

PODER JUDICIÁRIO E DEMOCRACIA: LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E INTERVENÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS*

JUDICIAL POWER AND DEMOCRACY: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND JUDICIAL INTERVENTION IN PUBLIC POLICIES

Resumo

O estudo pretende desenvolver uma análise sobre o papel do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais no Brasil. O controle judicial de políticas públicas lança sob nova roupagem um velho desafio: o balanceamento da equação entre constitucionalismo e democracia, havendo de se debater acerca do equilíbrio entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição Federal e o processo político majoritário. A crescente judicialização da política potencializa a importância do tema, uma vez que os juízes têm sido cada vez mais invocados ao debate. Conforme se discorrerá, o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar em situações desta natureza, sendo um dos atores responsáveis pelo aprimoramento da democracia. Conclui-se que a revisão judicial é capaz de operar como um mecanismo propulsor de melhores escolhas pelos representantes eleitos.

Palavras-chave: constitucionalismo e democracia, Judicialização da Política, políticas públicas.

Abstract

This study aims to develop an analysis of the role of the judiciary in the implementation of fundamental rights in Brazil. The judicial control of public policies launches the new face an old challenge: balancing the equation between constitutionalism and democracy. There is debate about the balance between constitutional supremacy, judicial interpretation of the Constitution and the majoritarian political process. The increasing legalization of politics enhances the importance of the issue, since the judges have been increasingly relied upon to debate. The judiciary has to act in such situations, as one of the actors responsible for the enhancement of democracy. We conclude that judicial review is able to operate as a mechanism thruster best choices by elected representatives.

Keywords: constitutionalism and democracy, Judicialization of Politics, public policies.

1. Introdução

Amartya Sen, filósofo e economista indiano, na sua obra *A ideia de justiça*, realiza uma distinção entre o “institucionalismo transcendental” e a “comparação das possibilidades

* Artigo elaborado por Francielle Pasternak Montemezzo, mestranda em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

reais” como critérios opostos que embasam teorias racionais de justiça – o autor é adepto da segunda corrente. Adverte os inúmeros fatores prejudiciais do desenvolvimento de um modelo de teoria da justiça ideal desconectado da realidade, dentre eles o perigo da criação de discursos infactíveis, de retórica vazia, ressaltando que a mobilização do mundo não se dá voltada para um ideário de justo transcendente, mas pela eliminação de alguns arranjos afrontosamente injustos.¹

Nas palavras de Amartya Sen, “exigir do comportamento hoje mais do que supostamente será cumprido não seria uma boa maneira de fazer avançar a causa da justiça”.² Demonstra, assim, a centralidade do seu pensamento na busca de uma teoria baseada em instituições que promovam a justiça passo a passo e não que, em si, reflitam uma encarnação do justo pré-acordado.³ A finalidade de tal tarefa é a busca pelo desenvolvimento da capacidade dos indivíduos, capacidade esta entendida por ele como a conjugação da liberdade e da oportunidade.⁴

Embora a obra de Amartya Sen consista em estudo dedicado ao campo da filosofia política, a análise das questões por ele suscitadas para o desenvolvimento de sua teoria revelam-se deveras pertinentes ao debate travado neste ensaio: as possibilidades e mecanismos de concretização dos direitos sociais na realidade. A primeira aproximação com o estudo de Sen se dá pelo fato de que a preocupação com a realização das políticas públicas concretizadoras dos direitos dos cidadãos é também um compromisso com a realidade, uma busca por modificar ambientes em *estado de coisas inconstitucional*⁵, para proporcionar o efetivo desenvolvimento, passo a passo, dos seres humanos.

Também porque, conforme aqui se discorrerá, o assunto diz respeito não à busca de um modelo ideal de funcionamento da sociedade, mas de mecanismos disponíveis que criem círculos virtuosos de aprimoramento da democracia. A democracia, neste compasso, não compreendida apenas como o direito ao voto, mas como a promoção de um governo de sujeitos participantes do diálogo e das decisões políticas de cunho geral, o que, para seu

¹ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2009.

² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 111.

³ O autor desenvolve a *Teoria da escolha social*, uma teoria que está profundamente interessada na base racional dos juízos sociais e decisões públicas na escolha entre alternativas sociais. Está muito mais ligada à própria vida das pessoas, com os problemas de fome, pobreza, racismo, tortura etc. que as teorias transcendentais como o liberalismo igualitário de John Rawls, por exemplo.

⁴ A busca da autonomia e independência das pessoas envolve, segundo o economista, o “*potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar*”. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 267

⁵ Esta expressão foi desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, e diz respeito a situações de vulneração dos direitos fundamentais generalizadas e que não derivem tão somente da má atuação de uma autoridade, mas de vários atores. Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 100 e ss.

funcionamento, exige cidadãos dotados de capacidade e liberdade, tão almejadas por Amartya Sen.⁶

Neste cenário, o Poder Judiciário revela-se um ator capaz de participar do desenvolvimento e aprimoramento da democracia, quando exerce de maneira lúcida e, quando chamado ao debate, o controle judicial de políticas públicas. Não como instituição suficiente ou protagonista, nem tampouco como o guardião entrincheirado da Constituição – o oráculo da justiça, mas como um importante ator na composição de coordenadas, com base na Constituição Federal, que direcionem o Estado para a busca pela realização dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos.⁷

2. A Constituição Federal de 1988: democracia constitucional, reserva de justiça e direitos fundamentais

2.1. O neoconstitucionalismo, a Constituição Federal de 1988 e a sua reserva de justiça

Daniel Sarmento explica que o neoconstitucionalismo⁸ diz respeito a um novo paradigma, o qual emergiu no Direito brasileiro sob a Constituição Federal de 1988. Embora se trate de um fenômeno recente⁹, e não seja possível estabelecer uma homogeneidade segura entre os autores que são considerados neoconstitucionalistas, é possível traçar uma série de

⁶ Segundo Conrado Hubner Mendes, a ideia de democracia é pedra de toque da imaginação política contemporânea. Praticamente atingiu consenso quanto ao seu valor abstrato. Esse consenso abstrato, contudo, foi conquistado ao preço de grande desacordo sobre as formas concretas de se implementar esse ideal. Assim, a estratégia gradualista parece mais bem adequada para lidar com “conceitos essencialmente contestados”. Trata-se de uma postura interessante para amenizar desacordos e enxergar complementaridades entre diferentes abordagens de democracia. Na perspectiva gradualista, a democracia é um empreendimento coletivo contínuo e sempre incompleto, que está sujeito a avanços mas também a retrocessos. Cf. MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52 e ss.

⁷ Como bem ressalta Daniel Sarmento, “o princípio democrático demanda que se reconheça um vasto espaço de liberdade de conformação do legislador nesta seara, revelando-se incompatível com compreensões que depositem no Poder Judiciário todos os poderes, responsabilidades e expectativas correlacionadas à construção de uma ordem social mais justa”. Cf. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 565.

⁸ O uso da expressão advém da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003. Cf. CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003 e SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

⁹ Diferente dos neoconstitucionalistas, Anna Candida Ferraz e Fernanda Dias Almeida criticam a expressão, e entendem que o constitucionalismo dos nossos dias é uma etapa evolutiva natural do constitucionalismo clássico, surgido no século XVIII, sem renegar seus alicerces. Cf. FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. *Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 32.

fenômenos que caracterizam este momento constitucional¹⁰, como i) o reconhecimento da força normativa dos princípios; ii) utilização de técnicas da ponderação e teorias da argumentação; iii) reaproximação do Direito e Moral; iv) judicialização da política e das relações sociais.¹¹

Após a Segunda Guerra Mundial, no ambiente da Europa continental, houve um fortalecimento da ideia de supremacia da Constituição, aproximando-se da tônica já vivenciada há tempos nos Estados Unidos, que desde os primórdios de seu constitucionalismo já garantia essa *status* à Constituição – embora entre as Constituições europeias e americana haja diferenças importantes, notadamente quanto ao fato de a Constituição americana ser sintética e as europeias do pós-guerra bastante abrangentes.¹²

Em decorrência dessa constitucionalização do Direito, e de que as normas contidas nas constituições acabam trazendo conceitos abstratos e fluidos, a participação do Poder Judiciário acabou por se expandir. Novas técnicas surgiram na aplicação do Direito, diferentes da subsunção e do positivismo formalista, ou do reconhecimento da discricionariedade política do intérprete, como defendiam Kelsen e Hart.¹³ O ambiente em que se desenvolveu

¹⁰ Conforme explica Daniel Sarmiento, os autores adeptos ao neoconstitucionalismo usam como fontes autores bastante heterogêneos, como Ronald Dorkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, sendo que nenhum destes se define como neoconstitucionalista. O jurista ainda explica que dentro desse novo constitucionalismo é possível observar correntes positivistas e não-positivistas, liberais, comunitaristas, procedimentalistas. Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

¹² No pós-guerra, a aproximação das ideias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende pelos nomes de Estado democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 145. Para uma visão abrangente da construção histórica da fórmula “democracia constitucional”, cf. COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

¹³ Kelsen entendia que a atividade do juiz criava direito nas situações em que a lei não dispusesse solução para o caso concreto. Como explica Ana Lucia Pretto Pereira, Kelsen foi até o ponto de reconhecimento da existência de vontade judicial na interpretação do direito, mas não se ocupou de impor limites à discricionariedade. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22. Por sua vez, H. L. A. Hart, professor de Filosofia do Direito e Oxford na década de 50, foi também defensor do positivismo jurídico, divergindo, no entanto, em pontos bastante cruciais quanto às idéias de Kelsen. Para Hart, o direito consiste na união de regras primárias (que impõem deveres) e secundárias (regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento ou de prestação jurisdicional) e uma regra é considerada válida (fundamento de validade) quando satisfaz aos critérios especificados pela regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento seria uma questão de fato, uma “prática social”, de modo que não poderia ser considerada válida ou inválida, apenas existente. Para Hart, esta é uma solução mais atraente do que a solução proposta por Kelsen, que postula uma *Grundnorm* como um constructo

este novo constitucionalismo foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.¹⁴

No neoconstitucionalismo, há uma tendência de elaboração de teorizações de democracia mais substantivas. A democracia já não é vista mais como a vontade da maioria – ou de seus representantes eleitos. Inclui a garantia de direitos básicos, proteção das minorias, respeito às regras do jogo.¹⁵ O intérprete do direito busca encontrar a solução mais justa possível para cada caso, e a moral ganha espaço na argumentação jurídica.¹⁶ Ocorre que o espaço criado para a argumentação cria um infinito de possibilidades racionais, e, sendo o Poder Judiciário considerado o responsável por dar a última palavra, ainda que provisória, sobre o conteúdo da Constituição – conforme se verá no ponto seguinte –, observa-se o fenômeno da crescente atuação dos juízes em assuntos de cunho preponderantemente político – traço marcante do neoconstitucionalismo.¹⁷

Daniel Sarmento define o neoconstitucionalismo como uma teoria otimista, oposta ao desencanto pós-moderno – que critica as “metanarrativas” construídas pela visão moderna.¹⁸ Esse novo constitucionalismo aposta mais uma vez na razão e na valorização dos direitos

(um “pressuposto” ou uma “hipótese”) teórico. Cf. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 445 e ss.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 195.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012. Acerca do assunto, afirmam Anna Candida Ferraz e Fernanda Dias Almeida, quanto à democracia, que há no constitucionalismo contemporâneo uma “tendência de ampliação ou aprimoramento na democratização do exercício do poder, como na participação popular direta na elaboração legislativa (arts. 1, par. único e 14, CF), a eleição de cidadãos para participar no Conselho da República (art. 89, VII, CF), a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil e a obrigatoriedade de receber petições, reclamações, representações e queixas (art. 58, par. 2, II, IV e V) etc.” Cf. FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 41/42.

¹⁶ Como ensina Barroso, em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do séc. XX. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 148.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

¹⁸ A obra de Jean-François Lyotard, intitulada “*A condição pós-moderna*” foi a precursora do pós-modernismo. Como característica marcante desse pensamento pós-moderno, cita-se a crítica aos termos abstratos como “direitos humanos”, “lutas de classes” – utilizados constantemente pelo pensamento Moderno, que seriam, para os pós-modernos, construções abstratas e totalizadoras. Cf. ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 9.

fundamentais, reafirmando o projeto político da Modernidade. Como assinala Clèmerson Merlin Clève, o Direito Constitucional, atualmente, deve ser emancipador, ou seja, buscar transformar princípios constitucionais e objetivos e direitos fundamentais “em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”¹⁹.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi adotado desde a proclamação da República, mas somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pode falar propriamente em constitucionalismo. Isso porque as Constituições anteriores, ao invés de buscarem a valorização dos sujeitos e a limitação do poder em verdade serviam de fachada para legitimar situações de manutenção do *status quo*. A História do Brasil relata uma realidade distante dos direitos previstos nas constituições: escravidão, fraudes eleitorais, regimes militares. Além disso, o Poder Judiciário até então não desempenhava um papel importante, nem era verdadeiramente independente. Em épocas de crise a Constituição não era respeitada, já que o poder era quase arbitrado pelos quartéis.²⁰

No entanto, diferentemente, a Constituição Federal de 1988 foi fruto de um amplo processo de participação popular e mostrou-se comprometida com a realidade.²¹ Ao fundar o Estado Democrático de Direito (art. 1º *caput* da CF), elencou dentre objetivos a serem alcançados pelo Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I) e a erradicação da pobreza e a marginalização (art. 3º, inciso III), estampando a prioridade absoluta da pessoa e da proteção de sua dignidade.²²

¹⁹CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 96.

²⁰SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012. – Importante ressaltar, no entanto, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 151.

²¹Como afirma Barroso: “A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Percorremos em pouco tempo todos os ciclos de atraso.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 146-147.

²²Acerca dos acontecimentos e disputas partidárias travadas por ocasião da confecção da Constituição Federal de 1988, cf. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008 e SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

Explicitou em seu corpo um extenso rol desses direitos, delineados de maneira não exaustiva²³ no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. E, para além dos direitos individuais, embora em outros textos constitucionais brasileiros já houvesse disposições que previam de maneira fragmentada os direitos sociais, a Constituição cidadã inseriu também tais direitos no título dos direitos fundamentais²⁴, contemplando os direitos sociais como verdadeiros direitos, juridicamente exigíveis.²⁵

Tais disposições, além de gerarem para seus titulares o poder de pleitear junto ao Estado a sua satisfação²⁶, criaram parâmetros de comportamentos dos agentes públicos, independentemente da dimensão subjetiva que tais direitos proporcionem aos indivíduos. Assim, ao Poder Público, objetivamente, incumbe agir da maneira mais apta a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais²⁷, tanto individuais, quanto sociais, embora se saiba que, quanto a esses últimos, o horizonte é sempre infinito, e a eficácia progressiva.²⁸

No Brasil, ademais, um abrangente conjunto de cláusulas superconstitucionais foi composto como sendo o cerne inalterável da Constituição. O artigo 60, § 4º e incisos limitam materialmente o poder de reforma, com o intuito de evitar o regresso social a experiências autoritárias e violadoras dos direitos dos cidadãos de épocas anteriores. Trata-se, nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, de uma limitação *habilitadora* e *emancipatória*, em busca da autopreservação da experiência constitucional contemporânea.²⁹ A Constituição Federal de 1988, pois, é uma das representantes mais características de um constitucionalismo de caráter

²³ O próprio § 2º do artigo 5º da Constituição Federal garante isso, ao prever que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97.

²⁵ Flávia Piovesan afirma categoricamente que o artigo 5º, § 1º da CF tem por finalidade firmar a força vinculante dos direitos fundamentais – inseridos nestes os sociais, tornando tais direitos plenamente exigíveis em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Da mesma forma entende o professor Osvaldo Canela Junior, que afirma que os direitos cristalizados no art. 6º da CF são subjetivos e não dependem de reconhecimento subconstitucional. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 92 e CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

²⁶ CANELA, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 101.

²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. Curitiba: [s.n.] n. 22, 2003, p. 21.

²⁹ 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. 22.

social e dirigista, que se iniciou com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.³⁰

Como explica Oscar Vilhena Vieira, o constituinte de 1988, de maneira desejada ou acidental, estabeleceu um processo extremamente simplificado para a reforma constitucional,³¹ fato comprovado pelas inúmeras emendas que a Constituição sofreu desde a sua promulgação – atualmente somam setenta e quatro alterações. Assim, caso não fosse estabelecido um rol amplo de limitações formais, circunstanciais e materiais ao poder constituinte reformador – limitações estas que protegem uma verdadeira *reserva de justiça* – os elementos fundamentais da Constituição estariam seriamente fragilizados, já que as experiências históricas atestam que a regra da maioria não é suficiente para assegurar uma comunidade baseada na igualdade e autonomia dos cidadãos.³² Disso decorre a importância da atuação contramajoritária do Poder Judiciário, e o seu papel marcante na proteção dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 é alvo constante de críticas, as quais apontam supostas incoerências internas ou a impraticabilidade das promessas na realidade. Segundo Oscar Vilhena Vieira, tais considerações não merecem acolhida, mormente porque a constitucionalização é um processo que apenas se inicia na etapa constituinte e envolve um construir contínuo. Desta forma, a tensão entre a realidade e o texto é plenamente desejável, mesmo porque, se a Constituição Federal não buscasse desafiar a realidade, “*seria um relato da miséria, arbítrio e injustiça*”³³.

Compondo o cerne dos direitos que categorizam as limitações materiais do poder de reforma, estão os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV). Como salienta Paulo Bonavides, tal expressão não diz respeito somente aos direitos de caráter liberal – ditos de primeira geração, pela doutrina tradicional. Em verdade, levando em conta que a distinção entre *gerações* de direitos não pode ser analisada de maneira superficial, e que não há distinção de grau nem de valor entre direitos sociais e individuais – conforme se abordará no tópico seguinte – já que todos os direitos fundamentais se destinam de maneira conjunta à proteção da dignidade da pessoa humana, excluir do rol de proteção máxima os direitos

³⁰ 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. 26.

³¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

³² 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. 28 e 113.

³³ 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. 132.

sociais seria uma interpretação inconstitucional, regressiva e indesejável.³⁴

Assim, o desafio do constitucionalismo contemporâneo consubstancia-se essencialmente em construir um arcabouço teórico que fundamente uma compreensão do texto constitucional prospectiva, que se volte à efetividade dos direitos fundamentais e que compreenda que na Constituição não há dispositivo despido de normatividade.³⁵ Nesse compasso, as Constituições devem compor a reserva de justiça para os sistemas políticos e jurídicos que organizam,³⁶ especialmente quanto ao cerne principal de proteção (em que se posicionam os direitos fundamentais) para que não sejam uma mera promessa libertadora àqueles que, historicamente, sempre estiveram à margem da proteção estatal.³⁷

2.2. Os direitos fundamentais sociais e sua conformação poliédrica

Segundo Clèmerson Merlin Clève, o direito brasileiro vive um momento adequado à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Dentre outros fatores, porque a Constituição Federal em vigor alterou significativamente o quadro de direitos fundamentais, especialmente quando, no artigo 6º, os nominou expressamente: direito à saúde, ao lazer, à moradia, à educação, à alimentação, à previdência, entre outros, garantindo ampla normatividade a estes direitos.³⁸

É comum haver várias diferenciações na doutrina entre os direitos individuais e sociais. Tais distinções, normalmente estabelecidas quanto à natureza jurídica dos direitos e ao seu grau de aplicabilidade, buscam, em geral, justificar uma suposta debilidade dos direitos sociais em relação aos individuais. Como argumenta Carlos Miguel Herrera, os direitos sociais aparecem sempre como fruto de uma revolução inconclusa³⁹, dependente, portanto, da economia e do agir estatal. Um olhar mais atento, no entanto, revela que se tratam de

³⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 588-595.

³⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42.

³⁶ 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. 203.

³⁷ MAIA, Antonio Cavalcanti. *Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Revista *Quaestio Iuris*, UERJ, 2012, p. 66.

³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 17.

³⁹ HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 13.

distinções equivocadas, verdadeiros *prejuízos ideológicos*⁴⁰ que andam na contramão da efetivação dos direitos fundamentais.

Gerardo Pisarello apresenta quatro mitos desenvolvidos pela doutrina tradicional para a diferenciação dos direitos sociais em relação aos individuais: (i) *a tese histórica* (de que os direitos sociais estariam em uma segunda ou terceira geração de direitos); (ii) *a tese normativa* (de que o fundamento dos direitos civis e políticos está relacionado à noção de liberdade, enquanto que o fundamento dos direitos sociais está conectado à noção de igualdade); (iii) *a tese de diferenciação estrutural* (de que os direitos sociais teriam uma peculiaridade em sua forma que dificulta a sua tutela) e; (iv) *a tese dogmática* (de que os direitos sociais seriam princípios programáticos cuja efetividade depende da configuração que lhes dá o legislador).⁴¹

Em sua obra, Pisarello busca demonstrar de maneira decantada que as diferenciações construídas dogmaticamente não são capazes de separar os direitos fundamentais em naturezas distintas: todos os direitos fundamentais se apresentam como direitos complexos – todos dotados de uma conformação poliédrica – pois podem se configurar como direitos positivos e negativos, custosos e não custosos, coletivos e individuais.⁴² Corrobora a visão de Robert Alexy, que destaca o caráter multifuncional dos direitos fundamentais, os quais assumem variadas possibilidades de eficácia jurídica, porque em verdade constituem feixes de posições jusfundamentais.⁴³

Quanto à dimensão histórica, os direitos sociais, segundo leituras clássicas, teriam sido reconhecidos apenas na segunda metade do século XX. Assim, comporiam uma segunda geração de direitos, posterior à consagração dos direitos individuais. Embora se saiba que tais direitos foram, de fato, positivados e reconhecidos com maior intensidade no XX, a tese de uma segunda geração de direitos é equivocada, uma vez que, como atenta Pisarello, já na Antiguidade existiam direitos de conformação social, como a possibilidade de acesso geral aos banhos públicos – presente na polis grega, ou o acesso a uma quantidade mínima de alimentos, em Roma.⁴⁴

Ademais, mesmo no séc. XVIII, a Constituição Francesa de 1791 se preocupou, além dos direitos conhecidos como individuais, com o direito à educação e a assistência aos pobres.

⁴⁰ Expressão utilizada por Gerardo Pisarello. Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

⁴¹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

⁴² PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 102 e ss

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007, p. 185 e ss.

⁴⁴ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 19-24

Assim, reduzir direitos sociais a categoria de direitos reconhecidos sempre depois dos direitos civis e políticos seria minimizar a complexidade histórica e verdadeira realidade dos fatos, reduzindo-as a etapas estanques e sucessivas. Tem-se, portanto, que o reconhecimento dos direitos individuais e sociais ocorreu de maneira e épocas distintas e não necessariamente de maneira temporalmente linear.⁴⁵

Quanto à percepção filosófico-normativa, por sua vez, Pisarello indica que os direitos individuais e políticos, habitualmente, estão ligados de modo mais estreito a bens fundamentais como a dignidade, a liberdade e a diversidade, e, os direitos sociais, ao valor da igualdade – bem caro principalmente aos mais vulneráveis. Ocorre que, também neste aspecto, há de se fazer um contraste com a doutrina tradicional: todo e qualquer direito remete ao princípio da igualdade, e não somente os direitos sociais. Da mesma forma, os direitos sociais também estão ligados à ideia de dignidade e liberdade. É necessário, desta forma, que se observe que a determinação da dignidade não depende apenas da preservação da integridade – ou do não agir estatal – mas também da possibilidade de exercer as liberdades em uma democracia, fato que passa inevitavelmente pela concessão das prestações estatais.⁴⁶

Para a tese que entende existir uma diferença estrutural entre direitos de liberdade e direitos sociais, os direitos civis e políticos teriam estrutura de direitos negativos, não dispendiosos e de imediata proteção, porque demandam apenas um dever de abstenção. Os direitos sociais, em contrapartida, seriam vagos, de conteúdo indeterminado, além de demandarem um agir estatal, sempre dispendioso, dependente das reservas econômicas. Além disso, seriam de cunho coletivo – ao contrário dos direitos civis – não gerando, portanto, direitos subjetivos tuteláveis pelo Poder Judiciário.

No entanto, trata-se de equivocada diferenciação, na medida em que nenhum direito é exclusivamente negativo ou positivo. O direito à liberdade de expressão, que se conforma mais explicitamente como um direito de liberdade, por exemplo, exige por vezes o acesso aos meios de comunicação, à existência de proteção policial para garantir passeatas, etc. O direito à moradia, por sua vez, que normalmente se conforma como um direito que exige prestação do Estado, também demanda abstenção estatal, pois implica que ninguém seja retirado de sua

⁴⁵ Ver por todos BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁴⁶ Além disso, quando se relaciona direito civis e políticos com posições de liberdade e direitos sociais com posições de igualdade, corre-se o risco de realizar preferências entre um grupo em detrimento do outro, alerta Pisarello. Na Guerra Fria, por exemplo, esta distinção – entre liberdade e igualdade – gerou a criação de pactos internacionais absolutamente polarizados, quando, em verdade, todos os direitos fundamentais se complementam e servem ao mesmo fim, o desenvolvimento digno dos indivíduos livres e iguais. Na tarefa de possibilitar a liberdade e autonomia dos cidadãos, os direitos sociais são essenciais. Cf. PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 37-52.

moradia indevidamente. Direitos não têm naturezas excludentes, podem envolver uma prestação ou uma abstenção, tantos os civis quanto os sociais.⁴⁷

Quanto ao suposto grau de vagueza dos direitos sociais, é importante ressaltar que vagueza e indeterminação são traços marcantes da própria linguagem, jurídica ou não. Segundo Pisarello, não existe justificativa para pensar que conceitos como “liberdade de expressão” ou “propriedade” sejam mais específicos que “educação básica” ou “saúde”. Como explica o autor, também os direitos civis e políticos podem ser considerados de estrutura abstrata. Quando, por exemplo, se busca saber se a liberdade de expressão compreende o direito de alguém de gritar “fogo!” em um teatro, por brincadeira, é porque este direito de liberdade de expressão tem natureza abstrata. Em suma, não é o fato de ser o direito social ou não que implica sua maior ou menor densidade.

Por fim, em relação à afirmação de que os direitos sociais seriam naturalmente coletivos, é necessário salientar que qualquer direito quando generalizado é potencialmente um direito exercido de maneira coletiva. Pode-se citar, por exemplo, o direito de liberdade de expressão, reconhecido como um direito individual (e que demandaria, em tese, uma abstenção do Estado, segundo a diferenciação doutrinária tradicional). Ocorre que ao mesmo tempo em que o Estado deve abster-se, no sentido de não criar obstáculos para que determinado sujeito se expresse livremente, o próprio Estado tem o dever de criar um aparato que proteja a liberdade de expressão da coletividade (aparato policial, por exemplo, que assegure que determinada passeata ocorra).⁴⁸ Assim também os direitos políticos com a organização das eleições, a estruturação da organização judiciária, etc.⁴⁹

A última tese criticada por Pisarello, a de que os direitos sociais comporiam normas programáticas, dependentes, portanto, de configuração legislativa, revela outra premissa equivocada. Novamente, não apenas os direitos sociais, mas qualquer direito, inclusive os direitos civis e políticos devem ser realizados pelo legislador, como, por exemplo, ocorre com o direito à liberdade de expressão, que para realizar-se em plenitude depende de legislação que permita e organize o acesso aos meios de comunicação. A regulamentação legal reforçará

⁴⁷ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 59-75.

⁴⁸ Na lição de Ana Paula de Barcellos, “a promoção e a proteção dos direitos fundamentais exigem omissões e ações estatais. Na realidade, cada direitos pode ensejar obrigações negativas ou de omissão – como o dever de respeito – e positivas ou de ação, como os deveres de proteger o direito ofendido, de garanti-lo ou promovê-lo”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 105.

⁴⁹ GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales em La Constitución*. Buenos Aires: Librería, 2008, p. 22/23.

a possibilidade de tutela jurisdicional, mas de qualquer forma, ainda que não exista legislação, algum conteúdo constitucional mínimo, indisponível, é suscetível de controle pelo juiz. Esse conteúdo será sempre uma fronteira móvel, histórica e aberta, mas de forma alguma pode deixar de existir.⁵⁰

No Brasil, o mito de que os direitos sociais não seriam dotados de normatividade está praticamente superado pela doutrina após a Constituição Federal de 1988.⁵¹ Em nenhum momento, a Constituição prevê uma dualidade de regimes ao tratar dos direitos fundamentais. Segundo Ana Paula de Barcellos, os direitos sociais, inseridos entre os direitos fundamentais, ocupam o centro de todo o sistema jurídico brasileiro, de modo que irradiam toda ordem jurídica, vinculando a conduta do Estado.⁵² E a constatação de que os direitos sociais gozam de caráter normativo também parte da disposição contida no teor do artigo 5º, § 1º da CF, o qual dispõe que as normas definidoras de direitos fundamentais gozam de aplicabilidade imediata.⁵³

Flávia Piovesan afirma categoricamente que o artigo 5º, § 1º da CF tem por finalidade firmar a força vinculante dos direitos fundamentais, tornando tais direitos plenamente exigíveis em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A aplicabilidade imediata impõe a concretização dos direitos fundamentais, inseridos nestes os direitos sociais, tanto quanto os direitos de liberdade.⁵⁴

Por fim, vale lembrar que, como os direitos fundamentais formam uma integralidade, parece bastante ilógico pensar que somente os direitos sociais não possuem eficácia plena ou aplicabilidade imediata.⁵⁵ E, em seu aspecto multidimensional, todos os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva e uma subjetiva, de maneira que irradiam, por um lado, deveres de conduta do Estado e, por outra, garantem posições de titularidade aos indivíduos.⁵⁶

⁵⁰ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 79-102.

⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 32. Como explica Clèmerson Merlin Clève, há sistemas constitucionais, como o de Portugal, que estabelece na própria Constituição regimes jurídicos distintos aos direitos ditos clássicos (de defesa) e os direitos sociais (prestacionais). Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 19.

⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, abr./jun. 2005, p. 84.

⁵³ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 92 e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 565.

⁵⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

⁵⁶ Sobre as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145 e ss.

3. O agir estatal por políticas públicas

3.1. A concretização dos direitos fundamentais pelas políticas públicas

Conforme foi analisado no item anterior, os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, são conformadores de toda a ordem jurídica e vinculam a forma de agir do Estado. Isto quer dizer que os poderes públicos estão submetidos à Constituição Federal. Como afirma Ana Paula de Barcellos, uma das funções do texto constitucional é “justamente estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais”⁵⁷.

Como aponta Clèmerson Merlin Clève, isso nem sempre foi assim na realidade brasileira. Antes da Constituição Federal de 1988, a Constituição era apenas um instrumento de organização do Estado.⁵⁸ Na ordem constitucional brasileira atual busca-se o entrelaçamento da democracia, através da soberania popular, com a satisfação de direitos fundamentais, inclusive os sociais, dos quais não se pode abrir mão.

Com efeito, estes polos – democracia e direitos fundamentais – embora tenham sido por muito tempo na história lados de uma constante tensão⁵⁹, hoje indicam uma relação de complementariedade, pois não há verdadeira democracia se não existem as condições mínimas para que um cidadão participe em situação de igualdade da deliberação política. É necessário, pois, que o Estado seja capaz de viabilizar a implementação dos direitos fundamentais, quais devem ser perseguidos em caráter prioritário.⁶⁰

Na nova ordem constitucional, portanto, incumbe ao Poder Público a concretização dos direitos fundamentais, através, especialmente, das políticas públicas. E incumbe aos Poderes Executivo e Legislativo, politicamente, decidir qual é a melhor forma de alocar os recursos frente às necessidades sociais. Ocorre que a Constituição Federal na maior parte das vezes não dispõe de modo rigoroso a extensão dos direitos fundamentais, nem exatamente os

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 104-105.

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003, p. 18.

⁵⁹ COSTA, Pietro. Democracia política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2010, p. 241-274.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 108.

limites mínimos da obrigação do Poder Público. Também não fornece elementos que desvendem especificamente a forma como deve atuar o Estado na concretização dos direitos fundamentais, já que não há uma sistematização da composição de uma política pública, embora o termo seja recorrente no texto constitucional.⁶¹ No entanto, estudar na ciência jurídica o conceito de políticas públicas é de suma importância, pois garante um tratamento sistematizado do estudo sobre o agir estatal.⁶²

Segundo Maria Paula Dallari Bucci⁶³, as políticas públicas consistem nas formas de atuação estatal, dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados⁶⁴, para a contemplação dos interesses de toda a coletividade – o interesse público –, expressamente previsto no artigo 3º da CF. Desta forma, através da interação de um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial, busca-se coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.⁶⁵

O núcleo do conceito de política pública reside na *ação governamental*, compreendida como a movimentação da máquina pública, a partir de estímulos do governo, através da conjugação de objetivos, meios e competências estatais. Conforma-se, em sua apresentação exterior, por meio de um *arranjo institucional*, no qual é traçado um encadeamento de ações e efeitos, em múltiplos centros de imputação jurídica.⁶⁶

Maria Paula Dallari Bucci, ressalta em seu conceito o aspecto processual de criação das políticas públicas. Segundo a autora, a organização interna da atividade administrativa (processo administrativo), a defesa judicial das demandas por realização e implementação de políticas públicas (processo judicial), a participação do governo na elaboração das leis, em particular pelo exercício da iniciativa e edição de medidas provisórias (processo legislativo) e a alocação de meios para as políticas públicas (processos orçamentário e de planejamento) são dispostos num painel de análise processual, com o sentido de expor como se dão algumas das

⁶¹ Por exemplo, os artigos 204, II e 227, §1 da CF

⁶² VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 61-62.

⁶³ A autora viveu diretamente as relações entre o direito e política, de 2003 a 2010, quando desempenhou as funções de Secretária de Educação Superior, Consultora Jurídica do Ministério da Educação (MEC) e Procuradora Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 37.

⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

⁶⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 109.

conexões entre a política e o direito. O ponto de encontro institucionalizado dessas tensões, segundo a autora, ocorre no processo eleitoral.⁶⁷

Há também de se notar o aspecto processual interno da formação da política pública. Isso porque, para analisar qualitativamente a interação do Poder Judiciário como ator capaz de influenciar o desenvolvimento de políticas públicas, o aspecto processual do agir estatal torna-se bastante relevante. A sucessão de etapas da vida de uma política pública – desde a identificação do problema até a concretização da solução – faz com que o processo se torne um grande fio condutor de orientação e compreensão das políticas públicas, reduzindo a complexidade do aspecto heterogêneo que elas apresentam.⁶⁸ O ciclo de políticas públicas, que será melhor exposto no tópico seguinte, tem, assim, uma grande utilidade: auxilia a organização das ideias e torna possível que a complexidade de processos relacionados ao desenvolvimento dela sejam corretamente encadeados.⁶⁹

Por fim, antes da análise das políticas públicas em suas etapas internas, é relevante ressaltar que, no Brasil, torna-se extremamente importante o levantamento das causas de inefetividade de direitos, sejam elas políticas ou de deficiência institucional. Isso porque, embora em mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal tenha havido progresso na satisfação de direitos dos indivíduos, a realidade presente ainda retrata muita miséria e exclusão, do que se pode concluir que a máquina estatal não tem cumprido satisfatoriamente os objetivos para qual existe. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, *“se se tratasse de um fenômeno físico, dir-se-ia que o mau funcionamento do Estado compreende o aquecimento excessivo e a dissipação de energia, quando o que se deseja é exatamente o contrário, pouco calor e energia dirigida aos objetivos de desenvolvimento e emancipação social”*⁷⁰.

3.2. Políticas públicas e seu aspecto dinâmico

Acerca do tema, Vanice Regina Lírio do Valle nos ensina que as políticas públicas podem admitir uma visualização em fases, lição esta bastante pertinente para que

⁶⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 11.

⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 129.

⁶⁹ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 26.

⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 113.

posteriormente se analise sobre o controle judicial de políticas públicas. Este planejamento do agir do Estado é fundamental para que as ações sejam dotadas de previsibilidade e transparência, e também para que as finalidades sejam alcançadas com eficiência.⁷¹

Além disso, as políticas públicas, na democracia, devem guardar uma necessária participação popular. Isso porque a Constituição Federal de 1988 pretendeu democratizar o Estado, sendo que em diversas passagens é possível se observar tal pretensão, como por exemplo, a norma constitucional estabelecida no art. 198, III da CF, que prevê a participação da comunidade nas ações e serviços relacionados ao sistema único de saúde. Ademais, a democracia participativa é direito positivado no artigo 1º da CF, como bem registra Paulo Bonavides.⁷² Uma vez que o objetivo principal do Estado é a concretização dos direitos fundamentais e alcance do bem comum, é certo que o agir estatal deve estar voltado e em perfeita sintonia com as necessidades sociais.

A participação dos indivíduos, segundo Leonardo Secchi, pode acontecer em momentos distintos do ciclo de políticas públicas – conhecido como *policy cycle*. Segundo o autor, a participação pode ficar restrita apenas ao momento de prospecção de soluções, ou pode ser ampliada para o momento da decisão formal. O momento de avaliação da política pública também pode ser abastecido com informações de fornecedores, cidadãos, funcionários públicos.⁷³

Ocorre que, apesar do valor notável da participação popular no desenvolvimento das etapas de uma política pública, na maior parte das vezes a efetivação da participação não é uma realidade: o custo da coordenação das ações, a dificuldade de composição dos conflitos, a falta de coordenação de todos os atores prejudicam a participação da sociedade. Não obstante, o fato é que a participação popular se trata de medida que afeta diretamente a legitimidade, a justiça e a eficácia do planejamento estatal. Além disso, a participação também consolida o senso de pertencimento e responsabilidade coletiva nos cidadãos, o que torna o agir estatal mais estável e menos questionado, inclusive judicialmente, porque formulado também por seus destinatários.⁷⁴

As políticas públicas se desenvolvem em etapas, que compõem o *policy cycle*. As

⁷¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 74.

⁷² BONAVIDES, PAULO. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

⁷³ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 112.

⁷⁴ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 112.

etapas são: i) análise do problema; ii) diagnóstico; iii) solução; iv) estratégia; v) recursos e vi) execução. Tais fases guardam relações com o tempo, de forma que as políticas públicas envolvem um necessário *intervalo de maturação*, até que o fim pretendido seja alcançado.⁷⁵ Este fato não deve ser desconsiderado na análise judicial.

A primeira etapa do ciclo de políticas públicas consiste na visualização do problema. Um problema consiste na discrepância entre a realidade fática e uma situação ideal possível. Como expõe Eduardo Secchi, um problema público pode aparecer subitamente – como no caso da ocorrência de uma catástrofe natural – ou pode instalar-se aos poucos, como o crescente congestionamento de veículos automotores nas cidades ou a progressiva burocratização dos serviços públicos.⁷⁶ Na observação dos problemas sociais, muitos deles são tidos pelos representantes, e vezes até pela população, como inevitáveis e insuperáveis, como por exemplo a favelização das periferias das grandes cidades, o que transmite a falsa sensação de impossibilidade de mudança no mundo dos fatos. Em decorrência da não visualização do problema – de maneira estratégica ou por negligência, a realidade cruel permanece sem retoque por parte dos agentes encarregados. Nesse sentido, a visualização do problema pode ser realizada através do Poder Judiciário.

A formação da agenda conforma a segunda etapa do *policy cycle*. Identificado o problema, temas são suscitados pelos representantes políticos como relevantes à composição do programa de governo. Neste compasso, são conformados os planos de ataque em vista do planejamento orçamentário, sendo que muitas vezes a agenda política – composta pelo conjunto de problemas ou temas que a comunidade política percebe como merecedor de intervenção pública – não se compatibiliza com a agenda formal, ou a agenda institucional, que é aquela que elenca os temas que o poder público decidiu enfrentar.⁷⁷ Os problemas entram e saem das agendas, ganham e perdem notoriedade, e, no Brasil, não raro é visível o grande distanciamento entre as necessidades da população e os temas que formam a agenda institucional. Muitas vezes, nesta etapa, são priorizadas políticas que geram impactos midiáticos, que promovem os agentes perante os eleitores, ao tempo que políticas relevantes,

⁷⁵ Para a autora, “a desconsideração de atividades de controle, jurisdicional ou não, das políticas públicas – poderá conduzir a várias patologias, principalmente a pretensão de uma antecipação de *outputs* dissonante do que contemplava o planejamento de ação que se está aferindo, pretensão essa que pode até ser legítima na medida em que haja um especial reclamo pelo resultado, mas que não aponta por si só a um vício na política pública conforme originalmente concebida”. Cf. VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45.

⁷⁶ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 34.

⁷⁷ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 36.

mas pouco visíveis, são preteridas, como o saneamento básico em zonas de pobreza.

As etapas seguintes são a formulação das alternativas e a tomada de decisão. Nestas etapas, os agentes políticos devem empenhar esforços na combinação de soluções para os problemas, em que, idealmente, devem ser estabelecidos os objetivos, estratégias e o estudo das potenciais consequências de cada alternativa de solução. Os objetivos devem ser os mais concretos possíveis, de modo a avaliar a eficácia das medidas eleitas como necessárias à concretização das políticas públicas.⁷⁸ Como na maior parte das vezes um objetivo pode ser obtido por diversas vias, a discussão das soluções possíveis devem sempre ter em vista os preceitos constitucionais, além dos princípios que regem a Administração Pública. Não se trata, portanto, de escolher uma das soluções possíveis, mas a melhor solução dentre as apresentadas, ou seja, a mais apta à concretização do interesse público.

Em seguida, há a fase de implementação da política pública. Nesta fase, que implica um necessário arco temporal para a análise dos efeitos, são produzidos os resultados concretos do planejamento estatal, em que as “regras, rotinas e processo sociais são convertidos de intenções em ação.”⁷⁹ Estudar a fase de implementação de políticas públicas tem importância principalmente para que seja possível visualizar os obstáculos e falhas normalmente acometem esta fase em diversas áreas da política pública – saúde, educação, habitação, saneamento etc. Como bem pontua Leonardo Secchi, muitos são os exemplos brasileiros de programas que não funcionam.⁸⁰ Muitas vezes, o fim bem intencionado não ocorre, evidenciando a mera “*eficácia simbólica da política pública*”⁸¹.

Finalmente, há a fase de avaliação da política pública, e sua posterior extinção, finalizando o ciclo de políticas públicas. Na avaliação, os próprios agente, antes, durante e após a implementação de uma ação estatal, devem buscar observar o desempenho da política pública. A avaliação de uma política pública compreende a definição de critérios – como a economicidade, a eficiência econômica e administrativa, a eficácia -, indicadores e padrões. Uma avaliação focada nos aspectos jurídicos centrará a análise na verificação da legalidade e eficiência administrativa, mas certamente pode se utilizar de outros parâmetros, como os acima elencados, para verificar a aptidão da política pública para promoção dos direitos

⁷⁸ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 40-44.

⁷⁹ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 44.

⁸⁰ SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010, p. 45.

⁸¹ Sobre o tema, cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 55 e ss.

fundamentais, afinal, a observância deles pelo Estado não é facultativa.

Assim, conforme se observou até aqui, as políticas públicas são ações dotadas de um aspecto dinâmico, com necessária participação popular, e desenvolvidas em etapas, o que merece destaque quando se argumenta sobre a possibilidade de atuação do Poder Judiciário nesta seara. Como o Poder Judiciário é um dos atores responsável pelas alterações nos gastos públicos e na forma do agir estatal – com ainda maior impacto por conta do fenômeno da judicialização – é de fundamental importância que busque uma atuação que, por um lado, seja capaz de reconduzir o agir estatal na concretização das premissas constitucionais, e por outro, não promova a mera substituição da decisão dos representantes eleitos pela decisão dos juízes, criando um desvirtuamento do sistema democrático.

4. O Poder Judiciário como um dos atores responsáveis constitucionalmente pela proteção da reserva de justiça

4.1. Crescente espaço do poder Judiciário desde 1988.

O fenômeno do protagonismo judicial tem sido amplamente discutido pela doutrina, nos dias de hoje. São utilizados diversos termos a este respeito (judicialização da política, protagonismo judicial, politização da justiça, ativismo judicial, etc.), sendo inclusive, por vezes, o mesmo termo utilizado com significados bastante fluidos.⁸² No campo doutrinário, para exemplificar rasamente a divergência sobre a atuação do Poder Judiciário na atualidade, basta contrastar as definições trazidas por Luís Roberto Barroso e Lenio Luiz Streck sobre o termo “ativismo judicial”.

O primeiro doutrinador, otimista com o fenômeno, define o ativismo judicial como uma atitude proativa dos juízes na interpretação da Constituição, com vistas a expandir ao máximo o seu sentido e alcance. Este ativismo se instalaria em situações de retração do Poder Legislativo e em decorrência de um vácuo existente entre a sociedade e a classe política.⁸³

⁸² Acerca da diferenciação entre os fenômenos da *judicialização da política* e da *politização do Judiciário* (o uso dos tribunais para concretizar manobras por atores políticos), confira-se em: ROMANELLI, Sandro Ballande. A Constituição Norteadora das Paixões: o Protagonismo Judicial como garantia dos pré-compromissos constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs). *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

Destaca Barroso que este ativismo pode ser visualizado por meio de diversas condutas do Poder Judiciário, tais como (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas.⁸⁴

De outra via, Lenio Luiz Streck entende que o ativismo judicial surge no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, o que, para o autor, é problemático porque faz com que a democracia e os avanços passem a depender das posições da suprema corte. Para Streck, quando o Poder Judiciário é provocado e age nos limites impostos pela Constituição, não se trata de qualquer ativismo.⁸⁵

De qualquer modo, independentemente de qualquer juízo de valor que possa ser feito acerca do papel dos juízes ou sobre o chamado ativismo/protagonismo judicial, fato é que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado a intervir em questões centrais do Estado, como a implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, especialmente os sociais. Por conta do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF), bem como por meio da ampla sistemática controle de constitucionalidade prevista na Constituição Federal – que envolve o controle difuso, baseado no modelo americano, e o controle concentrado, baseado no modelo europeu -, tem-se que todas as eventuais violações à Constituição podem ser trazidas à apreciação do Poder Judiciário.

O controle judicial de políticas públicas, além do contorno político que reflete, traz uma importante questão a ser dirimida. Por um lado, a Constituição Federal apresenta uma tutela de direitos bastante abrangente – uma verdadeira reserva de justiça para o sistema político -, direitos estes que são implementados especialmente através de políticas públicas. Ocorre que a própria Constituição atribui as decisões sobre a alocação de recursos aos poderes eleitos, Executivo e Legislativo. E, tendo em vista que os recursos são finitos, como já mencionado, inevitavelmente, certos bens não serão tutelados: há de haver a eleição de prioridades, respeitando-se os parâmetros constitucionais a respeito dos bens jurídicos a serem concretizados.

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs). *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p 22.

Como afirma Ana Paula de Barcellos, em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical.⁸⁶ As decisões políticas não podem ser simplesmente transferidas do povo e de seus representantes eleitos para os operadores do direito em geral.⁸⁷ Por outro lado, não parece razoável, de outro modo, neutralizar a atuação do Poder Judiciário no tocante ao tema, com os argumentos de falta de legitimidade, decorrente de uma interpretação anacrônica e equivocada do princípio da separação dos poderes.

Uma visão amadurecida do tema, segundo Maria Paula Dallari Bucci, não discute mais a possibilidade ou não da realização do controle judicial das políticas públicas, mas os meios adequados e o conteúdo da decisão judicial. A autora propõe a recuperação de um percurso histórico da legislação que toca o tema, como meio de repelir o senso comum de que o “ativismo judicial” tenha sido decorrente de uma atuação invasiva que partiu da vontade dos magistrados. Ao contrário disso, trata-se de um movimento de judicialização consistente, com o claro objetivo de evitar a procrastinação das decisões sobre conflitos dessa natureza.⁸⁸

Para Dallari Bucci, os marcos da judicialização de questões envolvendo políticas públicas no Brasil são legislativos. Primeiramente, em 1985, a edição da lei de ação civil pública (Lei 7.347/85) inaugurou o paradigma das ações coletivas. A partir de então, os bens tutelados por esta Lei – como o meio-ambiente, bens de valor histórico e turístico, dentre outros – foram ampliados com a promulgação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que modificou a lei de ação civil pública e estendeu as hipóteses de cabimento da tutela coletiva aos casos de infração da ordem econômica e da economia popular, além da ordem urbanística ou “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1º, IV da Lei 7.347/85). O CDC também previu interesses individuais homogêneos, ampliando ainda mais a possibilidade de adoção de ações coletivas. Assim, além da Constituição Federal de 1988, a própria legislação possibilitou uma maior tutela de interesses relevantes socialmente através da sua procedimentalização jurídica.⁸⁹

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 125.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 107.

⁸⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 175.

⁸⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 174.

A autora, ainda, ressalta a ampliação da tutela de urgência, como inovação processual que alterou profundamente a relação da política com a justiça. Segundo a autora, a utilização desse tipo de tutela cresceu em quantidade e variedade na década de 80, embora já houvesse previsão anterior da figura da liminar, como, por exemplo, no mandado de segurança ou da medida cautelar.⁹⁰ A utilização da tutela de urgência assim, garantiu uma maior eficiência no deslinde das questões relativas às políticas públicas e tutela de direitos fundamentais.

Embora o fenômeno da atuação mais expansiva do Poder Judiciário seja bastante apontado e discutido atualmente, como bem registra Gerardo Pisarello, o balanço das experiências, ao fim e ao cabo, da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais através das políticas públicas é contraditório. Nos últimos anos, embora existam muitos casos em que a experiência jurisdicional contribuiu efetivamente para reativar programas sociais relevantes – envolvendo a provisão de medicamentos, garantia de vagas em escolas, proteção da população indígena –, um número igual ou maior de casos apresentados ao Judiciário não tiveram impacto algum, com argumentos regressivos.⁹¹ Muitas vezes, o que se observa é que tutelas deixam de ser concedidas com base em argumentos que revelam uma visão estanque da separação dos poderes ou julgam o Poder Judiciário incapaz de lidar com medidas que envolvam orçamento e políticas públicas.⁹² A seguir, serão tecidas algumas considerações sobre a legitimidade do Poder Judiciário e a relação com os demais Poderes.

4.2. O espaço legítimo de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas

Segundo Alexandre Costa, impera no senso comum a ideia de que o Judiciário é uma instituição que tem como função aplicar o Direito elaborado pela Política. O Direito seria um

⁹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 174.

⁹¹ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 109.

⁹² Exemplo de omissão da atuação do Poder Judiciário são as recorrentes decisões do Tribunal de Justiça do Paraná envolvendo casos de precariedade das cadeias públicas do Estado. O Ministério Público, em vários municípios, tem empenhado esforços na interdição das cadeias públicas, por conta das péssimas condições das instalações. Na maior parte dos casos, o juízo de primeiro grau, com base na lei de Execução Penal, determina a interdição e realocação dos detidos às demais unidades, mas, em todos os casos, em grau de recurso, as liminares são suspensas, sob a alegação de risco de lesão à ordem e à economia pública, ausência de previsão orçamentária, separação dos poderes. Colhe-se de uma das decisões o seguinte trecho: “*a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo das pessoas encarceradas, depende do compromisso com o princípio da previsão orçamentária, como forma de controle democrático da administração dos recursos públicos*”. Cf. TJPR, Suspensão de Liminar 0760689-3, Órgão Especial, Rel. Miguel Kfoury Neto, DJ n. 584, publicação em 04/03/2011. Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1&AcordaoJuris=1067632>.

conjunto de regras e a política a atividade de promover escolhas envolvendo interesses da coletividade, a qual caberia, portanto, à própria comunidade por meio de seus representantes eleitos. Este é, no entanto, o desenho de um sistema idealizado e absolutamente descolado da realidade. Tal imaginário inspirou, inclusive, recentemente no Brasil, a apresentação da Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011, na busca por limitações da atividade do Poder Judiciário em situações que envolvem questões políticas. Na justificativa da PEC, o deputado Nazareno Fonteles argumentou que “o STF deixou de ser um legislador negativo, e passou a ser um legislador positivo. E diga-se, sem legitimidade eleitoral. O certo é que o Supremo vem se tornando um superlegislativo”.⁹³

A ideia da falta de legitimidade do Poder Judiciário, pelo fato de não serem os magistrados os representantes eleitos do povo não prospera quando realizada uma análise mais detida sobre o assunto. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que, ainda que os magistrados não tenham o voto popular, desempenham, por legitimação da própria Constituição Federal, um poder político, capaz inclusive de invalidar atos dos outros dois Poderes. A legitimidade portanto, é normativa, e decorrente da própria Constituição Federal.

Além da legitimidade normativa, há ainda a legitimidade de cunho filosófico. É que, como já exposto neste artigo, o Estado Democrático de Direito conjuga a democracia (soberania popular, governo do povo) e constitucionalismo (respeito aos direitos fundamentais, poder limitado).⁹⁴ Nesse sentido, a democracia reclama o exercício da jurisdição constitucional para proteger uma reserva de justiça garantida pela Constituição Federal à preservação do sistema político das maiorias eventuais, conjunturais e temporárias, como bem afirma Clèmerson Merlin Clève.⁹⁵

Acerca do tema da legitimidade do Poder Judiciário, Conrado Hubner Mendes apresenta um constructo teórico fortemente comprometido com a realidade. Segundo o autor,

⁹³ COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. In: Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, v. 18, n. 1, p. 10-11. Sobre o tema, há bastante divergência doutrinária. Valiosa a contribuição de Egon Bockmann Moreira, que explicita as reais intenções do referido projeto. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Golpe de Estado contra o Judiciário. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 04 de maio de 2012. Seção: Direito&Justiça. Disponível em < <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1250468>>. Acesso em: 10 de julho de 2012. Em sentido oposto, Miguel Gualano de Godoy e Vera Karam de Chueiri constroem valiosos argumentos para o debate no artigo “Quem detém a última palavra sobre o significado da Constituição: a PEC 33, seus limites e possibilidades”, disponível em <http://www.constitucionalismoedemocracia.blogspot.com.br/2013/05/quem-detem-ultima-palavra-sobre-o.html>, acesso em 27/08/2013.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs), In: *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 283-284.

⁹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

o modo convencional de olhar para o controle de constitucionalidade (encarando os juízes como guardiões) superestima o papel e a responsabilidade do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que atrofia o dos outros poderes. Esta cultura jurídica centrada nas cortes constitucionais como oráculos da moral empobrece, assim, a experiência democrática.⁹⁶ Mas, se ao Poder Judiciário cabe agir quando enfrenta casos envolvendo a violação dos direitos fundamentais, mas não detém, segundo Mendes, a responsabilidade por dar a última palavra sobre a Constituição, como compreender o seu âmbito de legitimidade?

Conrado Hubner Mendes propõe uma visão gradual para a análise da questão. É que, normalmente, a discussão acerca de quem detém a legitimidade para dar a última palavra sobre a Constituição se constrói a partir de uma análise binária, análise esta que se limita a verificar se um determinado objeto de estudo tem ou não determinada qualidade (autoritário/democrático, constitucional/inconstitucional, esquerda/direita). Ao contrário disso, ao pensar a revisão judicial de maneira gradual, há a possibilidade de avaliar a medida de certa qualidade, ou seja, o quanto se aproxima ou não de determinado ideal.⁹⁷ Desta forma, a compreensão sobre a interação entre os poderes e o grau de legitimidade de suas ações torna-se muito mais compatível com a realidade, facilitando o desenvolvimento do desenvolvimento teórico sobre o tema.

Segundo o autor, o desafio da teoria normativa, quando analisa a legitimidade das instituições para atuar na concretização da Constituição, não deve ser o de aprisioná-las em um esquema rígido de separação de poderes, mas fazer com que o princípio regulador das oscilações e acomodações dos espaços dos poderes seja permeável a “bons argumentos”.⁹⁸ Assim, deve-se entender a Constituição como máquina procedimental que dilui as funções da soberania para que elas se controlem mutuamente, e não para que tenham missões rígidas e substantivas. Se a separação de poderes é uma cadeia decisória que distribui faculdades de vetar e de estatuir, caberia ao Judiciário, quando dotado de um bom argumento, vetar decisões legislativas, por exemplo. Enriquece, assim, a interlocução institucional com novos argumentos.⁹⁹

⁹⁶ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 23.

⁹⁷ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

⁹⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185-187.

⁹⁹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

Isso quer dizer que, a atuação do Poder Judiciário, quando realiza o controle judicial de políticas públicas, não pode, de maneira alguma, ser neutralizada pela falsa premissa de que é da esfera dos Poderes eleitos o exercício das escolhas políticas do “povo”. Como bem aponta Hubner Mendes, em uma democracia, buscar o ator político central – o “povo”, não apreende precisamente como as democracias constitucionais se organizam. Isso porque há uma multiplicidade de atores que impactam substancialmente o processo de tomada de decisões coletivas em nome do povo.¹⁰⁰

Assim, a ideia que Conrado Hubner Mendes pretende construir é a de que existe, em torno da concretização dos anseios da Constituição, agentes que participam em sequência, em um círculo decisório virtuoso. Ao escapar da camisa de força binária – constitucionalismo e democracia, busca-se uma investigação mais produtiva: dos tipos de interação que aperfeiçoam ou maximizam a capacidade epistêmica da democracia.¹⁰¹ Assim, a decisão de determinada esfera de poder será mais ou menos legítima conforme o seu desempenho deliberativo – cortes e parlamentos têm legitimidade para serem ativistas à medida que se engajem no diálogo. O que se sustenta, neste ponto de vista, é que a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo.¹⁰²

Além disso, a ideia de diálogo de Mendes não deve ser vista, em uma perspectiva dualista, como oposta a ideia de última palavra. O que o autor busca demonstrar é que o diálogo, no longo prazo, é inevitável, e que a comunidade tende a ganhar com as provocações deliberativas das instituições. Decisões são tomadas e problemas concretos decididos pelos juízes, mas os mesmos temas tornam a ser ponto de pauta da comunidade política. Trata-se de uma leitura objetiva da realidade.

A última palavra provisória – já que o ciclo deliberativo pode recomeçar a qualquer tempo -, assim, tem a finalidade de firmar decisões com pretensão de maior durabilidade, e estabilizar, ainda que temporariamente, as demandas sociais levantadas. Desta forma, a última palavra provisória será da instituição que detém a confiança da comunidade para produzir a melhor decisão, sendo certo que, a qualquer tempo a decisão pode ser objeto de um novo ciclo

¹⁰⁰ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54-55.

¹⁰¹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

¹⁰² MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192.

deliberativo.¹⁰³ O ativismo judicial, por exemplo, pode ser respondido com o ativismo dos demais poderes, em um círculo virtuoso de aprimoramento dos melhores argumentos.¹⁰⁴ A atuação do Judiciário, na proteção das promessas constitucionais não será nem sempre ativista e nem sempre deferente. Agirá, a partir do caso a ele apresentado, vezes de maneira contida, em deferência à escolha dos representantes políticos, vezes de maneira mais ativista, quando houver, a partir de bases racionais fundadas na Constituição Federal, argumentos consistentes para tanto.¹⁰⁵

Quando realiza o controle judicial de políticas públicas, o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade de uma medida ou omissão dos demais Poderes na concretização dos direitos fundamentais. Através do desenvolvimento processual é que será desvendado o contorno da legitimidade do Poder Judiciário para determinar ações ou a mudança do desenvolvimento de determinada política pública. Nesse sentido, a ideia de construção da decisão através da interação dos poderes também pode se desenvolver dentro do processo. O agente eleito deve, assim, demonstrar a existência do plano, a adoção ou encaminhamento das medidas necessárias e a reserva dos recursos, buscando fugir de uma condução meramente burocrática do processo. Nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci, “o processo deve ser conduzido como um diálogo, materialmente informado, sobre a questão de fundo posta na ação”¹⁰⁶.

Assim, levando em conta o exposto, o sentido político-institucional do controle judicial de políticas públicas é o de conceber o Poder Judiciário como uma das alternativas possíveis para a realização da democracia, em uma perspectiva deliberativa de interação entre os poderes que o autorize a agir quando, demandado, dispõe de legitimidade baseada em bons argumentos para a revisão das decisões dos demais poderes. Nesta possível arena, a autoridade deverá prestar contas, informar quais as escolhas e resultados a serem obtidos, e

¹⁰³ No Brasil, observa-se contemporaneamente um grande descolamento entre os representados e seus representantes eleitos. Segundo Daniel Sarmento, de motivos vão da influência do poder econômico nas eleições ao distanciamento do cidadão em relação à *res pública*. Nota-se uma profunda descredibilidade das instituições de representação popular. Cf. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos-Jurídicos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 560.

¹⁰⁴ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 181.

¹⁰⁵ Segundo Clèmerson Merlin Clève: “O fato de, nos casos concretos, apontar-se o holofote teórico para iluminar a dimensão emancipatória do direito não significa conferir ao juiz competência pra agir de modo desafiante à arquitetura dos poderes definida na Constituição. Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia. Quer-se uma sociedade de livres e iguais, não uma sociedade inadequadamente paternalista, onde o juiz possa agir como uma espécie de pai caridoso”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 12-13.

¹⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p 176.

em qual lapso temporal.¹⁰⁷ Desse modo, poder-se-á avaliar, também através do Poder Judiciário, a conduta do poder público, e a interação será muito mais profícua para o desenvolvimento das políticas públicas.

5. Considerações finais

O tema do controle judicial de políticas públicas lança sob nova roupagem um velho desafio: o balanceamento da equação entre constitucionalismo e democracia, de modo que se deve debater acerca do equilíbrio entre a supremacia constitucional, a interpretação judicial da Constituição e o processo político majoritário.¹⁰⁸

No ambiente neoconstitucional desta quadra histórica, a atividade do Poder Judiciário tem sido mais abrangente, uma vez que esta esfera de poder tem sido cada vez mais invocada a intervir em questões centrais do Estado, como a implementação de ações estatais concretizadoras de direitos fundamentais. Como se argumentou ao longo do estudo, no Brasil, o fenômeno da judicialização da política não decorre de uma busca dos magistrados por agir ocupando espaços de poder. Trata-se, com efeito, de uma crescente proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação, que ampliaram a possibilidade de questionamento judicial do agir do Estado.

Assim, ressaltou-se que o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar em demandas dessa natureza, mas que não deve ser considerado um ator protagonista ou suficiente da realização das promessas constitucionais. Ao contrário, a revisão judicial deve ser vista como um mecanismo propulsor de melhores escolhas. Nas palavras de Conrado Hubner Mendes, a atividade do Poder Judiciário “não serve somente para (tentar) nos proteger da política quando esta sucumbe ao pânico ou irracionalidade, mas para desafiá-la a superar-se em qualidade”¹⁰⁹.

6. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

¹⁰⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011, p. 177.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011. p. 195.

¹⁰⁹ HUBNER MENDES, Conrado. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 211.

- ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- _____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, abr./jun. 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs.). *Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *O governo como instituição jurídica. Fundamentos para um método de análise jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Tese de livre docência (USP), 2011.
- _____. In. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003
- _____. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- COSTA, Alexandre Araújo. *Judiciário e interpretação: entre Direito e Política*. In. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, v. 18, n. 1, p. 9-46.
- COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

- FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011.
- HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. *Sobre a teoria constitucional brasileira e a carta cidadã de 1988: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Revista *Quaestio Iuris*, UERJ, 2012.
- MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y suas garantías*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.