabe ainda esclarecer que, duas são as espécies de legitimação extraordinária: a autônoma e a subordinada. Nesta, a presença do legitimado ordinário é essencial para a ação, enquanto naquela há clara independência entre substituto e substituído. Sendo assim, fica evidente que, no processo coletivo brasileiro, a legitimidade é extraordinária e autônoma.

Além disso, ela também será concorrente, pois a possibilidade de um co-legitimado ajuizar a ação, não retira essa mesma possibilidade de outro co-legitimado, que pode ser litisconsorte facultativo do primeiro<sup>341</sup>.

Ainda será disjuntiva a legitimidade extraordinária, pois nem sempre o autor da ação supraindividual de conhecimento o será na ação executiva<sup>342</sup>. Isto porque o artigo 15, LACP, no que toca aos direitos difusos e coletivos, permite a qualquer outro legitimado, se o autor legitimado restar inerte por sessenta dias do trânsito em julgado, promover a execução da sentença. E, quanto aos direitos individuais homogêneos, caberá à vítima ou a seus sucessores iniciar a fase executiva, e caso o número de interessados não seja compatível com a gravidade do dano, dentro de um ano, qualquer dos legitimados poderá promover a *fluid recovery* (artigo 97 c/c art. 100, ambos do CDC).

Sendo autônoma, concorrente e disjuntiva a legitimidade extraordinária, teremos hipótese de substituição processual, o que explicaria por que o substituto não pode, no bojo da ação civil pública renunciar a direitos.

Passemos a analisar, um a um, os legitimados para a propositura dessa ação, previstos no artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública.

---

<sup>340</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 204.

<sup>341</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 261.

<sup>342</sup> SHIMURA, Sérgio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 157.

#### 4.1.3.2.1 Ministério Público

O Ministério Público<sup>343</sup> tem legitimidade extraordinária ativa para ajuizar a ACP. Essa legitimidade foi-lhe outorgada pela própria Constituição Federal em seu artigo 127, *caput* c/c artigo 129, incisos I e III, bem como pelas suas leis organizativas (artigo 25, IV, LONMP e artigo 5º, VI c/c artigo 6º, VII, LC 75/1993). Dessa feita, se diz que a legitimidade conferida ao Órgão Ministerial não é passível de controle segundo os ditames da legitimidade adequada<sup>344</sup>.

Isso porque a Constituição da República elegeu o Ministério Público como protetor do regime democrático de direito e porta – voz dos direitos supraindividuais. Tal é a importância do Órgão para a efetivação desses direitos de solidariedade que, quando tutelados nos termos da Constituição, é defeso ao magistrado perquirir sobre a adequada representatividade do Ministério Público.

Todavia, no que toca aos direitos individuais homogêneos, a discussão toma outro andar. É que o artigo 127, *caput*, CF conferiu legitimidade ao Órgão Ministerial para tutelar direitos difusos e coletivos – direitos sociais – e os direitos individuais indisponíveis. Ora, sendo os direitos individuais homogêneos eminentemente patrimoniais, careceria legitimidade ao Ministério Público para protegê-los<sup>345</sup>.

Nessa esteira, *cum grano salis*, a doutrina e jurisprudência vem admitindo a autoria do Ministério Público em ações transindividuais para defesa de direitos individuais homogêneos quando esses direitos forem de relevância social, que deverá ser demonstrada<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> Ressaltando a importância do Ministério Público na efetivação dos direitos sociais mediante o controle das políticas públicas, FERRARESI, Eurico. *O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas*. (no prelo).

<sup>344</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública*: Lei 7.345/1985 - 15 anos. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 46. Assim afirmou: “(...) a adequação da representatividade do legitimado ativo para ação civil pública é presumida legal e constitucionalmente, em caráter absoluto, sem necessidade de preenchimento pelo Ministério Público de qualquer requisito específico a esse respeito”.

<sup>345</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 213.

<sup>346</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 240 e ss.; ZANETI JÚNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR,

Ainda como forma de comprovar o importante papel legado ao Ministério Público, temos que o Órgão Ministerial sempre atuará como *custus legis* nas ações metaindividuais em que não atuar como parte (artigo 5º, § 1º, LACP). Tal disposição legal tem por escopo assegurar a regularidade da representação adequada para evitar fraude e conluio entre autor coletivo e réu, e garantir a efetiva tutela do bem transindividual<sup>347</sup>.

O Ministério Público também poderá/deverá atuar como autor sucessivo quando o autor supraindividual desistir e/ou abandonar a ação (artigo 5º, § 3º). Cabe alertar que o abandono da ação somente ensejará a substituição processual se for infundado<sup>348</sup>.

Outro ponto importante a respeito da legitimação do Órgão Ministerial é quanto ao permissivo legal (artigo 5º, § 5º, LACP) de litisconsórcio entre Ministérios Públicos, é dizer, entre Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados.

Essa questão vem suscitando embates doutrinários, uma vez que se sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo em função do princípio da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público (artigo 127, § 1º, CF) e do princípio federativo.

Sendo assim, se o Ministério Público é instituição una e indivisível, sua divisão entre Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos Estados é apenas administrativa. Haveria, então, no caso de litisconsórcio, “duplicidade de pedidos da mesma parte, ou seja, o litisconsórcio meu comigo mesmo”<sup>349</sup>.

---

Frede. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4., 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 349 e ss.; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 215-217.

<sup>347</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 229. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985 - 15 anos*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 48.

<sup>348</sup> “Assim, se o autor formalmente desistir do processo porque o demandado já sanou completamente todos os danos ou porque, mediante transação, comprometeu-se a saná-los, caberá ao juiz efetuar fundamentadamente a homologação, pois não se trata de desistência infundada”. ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 231.

<sup>349</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 104-105.

Dinamarco, por sua vez, rebate tais críticas e afirma que a indivisibilidade e a unidade do Ministério Público se verifica apenas dentro de cada estrutura de cada Ministério Público. Assevera que não se verifica a inconstitucionalidade, mas “inútil repetição de esforços”<sup>350</sup>. Ainda ressalva que a atuação conjunta só será possível se houver compatibilidade entre o processo e as atribuições de cada Órgão Ministerial litisconsorte.

Quanto ao ferimento do federalismo, Almeida<sup>351</sup> apregoa que a atribuição dos Ministérios Públicos deve seguir a simetria com a competência das Justiças. Nesse passo, o Ministério Público Estadual é legítimo para atuar na Justiça Estadual, bem como o é o Ministério Público da União para atuar na Justiça Federal e suas respectivas especializações. Rodrigues<sup>352</sup> coaduna-se com essa tese, lembrando a regra do artigo 109, § 3º, CF como único exemplo em que o Ministério Público da União atuaria na Justiça Estadual.

Urge tratar, nesse ínterim, em breves linhas, do inquérito civil, instrumento administrativo<sup>353</sup> e extrajudicial de iniciativa exclusiva do Ministério Público, que visa colher dados e provas para subsidiar o ajuizamento de ação metaindividual, evitando sobremaneira o ajuizamento de lides temerárias.

Marcelo Abelha Rodrigues<sup>354</sup> lista cinco características do inquérito civil:

- a) *Instrumentalidade*: o inquérito civil é instrumento formador da convicção do membro do Ministério Público para a propositura da ação supraindividual, não é um fim em si mesmo.

---

<sup>350</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 235.

<sup>351</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 103.

<sup>352</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 305.

<sup>353</sup> Para Carvalho Filho não seria um processo administrativo, eis que este é destinado à solução de uma controvérsia de âmbito administrativo, característica não verificada no inquérito civil. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 222.

<sup>354</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 316-318.

- b) *Exclusividade*: apesar de não obrigatório, somente o Ministério Público pode manejar o uso do inquérito civil. Nesse passo, reduz-se a possibilidade de o Órgão Ministerial ajuizar uma lide temerária, razão pela qual não está isento das despesas processuais (artigo 18, LACP).
- c) *Dispensabilidade*: o Ministério Público não é obrigado a instaurar o inquérito civil, uma vez que pode dispensá-lo se tiver desde logo os documentos necessários à propositura da ação. Da mesma maneira, o fim do inquérito civil não induz o ajuizamento de ação supraindividual. Nesse caso, o arquivamento deverá ser submetido ao crivo do Conselho Superior do Ministério Público (artigo 30, LONPM) ou ao da Câmara de Coordenação e Revisão correspondente (artigo 62, IV, artigo 171, IV, LC 75/1993)<sup>355</sup>.
- d) *Formalidade*: devem ser respeitadas as formas previstas em lei, v.g., o arquivamento, com o fito de preservar o Estado Democrático Constitucional.
- e) *Participação*: é recomendável a participação do inquirido nos atos do inquérito civil que visem à colheita de provas. Sendo assim, se respeita o contraditório, além de proporcionar ao inquirido ampla defesa evitando a “repressão social”, que “deixa cicatrizes morais insanáveis e feridas financeiras insuperáveis”<sup>356</sup>.

Não existe, porém, unanimidade nessa última característica. Há quem negue a possibilidade de contraditório por ser incompatível com a natureza inquisitiva do inquérito civil. De outro lado, existe posição diametralmente oposta, segundo a qual apenas o inquérito civil, produzido segundo os ditames do contraditório, poderá ser utilizado no ajuizamento de uma ação metaindividual<sup>357</sup>. E também, há o entendimento conciliador, pelo que o contraditório deverá ser observado sempre que possível (ex.: permitir a participação do advogado do inquirido quando for depor perante o Ministério

---

<sup>355</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 238.

<sup>356</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 318.

<sup>357</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Ação civil pública: falta de legitimidade e interesse do Ministério Público*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 745, nov. 1997. p. 83-84.

Público), e poderá ser dispensado quando a presença do contraditório lhe for prejudicial e atrapalhar o curso das investigações e o resultado delas<sup>358</sup>.

É esta última opinião que nos parece a mais apropriada, uma vez que alcança o escopo do inquérito civil – evitar lides temerárias –, não engessando o inquérito civil e proporcionando o contraditório ao investigado.

O inquérito civil não objetiva, por si só, aplicar pena ou qualquer outro tipo de sanção. É o procedimento administrativo de documentação para viabilizar a atuação adequada do Ministério Público na defesa dos direitos massificados. Portanto, não há necessidade de atendimento pleno do princípio do contraditório como ocorre, nos processos judiciais.

O inquérito civil se torna peça importante nas ações para controle de políticas públicas, devendo o Ministério Público reunir toda a documentação pertinente, requisitando, inclusive, a realização de perícia (artigo 8º, inciso II, LC 75/1993 e artigo 26, inciso I, alínea “b”, da Lei 8.625/1993), se necessário for, para demonstrar a inexistência ou a ineficiência da política pública implementada pelo Executivo, e a necessidade de intervenção jurisdicional para cessar a violação ao direito fundamental social lesado.

#### *4.1.3.2.2 Defensoria Pública*

São históricas as dificuldades estruturais que acometem a Defensoria Pública, as quais, contudo, tendem a ser superadas pela autonomia financeira e funcional concedida pela EC 45/2004 (artigo 134, §§ 1º e 2º). E nesse contexto de estruturação da assistência judiciária gratuita no país, a Defensoria Pública foi legitimada pela Lei 11.448/2007 para a proteção de direitos transindividuais.

---

<sup>358</sup> NEVES, Daniel Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 234-240; ZANETI JÚNIOR, Hermes; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. v. 4., 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 246-249.

Antes da edição da Lei 11.448/2007, a Defensoria Pública apenas possuía o instrumental necessário à proteção de direitos individuais de seus assistidos, tendo sido relegados os transindividuais. A alteração legislativa pretendeu possibilitar aos Defensores Públicos o pleno exercício de seu *munus* constitucional, agora também estendido à proteção dos direitos supraindividuais. Amplia-se, assim, o âmbito de proteção do direito dos necessitados à assistência e à assessoria judiciárias gratuitas, que é dever do Estado (artigo 5º, inciso LXXIV c/c artigo 6º, CF).

Especificamente no que concerne à efetivação de políticas públicas, já se pode observar uma série de ações ajuizadas pela Defensoria Pública, cujo objetivo é a criação de políticas públicas relacionadas às parcelas mais carentes da população.

Como exemplos, podemos citar o processo nº 024.09.013938-7 que visa à criação de política pública específica para garantir tratamento médico e internação à população viciada em substâncias entorpecentes, bem como o processo nº 024.09.004097-3, que pretende a criação de política pública para exigir o fornecimento de insulinas análogas aos portadores de diabetes melitos. Ambos os processos estão em curso na 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, Espírito Santo.

#### *4.1.3.2.3 Pessoas jurídicas de direito público*

A Administração Pública direta ou indireta só poderá atuar no âmbito territorial em que foi constituída<sup>359</sup>. Contudo, essa regra não é absoluta, podendo ser facilmente excepcionada em casos, por exemplo, como o de dano ambiental, visto o direito ao meio ambiente transcender ao campo territorial de interesse de cada Ente Federado<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual* (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 517.

<sup>360</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 126-127.

Causa perplexidade perceber que o Estado brasileiro é um dos maiores violadores dos direitos supraindividuais, o que explica sua desmotivação na concretização desses direitos através dos instrumentos processuais cabíveis<sup>361</sup>.

Malgrado possa parecer, num primeiro momento, um tanto quanto inusitado, um ente público terá legitimidade para ajuizar uma ação para controlar a implementação de determinada política pública em um outro ente público, sem que isso interfira na autonomia federativa.

Assim, v.g., poderá um Município, que não possua uma escola de Ensino Médio, ajuizar uma ação, por exemplo, com o fito de obrigar o Estado, em que esteja localizado, a fornecer aos munícipes a educação média, bem como poderá um Estado, em que não haja ensino superior gratuito, pleitear a condenação da União para que seja construída uma universidade pública federal.

#### 4.1.3.2.4 Associações

As associações podem propor ação metaindividual desde que estejam constituídas há pelo menos um ano, e haja pertinência temática de seus fins institucionais com o objeto da ação proposta (artigo 5º, inciso V, LACP).

A exigência do prazo mínimo de constituição tem por escopo evitar a criação de associações com a finalidade precípua de ajuizar ações supraindividuais, o que seria temerário<sup>362</sup>.

De outra monta, a lei possibilita a dispensa desse prazo mínimo, no caso concreto, a ser efetivada pelo magistrado quando houver “interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (artigo 5º, § 4º, LACP).

---

<sup>361</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 146.

<sup>362</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 644.

Haja vista a possibilidade de esvaziamento dessa norma diante da constante existência de interesse social nas ações transindividuais, Dinamarco<sup>363</sup> afirma que tal interesse deve se referir ao prazo ânuo, ou seja, se o direito a ser tutelado puder sofrer algum dano irreversível no decorrer desse prazo, o juiz deverá dispensá-lo. O autor exemplifica ao dizer que inexistirá interesse social em dispensar tal prazo, caso a “situação fática reclamada já perdure há muitos anos”<sup>364</sup>.

Urge ressaltar que o prazo é contado a partir do registro da associação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Outra questão importante é quanto à pertinência temática: a LACP exige que haja correspondência entre os fins institucionais da associação com o pedido transindividual deduzido em juízo. Também nesse caso, o objetivo é evitar lides temerárias.

Ainda deve-se alertar que, segundo o artigo 5º, XXI, CF, as associações precisam de autorização expressa para defesa judicial de seus associados. Ora, a LACP exige essa autorização no estatuto, motivo pelo que não deve ser exigida autorização assemblear como fizera a MP 2.180-35/2001.

Tal exigência prejudica sobremaneira a propositura de ações supraindividuais por esses legitimados, que representam a expressão mais concreta da democracia participativa: são espécie de “*longa manus* da sociedade”<sup>365</sup>.

Cumprе lembrar, também, que a LACP não faz distinção entre fundações públicas e privadas, tendo o artigo 5º, inciso IV se referido apenas à “fundação”.

Por derradeiro, é preciso trazer à baila a importante discussão a respeito dos instrumentos que os demais legitimados, que não o Ministério Público, poderão valer-se para angariar os documentos e as informações necessárias para a propositura da ação metaindividual.

---

<sup>363</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 243.

<sup>364</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 243.

<sup>365</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 247.

Sendo assim, parte da doutrina defende que em razão do direito de petição, as autoridades públicas deverão prestar as informações solicitadas dentro de um prazo de quinze dias, sob pena de interposição de mandado de segurança<sup>366</sup>.

Outra corrente, de cujo entendimento nós partilhamos, entende que inexistente direito líquido e certo de uma associação receber dos entes públicos informações que digam respeito a particularidades individuais, ante a proteção constitucional ostentada pelo princípio da privacidade. Por essa razão, poderiam os demais entes legitimados utilizar-se da cautelar preparatória probatória, que proporcionará a segurança desejada na colheita de provas para a instrução da ação transindividual<sup>367</sup>.

#### 4.1.3.3 LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Nas ações judiciais para garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais, a questão da legitimidade passiva mostra-se controversa quando está em análise o direito à saúde. A dificuldade exsurge da complexa divisão de competências administrativas, quanto às prestações de saúde, no âmbito dos três entes federados - União, Estados e Municípios.

O que se verifica nos processos judiciais é um constante jogo de acusações entre os Entes Federados, pretendendo, cada um deles, se afastar da responsabilidade constitucional imputada, seja em ações individuais, seja em ações supraindividuais.

A jurisprudência, de um modo geral, tem entendido que a responsabilidade entre os Entes Federados é solidária, podendo ser acionado qualquer um deles para serem exigidas prestações relacionadas à saúde pública:

---

<sup>366</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 313-314.

<sup>367</sup> NEVES, Daniel Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 232-233.

EMENTA: MEDICAMENTO. 1. Fornecimento de insumo para tratamento de menores com intolerância a leite de origem animal. 2. Legitimidade passiva do ente municipal. Responsabilidade solidária dos entes políticos. Possibilidade de acionamento de quaisquer entes políticos para a obtenção da prestação. 3. Permissivo constitucional e legal para o atendimento excepcional de fornecimento de insumo. 4. Exegese dos artigos 23, inciso II, 196, 198 da Constituição da República e do artigo 36, parágrafo 2º, da Lei 8.080/90. Reexame Necessário e Recurso de Apelação desprovidos.

(TJSP, Apelação 994092431595 (9785455200), Relator(a): Nogueira Diefenthaler, Comarca: Tupã, Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Público, Data do julgamento: 08/02/2010, Data de registro: 22/02/2010)

Com o fito de evitar prolongamentos processuais desnecessários, a Defensoria Pública da União propôs, perante o STF, a edição de Súmula Vinculante – Proposta de Súmula Vinculante nº 4 – visando pacificar, de uma vez, o entendimento sobre a responsabilidade solidária dos Entes Federados, nos seguintes termos:

[...] Súmula vinculante tornando expressa a responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público, como já assentado pelos Eminentes Ministros<sup>368</sup>.

A PSV nº 4, no entanto, foi suspensa por decisão do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que entendeu a necessidade de a questão sofrer análises mais profundas pelo Plenário da Corte Suprema, devendo-se, ainda, aguardar o julgamento do RE 566.471/RN, cuja repercussão geral relacionada ao fornecimento de medicamentos de alto custo foi reconhecida.

---

<sup>368</sup> Petição inicial da PSV nº 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2652147>>. Acesso em: 06 mar. 2009.

## 4.2 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E RESERVA DO POSSÍVEL<sup>369</sup>

Como já afirmado anteriormente, no Capítulo 3, Item 3.1, a reserva do possível pode ser encarada como um limite imanente ao direito fundamental, ou como uma restrição externa.

Nesse sentido, como limite imanente, a reserva do possível estaria inserida no próprio conceito do direito fundamental, sendo fato constitutivo do direito alegado.

De outro lado, como restrição externa, a reserva do possível não seria elemento constitutivo do direito fundamental, mas sim fato impeditivo à satisfação desse direito.

O entendimento que se garante à reserva do possível influenciará sobremaneira na distribuição do ônus da prova, que, conforme disciplina o artigo 333, CPC, será do autor, se for adotado o instituto como limite imanente, ou do réu, se for a reserva do possível compreendida como restrição externa.

Consoante já explanado, entendemos a reserva do possível como uma restrição externa ao direito fundamental, motivo pelo qual o ônus da prova sobre tal instituto caberá sempre ao Poder Público demandado em Juízo, que, figurando na condição de réu (artigo 333, inciso II, CPC), deverá comprovar a existência desse fato impeditivo da satisfação do interesse autoral (que, *in casu*, será a implementação de uma determinada política pública relacionada a um direito fundamental social).

Observe-se um outro perigo da adoção da reserva do possível como um limite imanente dos direitos fundamentais, uma vez que, nesse caso, o ônus da prova incumbirá ao autor da ação (artigo 333, inciso I, CPC). Tal compreensão do instituto poderá inviabilizar,

---

<sup>369</sup> Sobre os poderes do juiz em matéria de prova, cf. XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento*. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2008. (Orientador: Flávio Cheim Jorge). Sobre a prova no Processo Civil Coletivo, GOMES, Camilla de Magalhães. *A prova no processo coletivo: teoria dos modelos da prova aplicada ao processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2009. (Orientador: Hermes Zaneti Júnior).

por completo, o controle, pelo Judiciário, das políticas públicas, pois será muito difícil, quiçá impossível, a demonstração da inexistência da reserva do possível (prova diabólica).

Desse modo, principalmente nas ações individuais, em que o autor (o indivíduo) não dispõe de meios preparatórios eficazes para instruir sua demanda (como o Ministério Público, que possui o inquérito civil), poderá ocorrer o nefasto julgamento com fulcro no ônus da prova, com a conseqüente improcedência dos pedidos autorais e a posterior formação da coisa julgada material.

É importante asseverar que, ainda que o indivíduo disponha da possibilidade de ajuizar uma ação cautelar preparatória para produção de provas, requerendo, a exibição dos documentos pertinentes pelo Poder Público, o problema do ônus da prova não seria resolvido.

Isso porque, na hipótese de o Poder Público se recusar a fornecer a documentação, e, não sendo possível a busca e apreensão, não seria aceitável a admissão como verdadeiros dos fatos a serem provados, como prevê o artigo 359, CPC, porque não há como considerar verdadeiros fatos que o demandante da cautelar desconhece<sup>370</sup>. Nesse diapasão, o *caput* do artigo 359 somente será aplicado (presunção relativa de veracidade dos fatos a serem provados) no âmbito do processo de cognição, ainda mais se verificado que o artigo 845, CPC, determina a aplicação dos artigos 355/363 e 381/382, todos do CPC, adaptados ao processo cautelar.

Poder-se-ia, na hipótese de adoção da reserva do possível como limite imanente, a fim de impedir a formação da prova diabólica, a adoção da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova.

O nosso Código de Processo Civil adotou a teoria estática do ônus da prova, a teor de seu artigo 333, distribuindo previamente o encargo probatório. No entanto, em muitas hipóteses (como a do caso das ações para controle de políticas públicas em que se adota a reserva do possível como limite imanente), a produção de prova pela parte que possui

---

<sup>370</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

tal incumbência torna-se deveras onerosa, justificando a distribuição dinâmica do encargo probatório: produzirá a prova quem tiver melhores condições de fazê-lo<sup>371</sup>.

Essa teoria encontra respaldo legal apenas no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, sendo necessária a realização de um trabalho hermenêutico para estendê-la às demais ações que não as consumeristas.

A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, não é questão totalmente pacífica em âmbito nacional, sendo certo que ela não poderá salvaguardar adequadamente a tutela dos direitos fundamentais sociais.

Em assim sendo, uma vez que compreendemos a reserva do possível como uma restrição externa ao direito fundamental, o ônus da prova incumbirá ao Poder Público, nas ações para controle de políticas públicas.

A jurisprudência pátria, malgrado não faça a distinção ora traçada, já vem entendendo ser ônus do Poder Público a prova da reserva do possível, conforme se extrai do seguinte acórdão:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTOS. MUNICÍPIO DE PELOTAS. Legitimidade Passiva: O fornecimento de medicamentos, insumos e a realização de exames constitui responsabilidade solidária dos entes de direito público derivada do artigo 196 da Constituição Federal. Não havendo, pois, falar em ilegitimidade passiva de qualquer dos entes federados. Denúnciação à lide: Pedido corretamente afastado pela sentença. Prevalente o interesse de uma rápida solução da lide, ante os direitos envolvidos na demanda, o que não ocorreria acaso acatado a intervenção de terceiros Direito à Saúde: Patente o dever de os entes públicos fornecerem, gratuitamente, medicamentos, insumos e demais serviços de saúde para o resguardo dos administrados, direito que tem sua matriz na Constituição Federal, tendo sido objeto de regulamentação na legislação infraconstitucional (arts. 196 e 198 da CF). Evidenciada a premente necessidade do tratamento, bem como a precariedade financeira do postulante, impõe-se o fornecimento dos fármacos dos quais não pode a parte prescindir, amparando os direitos à vida, à saúde e, em última análise, a preservação da própria dignidade humana. Reserva do possível. A simples alegação de que a prestação ao pedido da autora geraria impossibilidade de atendimento aos demais direitos garantidos pela

---

<sup>371</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2. v. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 62.

Constituição Federal, não atende os ônus da prova que o art. 333, II, do CPC lhe impõe. Ausente prova da impossibilidade do cumprimento da obrigação solidária de prestar atendimento à saúde, não há como, via juízo de proporcionalidade, auferir a aplicação do princípio da reserva do possível. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70029495942, Terceira Câmara Cível, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 21/05/2009)

## 4.3 SANÇÕES APLICÁVEIS EM CASOS DE DESCUMPRIMENTO DA TUTELA ESPECÍFICA QUE DETERMINA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

### 4.3.1 Cumprimento da tutela específica: técnicas sub-rogorárias e coercitivas

#### 4.3.1.1 TÉCNICAS SUB-ROGATÓRIAS

As técnicas executivas sub-rogorárias são aquelas por meio das quais o Estado-juiz substitui a sua vontade pela do executado, como a adjudicação, o usufruto judicial e a arrematação, cabíveis no processo de execução para pagamento de quantia.

No caso da execução da tutela específica, existem as técnicas de efetivação de obrigação de prestar declaração de vontade, previstas pelos artigos 466-A, 466-B e 466-C, todos do CPC, segundo os quais a declaração do juiz substituirá a declaração de vontade não prestada pelo executado.

É preciso lembrar, ainda, do disposto nos artigos 633 e 643, ambos do CPC, em que terceira pessoa realiza a obrigação de fazer ou de desfazer coisa que o executado estava obrigado a desfazer, às custas dele.

Note-se que as técnicas sub-rogorárias são de somenos importância no processo judicial de efetivação de direitos fundamentais sociais, pelos seguintes motivos: a) nos termos do artigo 100, CF, a Fazenda Pública não está sujeita aos atos constritivos (como penhora e adjudicação), devendo seus créditos serem pagos mediante a expedição de

precatórios; b) eventuais condenações nessas ações imporão ao Ente Público uma prestação, não sendo o bastante a mera declaração de vontade, razão pela qual os artigos 466-A, 466-B e 466-C, CPC são inócuos; c) dificilmente uma terceira pessoa terá interesse em cumprir a obrigação específica do Ente Público, tendo em vista a demora inerente ao pagamento dos créditos públicos mediante precatórios, ressaltando, ainda, que, geralmente, as prestações a que são obrigadas a Fazenda Pública nas ações para controle de políticas públicas são deveras custosas, principalmente nas ações metaindividuais.

A solução preconizada por diversos autores, portanto, seria a obrigação de que o Ente Público inclua no orçamento anual, ou no plano plurianual<sup>372</sup>, dependendo da hipótese, a política pública de cuja implementação sofreu condenação, sendo certo que o Judiciário deverá acompanhar, continuamente, a atuação do Poder Público, até o pleno cumprimento da obrigação<sup>373</sup>.

Também há a possibilidade de, diante de situações em que o descumprimento da tutela específica se mostre extremamente gravosa ao próprio direito à vida, o Judiciário determinar o sequestro de verbas públicas, matéria que também está sendo discutida pelo STF, através da PSV 4 e da repercussão geral reconhecida no RE 566.471/RN.

#### 4.3.1.2 TÉCNICAS COERCITIVAS

Nas obrigações específicas de entrega de coisa e de fazer e não fazer, as técnicas sub-rogatórias, como asseverado, mostram-se inócuas, sendo muito mais eficazes as técnicas coercitivas, que incidem sobre a vontade do executado, coagindo-o a cumprir a determinação judicial.

Um dos principais exemplos de medida coercitiva é a imposição de multa em caso de descumprimento, que está prevista no § 4º, artigo 461, CPC.

---

<sup>372</sup> Sobre o assunto, cf. COSTA, Susana Henriques da. *O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal*. (no prelo).

<sup>373</sup> Sobre o assunto, afirmando a necessidade de se criar uma verdadeira gestão das políticas públicas implementadas via Judiciário, cf. BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. *O enforcement das decisões judiciais no tocante às políticas públicas*. (no prelo).

Eurico Ferraresi sustenta que tal imposição somente se mostra eficaz quando incidir sobre o patrimônio particular do administrador público, mostrando-se inócua quando recair sobre o Ente Estatal, o que somente oneraria, ainda mais, os cofres públicos<sup>374</sup>.

#### **4.3.2 Configuração de ato de improbidade administrativa, de crime de responsabilidade e de crime de desobediência para o administrador que descumpre ordem judicial em ação de controle da adequação das políticas públicas**

O artigo 11, inciso II, da Lei 8.429/1992 prevê a possibilidade de responsabilização do agente público, por ato de improbidade administrativa que atente contra os princípios da Administração Pública para “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”.

Esse artigo será plenamente aplicável à hipótese de controle judicial de políticas públicas em que o agente público responsável se evade do seu dever de cumprir ordem judicial, aqui entendida como dever de cumprir ato de ofício.

Também será possível a configuração de ato de improbidade administrativa, segundo Maria Goretti Dal Bosco, quando o agente público elabora mal e de forma ineficiente as políticas públicas prioritárias, posição com a qual concordamos:

Logo, não é suficiente anular um ato administrativo cuja edição foi eivada de nulidades e provocou grande repercussão na comunidade, adotando uma interpretação do texto legal que não leve a determinar a perda da função pública e a devolução de prejuízos ao Erário, se for o caso. Uma decisão razoável, portanto, deveria cumprir com as exigências de controle efetivo da atividade administrativa, nos limites da legislação constitucional e ordinária, aplicando, também, os princípios orientadores da Administração, especialmente os da moralidade e da eficiência, levando-se em conta a obrigatoriedade do agente público de realizar uma boa administração<sup>375</sup>.

---

<sup>374</sup> FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 20.

<sup>375</sup> BOSCO, Maria Goretti dal. *Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 437.

Quanto à caracterização de crime de responsabilidade por descumprimento de ordem judicial, ocorrerá apenas e tão somente quando for sujeito passivo o Prefeito Municipal, diante de ausência de previsão legislativa específica quanto aos demais membros do Executivo e do Legislativo.

Desse modo, nos termos do artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei 201/1967, constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal “deixar de cumprir ordem judiciária, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente”.

Sobre o assunto, assim já se manifestou o STJ:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67. NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA PELO TRIBUNAL A QUO. Constitui crime de responsabilidade dos Prefeitos Municipais o não cumprimento de ordem judicial, sem que seja dado o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente (Art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei 201/67). Recurso provido. (STJ, REsp 546249/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2004, DJ 31/05/2004 p. 350)

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO POR DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL. ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI 201/67. VALORAÇÃO JURÍDICA DO FATO. DESNECESSÁRIO O REEXAME DE PROVAS. TIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Não encontra óbice no entendimento consolidado na Súmula 7/STJ o recurso que se limita à discussão acerca da qualificação jurídica de ato emanado do Judiciário como a ordem judicial a que se refere o art. 1º, XIV, do Decreto-Lei 201/67. 2. Configura ordem judicial a determinação de Juiz do Trabalho dirigida a prefeito para que procedesse, de imediato, ao bloqueio do saldo pecuniário devido a empresa reclamada nos autos de reclamação trabalhista, bem como à colocação do crédito à disposição daquela Justiça Especializada. 3. Tipicidade da conduta reconhecida. 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 679.499/AM, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 09/06/2008).

Além disso, o magistrado, para garantir a efetivação da tutela específica nas ações cujo objeto é o controle das políticas públicas, poderá, de ofício determinar as medidas

necessárias, de acordo com o § 4º, artigo 461, CPC, dentre as quais a tipificação do crime de desobediência.

Cumpra elucidar que não se trata de prisão civil, que é vedada pelo artigo 5º, inciso LXVII, CF (exceto nos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel). Na verdade, é preciso esclarecer que o dever de cumprimento da ordem judicial não se confunde com a obrigação de direito público ou privado, objeto do processo, motivo pelo qual não há que se falar em nova espécie de prisão por dívida<sup>376</sup>. Em sendo assim, é plenamente possível a configuração do crime de desobediência.

Esse crime vem previsto no artigo 330, CP e tipifica a conduta daquele que não cumpre ordem de funcionário público, e, dada a amplitude que se confere à expressão “funcionário público”, também estão compreendidas as ordens judiciais.

Contudo, como se trata de desobediência à “ordem”, o crime se configurará apenas se for desatendida ordem judicial com eficácia mandamental<sup>377</sup>:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. PARCELAS DEVIDAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE RECONHECE O DIREITO À INTEGRALIDADE. PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE. DECISÃO DE CARÁTER MANDAMENTAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. SUJEITO ATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. ADMISSIBILIDADE. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. PRISÃO EM FLAGRANTE. IMPOSSIBILIDADE. LEI 9.099/95. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A decisão que determina o pagamento da integralidade da pensão por morte possui caráter mandamental, motivo pelo qual a execução das parcelas vencidas após seu trânsito em julgado independe de precatório. Precedentes. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado no sentido da possibilidade de funcionário público ser sujeito ativo do crime de desobediência, quando destinatário de ordem judicial, sob pena de a determinação restar desprovida de eficácia. 3. Nos crimes de menor potencial ofensivo, tal como o delito de desobediência, desde que o autor do fato, após a lavratura do termo circunstanciado, compareça ou assumo o compromisso de comparecer ao Juizado, não será possível a prisão em flagrante nem a exigência de fiança. Inteligência do art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/95. 4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp

---

<sup>376</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 311.

<sup>377</sup> TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa. 2. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 308-309.

556.814/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 27/11/2006 p. 307).

Verifica-se do aresto acima que o funcionário público também é capaz de ser parte ativa no crime de desobediência, motivo pelo qual, na implementação de direitos sociais pelo Judiciário será plenamente aplicável o artigo 330, CP, quando couber a um agente estatal dar cumprimento à ordem judicial proferida.

O juiz civil, contudo, responsável por proferir a ordem mandamental, deverá advertir o réu da possibilidade de configuração do crime de desobediência, na hipótese de descumprimento, sob pena de não restar tipificada a conduta criminosa:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A configuração do delito de desobediência exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. 2. Comprovada a notificação pessoal do paciente acerca da decisão do Tribunal de Justiça, o seu descumprimento caracteriza, em tese, o crime de desobediência, podendo justificar sua prisão em flagrante. 3. Ordem denegada. (STJ, HC 84.664/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 13/10/2009).

EMENTA: CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PACIENTE – ENGENHEIRO QUE CUMPRIA ORDENS DA MUNICIPALIDADE. PENA DE MULTA PREVISTA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO. 1- Não se configura o crime de desobediência se o paciente não foi pessoalmente intimado da decisão que revogou uma liminar, não agindo com dolo no seu descumprimento, mormente por se tratar de engenheiro trabalhando para a municipalidade a qual foi dirigida a intimação e a quem está subordinado. 2. Para a configuração do delito de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexista a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes. 3. Ordem concedida para trancar o procedimento instaurado contra o paciente. (STJ, HC 115.504/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 09/02/2009).

A competência para a decretação da prisão motivada na configuração do crime de desobediência é do juízo penal, a quem competirá aferir a tipicidade da conduta do réu e

determinar a prisão<sup>378</sup>. Em assim sendo, o juízo civil deverá, diante da caracterização do crime, remeter cópia dos documentos necessários ao Ministério Público:

EMENTA: MEDIDA CAUTELAR. PROCESSUAL CIVIL. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A AGRAVO DE INSTRUMENTO TIRADO DE INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. INCABIMENTO. PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. JUÍZO CÍVEL. INCOMPETÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Não cabe, em regra, atribuir efeito suspensivo ao agravo de instrumento contra a inadmissão de recurso especial, por se tratar de decisão de conteúdo negativo, implicando antecipação de julgamento do próprio agravo de instrumento interposto. 2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em que o magistrado, no exercício de jurisdição cível, é absolutamente incompetente para decretação de prisão fundada em descumprimento de ordem judicial. Precedentes. 3. Não há falar em crime de desobediência quando a lei extrapenal não trouxer previsão expressa acerca da possibilidade de sua cumulação com outras sanções de natureza civil ou administrativa. 4. Pedido indeferido. Habeas corpus de ofício. (STJ, MC 11.804/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 05/02/2007 p. 378).

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Constituição interdita a prisão por dívida (art. 5º, XLVII), salvo a hipótese do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. 2. In casu, evidencia-se que o paciente não se encontra em nenhuma dessas hipóteses excepcionais de depositário infiel e devedor de alimentos. 3. Uma vez descumprida, injustificadamente, determinação judicial, proferida nos autos de processo de natureza cível, resta como única providência ao alcance do juiz condutor do processo - para fins de responsabilização penal do descumpridor - noticiar o fato ao Representante do Ministério Público para que este adote as providências cabíveis à imposição da reprimenda penal respectiva, por infração ao artigo 330 do CPB, eis que lhe falece à autoridade judicial competência para decretar prisão em face do delito cometido. 4. Recurso ordinário provido. (STJ, RHC 16.279/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/09/2004, DJ 30/09/2004 p. 217).

Cumpre advertir que o crime de desobediência é infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei 9.099/1995, sendo incabível, por conseguinte, a prisão em flagrante e a fixação de fiança, quando o autor do fato, após a lavratura do termo, comparecer espontaneamente perante o juiz (artigo 69, parágrafo único, Lei 9.099/1995).

---

<sup>378</sup> DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 662.

Reduz-se, assim, sobremaneira as hipóteses de cabimento de prisão por crime de desobediência. No entanto, a própria possibilidade de condenação por delito e as conseqüências dela decorrentes, como a perda da primariedade, torna-se um meio coercitivo eficaz para motivar o réu a cumprir as ordens judiciais mandamentais.

Também não restará configurado o crime de desobediência quando houver a cominação de mais de uma sanção ou medida cível, penal e administrativa. Ou seja, se o juiz com competência cível, às medidas dispostas no § 5º, artigo 461, CPC, ressaltar a possibilidade de configuração do artigo 330, CP, este não se tipificará:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A configuração do delito de desobediência exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. 2. Comprovada a notificação pessoal do paciente acerca da decisão do Tribunal de Justiça, o seu descumprimento caracteriza, em tese, o crime de desobediência, podendo justificar sua prisão em flagrante. 3. Ordem denegada. (STJ, HC 84.664/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 13/10/2009).

#### **4.3.3 Decretação de intervenção federal ou estadual**

O descumprimento de ordem judicial pode resultar, ainda, na intervenção nos Estados pela União (artigo 34, CF), ou na intervenção nos Municípios pelos Estados (artigo 35, CF), sendo medida política apta a afiançar o respeito de todos os Entes Federados ao Estado Democrático Constitucional e às instituições Republicanas.

É de se ressaltar que a intervenção apenas pode ocorrer quando o descumprimento estiver relacionado às sentenças transitadas em julgado, não podendo se referir a decisões interlocutórias<sup>379</sup>.

---

<sup>379</sup> Sobre o assunto, o voto do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Questão de Ordem na Intervenção Federal 590 (STF, IF 590-QO, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-9-98, Plenário, DJ de 9-10-98): “A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas conseqüências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de impeachment), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios)”.

## CONCLUSÕES

1. O Estado Moderno possuía apenas a finalidade de garantir aos indivíduos os seus direitos naturais (entendidos como vida, propriedade e bens), cuja efetividade não seria possível no estado natural. A lei, assim, era vista como expressão maior do pacto social, representando a segurança jurídica necessária para a aplicação do direito natural. Por essa razão, aos juízes estaria vedado o exercício de qualquer atividade interpretativa, podendo, somente, declarar as palavras da lei.
2. Com a apropriação do direito (lei) pelo príncipe (Estado), iniciou um intenso movimento de codificação na Europa Continental, cuja obra-prima foi o Código Civil Napoleônico de 1804 e o Código de Processo de 1806. Os códigos tinham a pretensão de serem os reguladores absolutos da vida do indivíduo, proporcionando o máximo de certeza e segurança possíveis para o sistema, e impedindo a deturpação da lei pelos juízes.
3. A história, no entanto, se encarregou de demonstrar que é preciso distinguir entre a vontade soberana do povo e a vontade de seus representantes, afastando a noção puramente positivista que identifica o direito à lei validamente posta no Ordenamento Jurídico.
4. Os textos legais, por si sós, não têm sentido oculto algum, e, por isso mesmo, a tarefa interpretativa não pode ser reduzida à mera descrição das intenções do legislador, até mesmo porque o significado das palavras varia no tempo e no espaço (daí afirmar-se não ser possível a extração de sentido das normas).
5. Por isso é importante uma visão coordenada de poder, de modo que o indivíduo ganhe maior participação nas decisões políticas e jurisdicionais, porquanto uma democracia não se configura apenas com a vontade geral da maioria, mas também, e principalmente, com a garantia de representação e de proteção às minorias.

6. O processo também recebe essas influências, devendo, conseqüentemente, ser permeado por intenso contraditório e por profunda atuação do juiz no sentido de garantir o debate e a possibilidade de influência na decisão pelas partes (demodiversidade).

7. O Judiciário apesar de, regra geral, não possuir membros eleitos, não se configura antidemocrático, pois corporifica o sistema dos *checks and balances* protegendo as minorias das maiorias transitórias. Sendo assim, o Judiciário, no Estado Democrático Constitucional, passa a ter importância fundamental na judicialização de novos direitos e na consolidação da democracia.

8. Quando a Constituição determina atuação positiva do Estado, este não pode se eximir alegando tratar de discricionariedade na escolha de sua atuação, ou ainda, alegar que a lei não disciplina tal norma programática: a discricionariedade administrativa jamais poderá se converter em inércia do Estado. Assim sendo, a elaboração de uma lei vincula o Executivo e o Legislativo, que deverão tomá-la como meta, até sua plena concreção.

9. E ao Judiciário, no caso de eventuais desvios na implementação dos direitos fundamentais pelos demais poderes, deverá conformar as políticas públicas preferenciais, já previstas no texto constitucional, à atividade legislativa e executiva. Logo, o magistrado, no exercício de sua função jurisdicional, apenas determina seja cumprida a Constituição, que faz cessar a liberdade discricionária do administrador e mesmo a do legislador.

10. Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que devem ser observados como parâmetro por todo o ordenamento jurídico e em toda a tarefa de interpretação e aplicação da lei (dimensão objetiva), garantem direitos subjetivos aos seus titulares (dimensão subjetiva).

11. Uma concepção moderna do instituto *direito subjetivo* não pode mais se encerrar no binômio *pretensão-dever*, uma vez que o direito subjetivo passa a englobar também pretensões, faculdades, potestades e imunidades. Desse modo, o direito subjetivo deve

ser visto como uma situação jurídica complexa, tornando-se possível configurar os direitos fundamentais como direitos subjetivos.

12. Os direitos fundamentais sociais poderão se apresentar como direitos subjetivos individuais ou metaindividuais, sendo judicializáveis, portanto, e serão efetivados mediante políticas públicas.

13. Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações no seu exercício e no seu âmbito de incidência, até mesmo para que possam ser compatibilizados entre si, sendo certo que a reserva do possível é uma limitação aos direitos fundamentais, principalmente, os sociais.

14. A reserva do possível, para parcela da doutrina, capitaneada por Cass Sustein e Stephen Holmes, no exterior, e por Gustavo Amaral e Flávio Galdino, no Brasil, é considerada como um limite imanente aos direitos fundamentais sociais. Esses autores associam a existência de recursos financeiros à existência do próprio direito fundamental.

15. Entendemos, contudo, que, se se compreende que o direito fundamental também pode estar veiculado na forma de princípio, e como tal, é um mandado de otimização, na esteira do que defende Alexy, são absolutamente naturais alterações no âmbito de aplicação do direito fundamental, porquanto o direito definitivo sempre será diferente, e, sob certo aspecto, menos abrangente do que o direito *prima facie*<sup>380</sup>.

16. Admitir a reserva do possível como limite imanente representa sujeitar os direitos fundamentais ao arbítrio do administrador, numa completa inversão: em vez de se entender os direitos fundamentais como escolhas constitucionais, passa-se a entendê-los como escolhas políticas, insindicáveis judicialmente.

17. A teoria interna não impede o subjetivismo, na medida em que o administrador vai dizer (sem ponderação, e até mesmo sem fundamentação) o que é o direito fundamental.

---

<sup>380</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 103 e ss.

A consequência é o enfraquecimento dos direitos fundamentais que ficam restritos a pequeno rol.

18. Asseverar a reserva do possível como restrição externa aos direitos fundamentais significa afiançar a máxima efetividade desses direitos e a sua otimização mediante a proporcionalidade: sendo o princípio de direito fundamental uma posição jurídica *prima facie*, ele poderá ser restringido, ponderadamente, se presente a reserva do possível.

19. A adoção da reserva do possível como restrição externa do direito fundamental, somada ao entendimento da teoria relativa do núcleo essencial, é capaz de garantir um maior âmbito de proteção do direito fundamental à luz do caso concreto. Ou seja, casuisticamente se analisará qual é o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais colidentes, e, mediante a ponderação se estabelecerá uma relação de preferência condicionada, justificando, qual dos direitos prevalecerá, e qual será o seu âmbito de proteção.

20. Adotar essa posição não enfraquece os direitos fundamentais sociais uma vez que o aplicador do Direito deverá fundamentar sua decisão, nem tampouco fere a discricionariedade do legislador e do administrador na decisão sobre a alocação dos recursos públicos, pois a discricionariedade não pode ser utilizada pelo agente político para manter ineficazes as escolhas políticas pré-determinadas pelo Constituinte originário.

21. Muitas vezes a discricionariedade administrativa é vista como um limite à efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, sob a alegação de que a implementação desses direitos estaria sob o juízo discricionário do administrador. Segundo esse entendimento, seria o administrador quem teria a atribuição de escolher quais, e em que medida, os direitos fundamentais sociais seriam efetivados.

22. Face aos direitos fundamentais sucumbe a discricionariedade do administrador em decidir acerca de sua efetivação ou não. A discricionariedade administrativa não pode justificar a inefetividade de direitos fundamentais. Diante da inércia do administrador, seja total, (ante a completa ausência de política pública para implementar determinado direito social), seja parcial, (implementação de política pública deficitária ou

insuficiente), o Judiciário, se acionado, deverá impor, ao ente público, a satisfação do direito social violado.

23. Admitindo-se uma vinculação da atividade administrativa quanto aos fins, que são constitucionais, haveria uma discricção de meios. Isto é, a administração teria o poder discricionário para decidir as formas de efetivação dos direitos sociais. Tal assertiva, entretantes, é apenas verificável *a priori*, uma vez que o Judiciário poderá aferir a adequação da política pública implementada para a satisfação do direito social, ou, ainda, poderá determinar a estipulação de política pública segundo padrões mínimos de implementação do direito social. Nessa ordem, a discricionariade, quanto aos meios, também poderá ser sindicável.

24. A tese, segundo a qual os direitos fundamentais sociais prescritos na Constituição seriam normas constitucionais de princípio programático, cuja eficácia é limitada e aplicabilidade é imediata, também merece ser refutada. Entendemos que tal posição não se coaduna com o Estado Democrático Constitucional, no qual os poderes investidos têm o dever de garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais, compreendendo que a Constituição Federal possui força normativa. Obviamente que, por estarem na forma de princípios, na sua maioria das vezes, os direitos fundamentais terão certas dificuldades práticas de serem aplicados e entendidos como situações jurídicas complexas, mormente se for inexistente qualquer política pública para a sua efetivação. O Judiciário, todavia, não pode se quedar inerte, devendo atuar ativamente para impedir que a Constituição Federal se torne uma carta de promessas vazias frente à apatia do legislador e do administrador. A reserva de lei, portanto, não pode ser óbice para a implementação dos direitos fundamentais, uma vez que se o legislador não agiu cumprindo seus deveres constitucionais, deve o Judiciário fazê-lo, forjando conteúdo no caso concreto, ao direito fundamental invocado.

25. O dever de justificação de decisões judiciais é clara manifestação do Estado Constitucional de Direito, bem como se relaciona à observância do princípio da publicidade (artigo 155, CPC) e do princípio do contraditório, este último visto como direito de influência e dever de debates, proibido o *giudizio di terza via*.

26. A decisão judicial não mais pode ser encarada como um silogismo, no sentido de que, para determinadas síntese e antítese existiria apenas uma conclusão válida. Na verdade, a decisão deve se revestir de racionalidade para ser válida, sendo admissível pelo Direito a existência de decisões conflitantes em casos análogos. Passa-se a dar maior importância à identificação precisa dos problemas a serem solucionados, mediante o debate dialético entre as partes, do que ao resultado meramente subsuntivo da aplicação do Direito.

27. A vinculação do magistrado não é mais à estrita legalidade, mas à ordem jurídica como um todo (juridicidade), motivo pelo qual a decisão judicial deverá explicitar adequadamente o *iter* percorrido para se chegar à conclusão apontada, justificando, de forma racional, a reconstrução do Direito.

28. A reserva de consistência, vista como a obrigação de motivar as decisões judiciais, não se afigura como um limite à atividade jurisdicional, na área da efetivação dos direitos fundamentais sociais, e sim como um dever a ser observado pelo magistrado.

29. Quanto à admissibilidade da ação que visa a controlar a efetivação dos direitos fundamentais, algumas peculiaridades podem ser encontradas na análise das condições da ação. A possibilidade jurídica da demanda se caracterizará quando existente proibição legal. Por esse motivo, haja vista a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, e a separação dos poderes baseada no sistema de *checks and balances*, não haverá impossibilidade jurídica da demanda nessas ações.

30. O interesse de agir - adequação estará presente tanto no ajuizamento de ação individual, quanto no de ação coletiva, para tutela dos direitos fundamentais sociais, porque não se pode impedir a proteção individual de um direito fundamental lesado, sem que se assalte o Estado Democrático Constitucional.

31. O interesse de agir-necessidade torna-se relevante quando existente Termo de Ajuste de Conduta. Entendemos que o TAC não pode representar óbice intransponível à tutela de direitos fundamentais sociais, nem tampouco impedir o exercício da legitimação ativa de outros entes que não participaram da elaboração do ajuste, mormente se se tem em vista a máxima indeterminação dos direitos fundamentais

princípios, ensejando, assim, as mais variadas possibilidades de efetivação. Nesse sentido, o interesse de agir – necessidade somente poderá ser reconhecido se a causa de pedir e o pedido da ação transindividual estiver totalmente abarcado pelo TAC. Caso contrário, deverá ser garantido o regular prosseguimento da ação metaindividual. Outrossim, na esfera dos direitos individuais, o Termo de Ajuste de Conduta jamais poderá representar- lhes violação e intromissão.

32. A legitimidade nas ações individuais para a tutela de direitos fundamentais sociais deverá observar a regra geral da legitimação ordinária prevista pelo artigo 6º, CPC, lembrando, ainda que o Ministério Público possui legitimação ativa extraordinária para tutela de direitos de incapazes, a teor do disposto no artigo 82, inciso I, CPC; de idosos, ainda que sejam civilmente capazes (artigos 74, inciso III e 81, inciso I, combinados com artigo 43, inciso I, todos da Lei 10.741/2003); e de crianças e adolescentes (artigos 201, incisos V, VIII e IX; 202 e 204, da Lei 8.069/1990).

33. A legitimidade nas ações transindividuais é autônoma, concorrente e disjuntiva, sendo legitimados para a propositura de ações coletivas o Ministério Público, a Defensoria Pública, as pessoas jurídicas de direito público e as associações.

34. O ônus da prova, nas ações em que se objetiva controlar as políticas públicas, será influenciado pelo entendimento que se confere à reserva do possível. Como limite imanente, a reserva do possível estaria inserida no próprio conceito do direito fundamental, sendo fato constitutivo do direito alegado, portanto, ônus do autor (artigo 333, I, CPC). De outro lado, como restrição externa, a reserva do possível não seria elemento constitutivo do direito fundamental, mas sim, fato impeditivo à satisfação desse direito, logo, ônus probatório do réu (artigo 333, II, CPC).

35. Quanto à execução da tutela específica, as técnicas executivas subrogatórias são de somenos importância no processo judicial de efetivação de direitos fundamentais, pelos seguintes motivos: a) nos termos do artigo 100, CF, a Fazenda Pública não está sujeita aos atos constritivos (como penhora e adjudicação), devendo seus créditos serem pagos mediante a expedição de precatórios; b) eventuais condenações nessas ações imporão ao Ente Público uma prestação específica, que não a mera declaração de vontade, razão pela qual os artigos 466-A, 466-B e 466-C, CPC são inócuos; c)

difícilmente uma terceira pessoa terá interesse em cumprir a obrigação específica do Ente Público (artigos 633 e 643, ambos do CPC), tendo em vista a demora para o pagamento dos créditos públicos mediante precatórios, ressaltando, ainda, que, geralmente, as prestações a que são obrigadas a Fazenda Pública, nas ações para controle de políticas públicas, são deveras custosas, mormente nas ações metaindividuais.

36. As técnicas coercitivas, que incidem sobre a vontade do executado, coagindo-o a cumprir a determinação judicial são muito mais eficazes na execução da tutela específica do que as técnicas sub-rogatórias. No caso das astreintes (artigo 461, § 4º, CPC), ressalva-se que se mostrarão eficazes apenas quando recaírem sobre o patrimônio particular do administrador público, pois, recaindo sobre o Ente Estatal, além de exonerarem sobremaneira os cofres públicos, ainda estariam sujeitas ao regime de precatórios.

37. O agente público que descumpra ordem judicial, nas ações para implementação dos direitos fundamentais sociais, pode ter sua conduta configurada como ato de improbidade administrativa (artigo 11, inciso II, da Lei 8.429/1992). Também poderá restar caracterizado o crime de responsabilidade por descumprimento de ordem judicial (artigo 1º, inciso XIV, do Decreto-lei 201/1967), cujo sujeito passivo poderá ser apenas o Prefeito Municipal, diante de ausência de previsão legislativa específica para os demais membros do Executivo e do Legislativo.

38. A configuração do crime de desobediência (artigo 330, CP) ocorrerá se for desatendida uma ordem judicial mandamental, e será o juízo penal o competente para tal análise. Por ser infração penal de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/1995), é incabível a prisão em flagrante e a fixação de fiança, quando o autor do fato, após a lavratura do termo, comparecer espontaneamente perante o juiz (artigo 69, parágrafo único, Lei 9.099/1995). Também não restará caracterizado o crime de desobediência quando houver a cominação de mais de uma sanção ou medida cível, penal e administrativa. Isto é, se o juiz, com competência cível, cumular a incidência do artigo 330, CP, às medidas dispostas no § 5º, artigo 461, CPC, a conduta criminosa não se tipificará.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual da execução civil: de acordo com a recente reforma do CPC*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A função jurisdicional no mundo contemporâneo e o papel das escolas judiciais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*, v. 1, t. 2. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. p. 345-355.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 87, v. 751, p. 32-50, maio de 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1).

ALEXY, Robert. Posfácio. In: \_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Teoria e direito público, v. 1). p. 575-627.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella. Agravo de instrumento contra decisões proferidas em mandado de segurança. Execução provisória. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 24, n. 95, p. 235-243, jul./set. 1999.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed., rev., modificada e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo (Coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Gustavo. *Post scriptum: voltando ao tema, quase dez anos depois*. In: \_\_\_\_\_. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

APPIO, Eduardo. *Discrecionalidade política do Poder Judiciário*. 1. ed, 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ASSIS, Araken de. Recorribilidade das interlocutórias no mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 21, n. 84, p. 99-109, out./dez. 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. VII-XVIII.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *REPERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 1-41, mar./abri. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 25 abr. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

BELINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas: um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil: a relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 25, n. 98, p. 125-132, abr./jun. 2000.

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 195-241.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elviesier, 2004.
- BOSCO, Maria Goretti dal. *Discrecionarietà em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa*. Curitiba: Juruá, 2007.
- BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed., 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 103-196.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira; CASTELLO, Juliana Justo Botelho. *O enforcement das decisões judiciais no tocante às políticas públicas*. (no prelo).
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 13, p. 134-144, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-51.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Liminar em mandado de segurança: um tema com variações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 18, p. 7-25, abril/2003. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=17279>>. Acesso em: 11 abr. 2008.
- BURGO, Vitor. *O controle judicial das políticas públicas*. (no prelo).
- CABRAL, Antonio do Passo. Il principio do contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 60, n° 2, p. 449-463, apri./giu 2005.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Metodologia *fuzzy*” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: \_\_\_\_\_.

*Estudos sobre direitos fundamentais*. 1.ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 97-114.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008. p. 115-136.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 99, v. 366, p. 127-150, mar./abr.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed., rev., ampl. e atual. até 31.12.2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 222.

CHIARLONI, Sergio. Ética, formalismo processuale, abuso del processo. *Teria Geral do Processo Civil Constitucionalizado*, Cadernos de Direito Processual – PPGDir/UFES, Vitória, v. 2, p. 43-56, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 86, v. 737, p.11-22, mar. 1997.

COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COSTA, Susana Henriques da. *O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal*. (no prelo).

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 107-114.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven, London: Yale University Press, 1986.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 2. v. Salvador: Juspodivm, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 3. ed., rev. e atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, 3. ed., rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La responsabilidad del estado legislador en el derecho español*. 2. ed. Navarra/Cizur Menor: Thomson Avitas, 2007.

FAZZALARI, Elio. Processo e giurisdizione. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 1993, p. 1-19.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo: teoria generale. In: *Enciclopedia del Diritto*, v. XXXV: Prerogative-procedimento. Milano: Giuffrè, 1986. p. 819-835.

FAZZALARI, Elio. Processo: teoria generale. In: *Novissimo digesto italiano*, v. 8. Torino: UTET, 1966. p. 1067-1076.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria do garantismo penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibañez et al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRARESI, Eurico. *Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo: instrumentos processuais coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERRARESI, Eurico. *O papel do Ministério Público no controle das políticas públicas*. (no prelo).

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Prefácio de Ronaldo Rebello de Britto Poletti. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção história constitucional brasileira).

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública após vinte anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 470-485.

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

GIULIANI, Alessandro. *L'ordo judicarius medioevale: riflessioni su um modello puro di ordine isonomico*. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 43, n. 3, p. 598-614, apr./giu. 1988.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe discricionariedade judicial? Discricionariedade X termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 87-93.

GOMES, Camilla de Magalhães. *A prova no processo coletivo: teoria dos modelos da prova aplicada ao processo coletivo*. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2009. (Orientador: Hermes Zaneti Júnior).

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOUVÊA, Marcos Masselli. Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 307-386.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 26, n. 101, p. 11-27, jan./mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_, *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17-44.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 33, n. 164, p. 9-28, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

GUERRA, Márcia Vitor de Magalhães. *Substituição processual conglobante*: novas observações sobre a substituição processual nos processos coletivos e a necessidade de controle judicial da legitimação adequada e da adequada representação. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2009. (Orientador: Hermes Zaneti Júnior).

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução de Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, CEDEC Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, n. 36, p. 39-54, 1995.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos*: o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. Revisão técnica de Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: WW Norton & Company, 1999.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. *A “reserva do possível”*: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. (no prelo).

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Repensando a teoria do abuso de direito*. Salvador: Juspodivm, 2006. (Coleção temas de direito civil em homenagem a Teixeira de Freitas, v. 1).

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

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. *Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, TRF 5ª Região, n. 12, p. 127-141, mar. 2007.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005, p. 157-238.

LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_35/panteao.htm#\\*](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/panteao.htm#*)>. Acesso em: 24 fev. 2010.

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

LINS, Liane Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?serviço=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

Lochner vs. People of State of New York. 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <<http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/lochner.html>>. Acesso em: 24 set. 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed., rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo de (Coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 113-143.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 94-98.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985: 15 anos. 2. ed., rev. e atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 753-798.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória.* 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista: edição comemorativa dos 150 anos do texto integral.* Tradução da equipe de tradutores das Edições Progresso (Moscou). Organização, revisão técnica e prefácio de Edmilson Costa. Apresentação de Anníbal Fernandes. Bauru: EDIPRO, 1998. (Série Clássicos).

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Inquérito civil.* São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo.* 18. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 45, de 8.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional.* 2. ed., 8. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. *O papel do juiz na efetiva implementação da política pública. Como administrar a implementação? (no prelo).*

MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídico romano-canónica.* Tradução de Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais.* Tomo IV, 3. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985 - 15 anos. 2. ed., rev. e atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MITCHELL, Stephen R. Judicial self-restraint: political questions and malapportionment. *Washington Law Review*, Washington, v. 39, p. 761-774, 1964.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil.* Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/Artigos.asp>>. Acesso em: 09 abr. 2008.

MONTESANO, Luigi. La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civil di “terza via”. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, p. 929-947, out./dez. 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-82.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Temas de direito processual*: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83/95.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69-76.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 255-266.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 18, n. 72, p. 7-15, out./dez. 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A revolução processual inglesa. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 118, p. 75-88, nov./dez. 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MORO, Sergio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEVES, Daniel Assumpção. O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed., rev. e atual. com as Leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção estudo de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais*. 1. ed. (2008), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodium, 2007. p. 151-173.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista Mundo Jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto261.doc>>. Acesso em: 30 set. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Processo e Constituição*, Porto Alegre, Faculdade de Direito, UFRGS, v. 1, p. 89-121, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano IX, n. 33, p. 7-25, jan./mar. 1984.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa*, n. 14, p. 169-194. Disponível em: <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/Sirvobras/01360629872570728587891/cuade\\_rno14/doxa14-11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/Sirvobras/01360629872570728587891/cuade_rno14/doxa14-11.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2008.

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

PEGORARO, Olinto Antônio. *Ética é justiça*. 1. ed. Petrópoles: Vozes, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICARDI, Nicola. Il giudice e la legge nel *Code Louis*. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, p. 33-48, 1995.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, ano 53, n. 3, p. 673-681, 1998.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. Introdução ao *Code Louis (Ordonnance Civil, 1667)*. Tradução de Débora Holenbach. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 69-125.

PICARDI, Nicola. Notas sobre o precedente judicial. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. In: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Organização e revisão técnica da tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 145-155.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O desvio e o abuso de poder na definição e execução das políticas públicas: formas de controle. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 16, p. 155-194, jul./dez. 1991.

PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; FARIAS, Bianca Oliveira de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <[http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos\\_sobre\\_o\\_compromisso\\_de\\_ajustamento\\_de\\_conduta.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/apontamentos_sobre_o_compromisso_de_ajustamento_de_conduta.pdf)>. Acesso em: 15 fev. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. Tradução de E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. Revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do Direito*. Tradução de Vera Barkow. Revisão técnica de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

REIS, Jane. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Mandado de Segurança – Liminar – Recorribilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 20, n. 78, p. 251-257, abr./jun. 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). *Ações constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 305.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. v. 1, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social: princípios do Direito Político*. Tradução de Vicente Sabino Júnior. São Paulo: CD, 2003.

SABINO, Marco Antonio da Costa. *Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais: o caso da saúde*. (no prelo).

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Coord.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005. p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicações/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 09 maio 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev., atual., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 213-253.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e direitos fundamentais: anuário 2004/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, AJURIS, 2005. p. 32 e 51/52.

SCHWABE, Jürgen (Coord.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SHIMURA, Sérgio. O Papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Thais Prata da. *Controle judicial do ato administrativo praticado com base em dispositivo legal contendo conceito jurídico indeterminado*. Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2008. (Orientador: Jader Ferreira Guimarães).

SOUZA, Jorge Munhós de. *A tutela jurisdicional coletiva dos direitos fundamentais sociais prestacionais: contribuições para a construção de uma teoria da efetividade constitucional*. Monografia de Conclusão de Curso. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2008. (Orientador: Marcelo Abelha Rodrigues).

STREK, Lênio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da Constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 50-78.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa*. 2. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. Jueces y política: dela subordinación a la dialéctica. Tradução de Pedro Salazar. *Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 22, p. 9-18, abril/2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15144>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: DINAMARCO, Cândido Rangel; GINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37/50.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1-16.

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

TUCCI, Rogério Lauria. Ação civil pública: falta de legitimidade e interesse do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 745, nov. 1997.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A ação civil pública: Lei 7.345/1985: 15 anos. 2. ed., rev. e atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 221/249.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos.* São Paulo: Saraiva, 2003.

VILANOVA, Lourival. Norma jurídica-proposição jurídica: significação semiótica. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 61, p. 12-26, jan./mar. 1982.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito do Direito.* Recife: Imprensa Oficial, 1947.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos.* Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.* v. 1., 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ainda sobre a recorribilidade da liminar em mandado de segurança. In: ALVIM, Eduardo Arruda; BUENO, Cássio Scarpinella; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais do Mandado de Segurança: 51 anos depois.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 787-809.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem.* 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

XAVIER, Trícia Navarro. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento.* Dissertação de Mestrado. Vitória. Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, 2008. (Orientador: Flávio Cheim Jorge).

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Democracia e judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do Judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 201-217.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 29, n. 116, p. 334-371, jul./ago. 2004.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Os direitos individuais homogêneos e o neoprocesso civil coletivo. In: ABELHA RODRIGUES, Marcelo; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 137-160.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes (Coords.). *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 23-62.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional*. (no prelo).

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 91, v. 329, p. 147-160, jan./mar. 1995.