

**O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER
JUDICIÁRIO NO PROCESSO COLETIVO: perspectivas à adequada consecução do
controle judicial¹**

**THE SCOPE OF COGNITION OF PUBLICS POLICIES BY THE JUDICIARY IN
THE COLLECTIVE PROCESS: prospects to the adequate effectuation of the judicial
control**

Fernanda Raquel Thomaz de Araújo²
Luiz Fernando Bellinetti³

RESUMO

A pesquisa é embasada no abono à utilidade e adequação do processo coletivo para o exame jurisdicional de políticas públicas que (aleadamente) lesionem ou vulnerem direitos fundamentais sociais e determinação de seu realinhamento, sob o enfoque da exigência de adequação da atividade orçamentária do Estado às diretrizes, prioridades e fins constitucionais. Projeta-se, para tanto, a sujeição de toda a ação do Poder Público à Constituição e o reconhecimento de seu caráter imperativo na definição e destinação dos gastos públicos – observado que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas -, substrato em que é firmada a importância do papel da Jurisdição, enquanto instância última na salvaguarda da Constituição e de suas normas. Delineada, aí, qual a perspectiva de abertura a este controle judicial – a avaliação e ajuste de opções orçamentárias implementadas pelas atividades administrativa e legislativa do Estado e sua vinculação (por provimento jurisdicional) à prática de atos orçamentários cabíveis que permitam a concretização dos direitos fundamentais sociais lesados – e identificada a tutela coletiva como aparelho processual mais hábil e adequado para receber este debate e articular seu tratamento democrático, a pesquisa é delimitada para avançar ao estudo em torno do âmbito de cognição das políticas públicas pelo Judiciário no processo coletivo dessa natureza. Neste sentido, a investigação se lança na tentativa de identificação do objeto desta cognição e na ponderação sobre a necessidade de diferenciação desta análise conforme o momento processual da demanda (fase de conhecimento e fase de cumprimento de sentença). Em seu avanço, é assimilada ao ensaio a asserção de aspectos diferenciados concebíveis para o provimento jurisdicional - resultante desta categoria de litígio - que melhor viabilizem a efetividade de sua consecução, ultimando-se o trabalho na exploração da máxima da proporcionalidade como critério limitador e harmonizador da intervenção judicial em políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo - Direitos fundamentais sociais – Controle judicial de políticas públicas – Âmbito de cognição – Provimento jurisdicional.

¹ O presente trabalho foi elaborado pela primeira autora sob a orientação e colaboração do segundo autor.

² Advogada. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: ferrtaraujo@hotmail.com.

³ Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação strictu sensu - mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Procurador de Justiça no Estado do Paraná. E-mail: luizbel@uol.com.br.

ABSTRACT

The research is grounded in the utility allowance and appropriateness of the collective process for judicial examination of public policies that (allegedly) injure or violate fundamental social rights and the determination of its realignment, under the focus of the activity requirement of adequacy of the state budget guidelines, priorities and constitutional purposes. Projects, both for the placement of every action of the Government to the Constitution and recognition of the imperative character definition and allocation of public spending - observed that considerable spectrum of public choices is already marked by constitutionally defined options - substrate exponentiation that is fastened to the role of Jurisdiction, while last instance in safeguarding the Constitution and its rules. Delineates, there, where the prospect of opening this judicial review - the assessment and the adjustment of budgetary options implemented by administrative and legislative activities of State and its link (for jurisdictional provision) to reasonable budget acts that allow the realization of fundamental social rights injured - and identified as the collective protection equipment and adequate procedural skilful to receive this discussion and articulate their democratic treatment, research is delimited to advance (without the pretension of exhausting the subject) the study brought about the scope of cognition of public policies by the Judiciary in this collective process of nature then worked. In this sense, the investigation is launched in an attempt to identify the object of that cognition and the weighting on the need to differentiate this analysis as procedural moment demand (knowledge phase and sentencing phase of compliance). In its advance, it is assimilated to test the assertion of differentiated aspects conceivable for jurisdictional provision - resulting in this category of litigation - that best enable the effectiveness of its achievement, finalizing the work on the maximum exploitation of proportionality as a limiter and harmonizer criterion of judicial intervention in public policy.

KEYWORDS: Collective process – Fundamental social rights - Judicial review of public policies - Cognition – Jurisdictional provision.

INTRODUÇÃO

No ambiente da tutela jurídica de direitos fundamentais sociais, o processo coletivo é amplamente aceito como um instrumento de excelência e melhor adequado à proteção desta categoria de interesses transindividuais que permitem discussão e exigência contra o Estado, já que esta pretensão de efetivação consubstancia uma diretriz normativa constitucional dirigida a todas as formas de expressão do poder estatal. Daí que a avaliação e correção de políticas públicas pela Jurisdição na tutela destes direitos – aqui justaposta na modalidade coletiva -, desponte como resultado reflexo deste cenário.

E mais. No avançado estágio em que se insere a processualística moderna, incessante e vertiginosamente afetada pelo movimento de constitucionalização - que no Brasil se articulou notadamente a partir do diploma de 1988 –, é consideravelmente inflamado o estudo e a tentativa de se empreender, principalmente no trato coletivo de direitos, a cooperação

(vinculada) do Poder Judiciário na construção da sociedade brasileira preconizada na Constituição da República.

Contudo, em que pese a marcha ascendente experimentada no trato coletivo de direitos metaindividuais – tendo sido até já alçada a caminhada para um Código Brasileiro de Processos Coletivos e também para uma teoria geral -, esta plataforma instrumental não vem sendo proficuamente explorada em todo seu potencial de dar vazão a esta utilidade que deveria representar um dos seus principais objetivos: a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Tomada como vetor teórico esta aptidão da tutela coletiva - que se embasa na perspectiva de legitimidade da avaliação judicial (e alinhamento) de políticas públicas articuladoras desta envergadura de direitos (aos quais a Constituição adjudica grau de essencialidade) -, aqui se intenta percorrer uma análise a respeito do âmbito de cognição das políticas públicas no processo coletivo, em aspectos como seu objeto, limites, possibilidades e critérios à adequada consecução do provimento jurisdicional, exame motivado na necessidade de se otimizar a utilidade democrática deste veículo instrumental.

Isto porque, uma vez que a vocação desta disciplina tem por estandarte a salvaguarda da Constituição diante de ações ou omissões dos demais poderes que ofendam, desalinhem ou enfraqueçam suas normas, princípios e objetivos - e, isto, mediante o exercício de atividade tipicamente jurisdicional -, não é admissível que este exame de políticas públicas no processo coletivo se desenvolva de forma indiscriminada.

É imprescindível, neste cuidado, que o âmbito de cognição das políticas públicas seja delineado neste trato coletivo - em paralelo à exigência de efetivação dos direitos fundamentais sociais -, porquanto demarcação vital a se evitar ilegítima e injustificada invasão nas atribuições institucionais das demais formas de manifestação do poder do Estado, sob pena de corromper – por vício insuperável de inconstitucionalidade (CF, artigo 2º) - o processo coletivo, além de insuflar-se potencial crise institucional.

Nesta proposta temática, justifica-se a pesquisa por se tratar de matéria relativamente pouco trabalhada na literatura jurídica brasileira, cuja relevância aponta, principalmente, para a preocupação com o desafio de sistematização dos institutos apresentados, com o fim de fomentar discussões e debates na academia.

1 APONTAMENTOS TEMÁTICO-METODOLÓGICOS

Por tratar-se de tão pulsante e extenso tema, é indispensável uma delimitação do que se irá trabalhar no presente artigo. Neste esforço – e sem pretensão exauriente –, a pesquisa buscará, de maneira sumária, situar a utilidade e adequação da modalidade coletiva de tutela de direitos para o exame judicial e determinação de realinhamento de políticas públicas veiculadoras de direitos fundamentais sociais, enfatizando a perspectiva de adequação da atividade orçamentária à realização dos fins e prioridades constitucionais em que a atividade jurisdicional aí se desenvolve.

Na sequência, mais detidamente, será analisado o âmbito de cognição das políticas públicas no processo coletivo de feição acima tratada, com enfoque na identificação do objeto desta cognição e subsequente ponderação sobre a necessidade de empreendimento diferenciado deste exame, conforme o momento processual da demanda (fase de conhecimento e fase de cumprimento de sentença).

Firmado, então, o cerne do ensaio, serão exploradas proposições de aspectos diferenciados para o provimento jurisdicional - resultante desta categoria de litígios coletivos - que melhor viabilizem a efetividade de sua consecução. Neste sentido, em remate à pesquisa, o estudo assimilará a aplicação do princípio da proporcionalidade como critério de limitação e harmonização da intervenção judicial em políticas públicas.

Por fim, toda a apreciação analítica será feita com base no método hipotético-dedutivo.

2 O PROCESSO COLETIVO A SERVIÇO DA EXIGÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: uma perspectiva de alinhamento da atividade orçamentária às diretrizes constitucionais de alocação de recursos

A admissibilidade de avaliação da Atividade Administrativa e Legislativa na elaboração e efetivação de políticas públicas pelo Judiciário é prospecção que, ao longo de seu enfrentamento, vem transpondo a censura doutrinária e jurisprudencial e superando, além de tradicionais questões políticas aí articuladas⁴, também a emblemática objeção da impossibilidade de invasão do mérito administrativo e o embargo da invocação da “reserva do possível”.⁵

⁴ A exemplo da resistência sobre a violação ao princípio da separação dos Poderes e o debate em torno da (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário.

⁵ Franqueamentos trabalhados em recentes ensaios apresentados em edições anteriores deste encontro científico: ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de; BELLINETTI, Luis Fernando. O controle judicial de políticas públicas

É manifesta neste cenário, ademais, a crescente habitualidade da utilização de ações coletivas para empreendimento deste exame e controle. Contudo, mesmo em vertiginosa ascendência no emprego da modalidade coletiva de tutela de direitos metaindividuais⁶, não tem sido explorada toda a aptidão destes instrumentos para servir a um propósito que deveria figurar entre seus mais relevantes desideratos, qual seja, a defesa e implementação direitos fundamentais sociais.

A utilidade referida⁷ é naturalmente impulsionada diante da fácil constatação do evolutivo reconhecimento formal de direitos fundamentais na agenda republicana e a concomitante percepção de tênue e vago discurso sobre sua efetivação; um ambiente em que, sem muito esforço argumentativo, é prognosticada uma postura de apatia e recalitrância do Poder Público na utilização dos recursos do Estado para a realização de políticas públicas afetas às prioritárias e reais necessidades do Estado brasileiro. Esta realidade, todavia, não se sustenta ou se legitima diante da regência normativa instaurada na Lei Fundamental de 1988, tanto no que se refere à consagração e disciplina desta estirpe de direitos, quanto no que diz respeito aos objetivos republicanos fixados em seu artigo 3º.

Daí o substrato à atuação da Jurisdição na salvaguarda da Constituição, suas normas, objetivos e fins, e que, como sustenta Fábio Konder Comparato⁸ (2001. p. 29), deve ser orientada pelos objetivos fundamentais da organização política brasileira, inscritos no referido artigo 3º.

É nesta matiz, por assim dizer, que o princípio da inafastabilidade da Jurisdição merece ser integralmente assimilado como garantia constitucional de justiça (WATANABE, 1980. p. 28), assumindo - a dicção do artigo 5º, XXXV, do texto constitucional - significância muito além da formal, alcançando desdobramentos vinculados à manutenção dos objetivos

em favor da exigência de realização de direitos fundamentais sociais: enfrentamentos necessários à sua justificação. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). *Anais do XX Congresso Brasileiro do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2011, v. 2, p. 8986-9014.

_____. O direito fundamental à educação na perspectiva da formação humana integral e do desenvolvimento social no contexto do mundo globalizado: a demanda econômica de sua realização na atividade orçamentária e um enfrentamento da invocação da cláusula da “reserva do possível” pelo Poder Público. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). *Anais do XXI Congresso Brasileiro do CONPEDI*. Florianópolis: Boiteux, 2012, v. 1.

⁶ Importância que se verifica, a exemplo, nas projeções em torno de um Código Brasileiro de Processos Coletivos e também de uma teoria geral (GRINOVER, 2007. p. 11 e s.).

⁷ Sobre a adequação da tutela transindividual como plataforma à este debate jurisdicional, elucida Osvaldo Canela Júnior (2010. p. 148): “A intervenção do Poder Judiciário há realizar-se preferencialmente por meio do processo de índole coletiva, uma vez que o processo de índole individual pode permitir o paradoxo da desigualdade – desde que não produza efeitos coletivos -, não promovendo o correto realinhamento de políticas públicas. Mencionado paradoxo, poderá, então, causar o desgaste indevido de todas as formas de expressão do poder estatal e a inconstitucionalidade reflexa dos arts. 2º, 3º e 6º da Constituição Federal”.

⁸ Para quem as normas de direitos fundamentais (inclusive aquelas de princípios) tem aplicabilidade direta e imediata.

fundamentais do Estado, funcionando, em última instância, como veículo de resgate da própria democracia, ao outorgar a efetiva e legítima inserção da população no seu discurso (CANELA JUNIOR, 2011. p. 137).

Consente-se, nesta perspectiva, que, havendo direito subjetivo amparado (CF, artigo 6º) e alegação de lesão a este direito (CF, artigo 5º XXXV), a Jurisdição tem o encargo constitucional de desempenhar sua função típica (vedado o emprego de argumentos externos à atividade jurisdicional para bloquear o acesso ao processo), possibilitando a discussão democrática sobre a ofensa a direitos fundamentais sociais pelo Estado (mesmo decorrente de postura omissiva).

Considerando, aliás, que o centro de decisões politicamente relevantes no Estado Democrático contemporâneo sofre sensível deslocamento do Executivo e Legislativo em direção ao Poder Judiciário, o processo que se instaura mediante a propositura de ações desta natureza social e dimensão constitucional acaba despontando como um instrumento privilegiado de participação política e exercício permanente da cidadania (GUERRA FILHO, 2005. p. 26).

Esta abertura dialética, inexoravelmente, está aportada na outorga do direito de ação - admitindo-se a cognição acerca da alegada lesão a direito fundamental social e o reajuste eficaz das políticas públicas que lhe são correspondentes -, contexto em que o processo coletivo - por permitir a emissão de provimentos com alcance social - se eleva como instrumento natural para este debate (CANELA JUNIOR. 2011. p. 140-141).

Há de se enfatizar, ainda, que a confiança depositada nesta modalidade de ações para a proteção jurídica de interesses metaindividuais é hoje desenvolvida em um espaço de suplantação da antes nebulosidade em se compreender o processo de interesse coletivo como um relevo também adequado para o tratamento de atos omissivos do Estado (WATANABE, 2003. p. 17), hesitação que geralmente não se recrudesce diante de atos comissivos representados por políticas públicas ilegais ou inconstitucionais.⁹

Disso decorre a tenaz compreensão de que a afronta aos direitos fundamentais sociais - entendidos como direitos difusos - deve ser examinada e eventualmente reparada por

⁹ A respeito desta abertura e admissão, é oportuna a sustentação de sua idoneidade: “No Brasil, sem dúvida alguma, o sistema jurídico autoriza o juiz a efetivar diretamente as normas constitucionais, sobretudo – aqui em particular – as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, de tal modo que ele pode, em caso de eventual lacuna ou omissão inconstitucional do poder público, colmatá-la, supri-la, integrando-a por meio da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito (LICC, art. 4º) e, ainda e principalmente, através de uma interpretação criativa que, no domínio de uma nova hermenêutica constitucional, consiste em concretizar os preceitos constitucionais, aplicando-os diretamente à realidade social e vivenciando a Constituição” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 331).

intermédio do processo coletivo, porquanto mecanismo mais tecnicamente apto à efetivação desta categoria de direitos, relevo do qual se destaca a ação civil pública - no atual quadro de instrumentos dispostos no âmbito do processo coletivo – como via notavelmente adequada¹⁰, mesmo que ainda não adaptada, para a proteção dos direitos fundamentais sociais.¹¹

Avalize-se, também, à vista desta perspectiva, a oportuna proposta de Willis Santiago Guerra Filho (2005. p. 11-12), no sentido de que

[...] o processo de tutela de direitos fundamentais deve começar a ser desenvolvido conscientemente como um processo de natureza constitucional, da mesma forma como as ações, previstas em nosso ordenamento jurídico para garantir esses direitos fundamentais são ações constitucionais, sendo elas próprias, igualmente, direitos (ou melhor, garantias) fundamentais.

A preconização da tutela coletiva aqui sustentada tem seu embasamento adensado no patrocínio de Osvaldo Canela Júnior (2011. p. 135-136):

Não se está, evidentemente, preconizando a abertura indiscriminada do sistema no trato do processo coletivo. Ao contrário, o que sustentamos é que as normas infraconstitucionais, que eventualmente impeçam ou mesmo dificultem a efetivação dos direitos fundamentais, são inconstitucionais e, portanto, não podem ser aplicadas pelo julgador. As leis, atos normativos e os atos administrativos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo constituem políticas públicas e, portanto, devem se harmonizar com os direitos fundamentais sociais e com os núcleos constitucionais de irradiação.

A abertura do sistema, por conseguinte, é meramente episódica e decorre da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, princípio implícito que extraímos da interpretação sistemática da Constituição Federal. Segundo o princípio da proibição de resistência instrumental aos direitos fundamentais, nenhuma política pública, oriunda do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, poderá se converter, comissiva ou omissivamente, em instrumento de resistência à efetivação dos direitos fundamentais. Logo, não somente os atos administrativos e de governo poderão ser examinados pelo Judiciário sob este prisma, como também as normas subconstitucionais, as quais constituem o produto de uma política pública mais ampla daqueles poderes.

¹⁰ a- Esta adequação também se justifica pela amplitude da tutela judicial atingível via ação civil pública - e desenvolvimento da técnica processual nela radicada -, abertura a respeito da qual assinala Rodolfo de Camargo Macuso (2002, p. 764): “[...] inicialmente, a tutela judicial via ação civil pública apresentava visível caráter condenatório-cominatório (arts. 3º e 11 da Lei 7.347/85), mas na sequência esse espectro abriu-se para os demais tipos de pedido (declaratório, constitutivo, injuncional-mandamental), mercê da abertura trazida pelos arts. 83 e 90 da Lei 8.078/90, que, por estarem inseridos na parte processual do CDC (arts. 81 a 104), com toda esta se trasladaram para o bojo da ação civil pública, conforme se vê do art. 117 daquele código. A seu turno, o art. 19 da Lei 7.347/85 autoriza a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil”.

b- Vale mencionar, além disso, na doutrina acima referida, o patrocínio pela ampliação do objeto da Ação Civil Pública (MANCUSO, 2002. p. 751).

c- Esta pretensão teórica evolutiva acerca do instituto é defendida pelos doutrinadores a partir do exame dos interesses coletivos e difusos encartados na Lei nº 7.347/85, com a proposta de que a ampliação do objeto desta ação deva incluir e colimar a implementação de direitos fundamentais sociais (ALONSO JUNIOR, 2002. p. 206).

¹¹ No abono desta adequação é o trabalho de CANELA JÚNIOR (2001. p. 142).

Para a projeção tratada, é sedimentado, de antemão, o entendimento sobre políticas públicas como a via de excelência para efetivação dos direitos fundamentais de caráter prestacional - , inteligência que não permite perder de vista que “algumas políticas públicas já estão definidas na Constituição, devendo necessariamente ser adotadas por corresponderem, seus fins, aos objetivos da República” (FRONTINI, 2002, p. 744).

A partir do discernimento de que o planejamento e a consecução de políticas públicas exigem, inequivocamente, a disponibilidade de anteparo econômico pelo Estado, incita-se o Direito, então, a fecundar respostas adequadas à desafiadora equação que requer a solução eficiente a se determinar, diante de um direito fundamental universalmente assegurado, o que (e a quem) o Estado deve (ou não) atender na realidade da insuficiência de recursos para a satisfação de todos? (BREUS, 2007. p. 232)

É neste palco que emerge a nevrálgica questão entre a demanda econômica para implementação de direitos sociais e o contingente da finitude de anteparo material do Estado, conflito que é explorado na discussão em torno da “reserva do possível”, teoria encetada na jurisprudência alemã (Vorbehalt des Möglichen)¹², cuja desconexão e impropriedade de sua invocação na realidade nacional foram trabalhadas em estudo anterior¹³, ocasião em que se cuidava da superabilidade da referida tese.¹⁴

Dentro deste debate, portanto, é sim sabido que as políticas públicas implementadas e executadas pela Administração, inevitavelmente, vinculam a alocação de recursos públicos previamente disponibilizados, conforme leis de diretrizes orçamentárias. É também verdade que a Constituição Federal, ao delinear os objetivos aos quais o Estado se vincula, igualmente

¹² Em momento histórico correlato ao do desenvolvimento teórico alusivo ao Custo dos Direitos, propulsionado em estudos desenvolvidos pelos estudiosos americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, em cuja obra emblemática (The cost of rights) impulsionava-se a proposta de reflexão acerca da necessidade de se levar em conta o valor econômico da realização dos direitos e a relação existente entre o custo de sua implementação e a sua significação social (GALDINO, 2007. p. 210).

¹³ ARAÚJO, Fernanda Raquel Thomaz de; BELLINETTI, Luiz Fernando. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA PERSPECTIVA DA FORMAÇÃO HUMANA INTEGRAL E DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO CONTEXTO DO MUNDO GLOBALIZADO: a demanda econômica de sua realização na atividade orçamentária e um enfrentamento da invocação da cláusula da “reserva do possível” pelo Poder Público. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). Anais do XXI Congresso Brasileiro do CONPEDI. Florianópolis: Boiteux, 2012, v. 1.

¹⁴ Acerca da matéria, acolhe-se o patrocínio de que a projeção da reserva do possível não pode ser admitida como uma limitação absoluta, tampouco como um complacente fundamento para a evasiva estatal frente à exigência da promoção de direitos que integram o mínimo existencial, dado que não constitui elemento essencial ou integrante dos direitos fundamentais, mas, sim, que emerge apenas como um limitador fático-jurídico ou um critério para solução de conflitos entre direitos fundamentais, devendo se prestar, por isso, à salvaguarda do direito ao mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 30). Não se trata, assim, de espécie normativa, mas de condição de realidade, ou seja, um contingente do mundo dos fatos que influencia a aplicação do Direito (BREUS, 2007. p. 237).

define - e o faz com certo grau de precisão -, além de limites formais relativos à digressão da destinação orçamentária, limites materiais hábeis a orientar e conformar a gestão estatal e que desautorizam, por assim dizer, a dissonância do emprego de receitas públicas perante estas diretrizes vinculantes na persecução das prioridades e escopos republicanos.

Daí resulta o raciocínio: se justamente através do orçamento é que são instrumentalizadas as políticas públicas – e também definido o grau de concretização dos direitos fundamentais plasmados na Constituição Federal -, é de rigor identificar, na prática orçamentária, um instrumento de governo catalisador do desenvolvimento social, político e econômico.

Assimila-se, então, do magistério de Eduardo Cambi (2009, pp. 389-390; 407-409) oportuna tentativa de desmistificação deste impasse entre a exigência de promoção do mínimo existencial material e o problema da esgotabilidade das finanças públicas:

Uma vez que os recursos públicos são limitados, devem ser aplicados, prioritariamente, na concretização de condições mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*). Procura-se, destarte, uma *otimização* nos gastos públicos, voltadas à aplicação prioritária na efetivação de direitos fundamentais sociais, sem os quais as pessoas não teriam condições mínimas de sobreviver com dignidade (*maximização do mínimo existencial*). [...]

Dentro das limitações orçamentárias, o Estado deve *priorizar* os gastos públicos na concretização daqueles direitos que permitem gerar as *condições gerais mínimas* para emancipação da pessoa humana, porque esta é a premissa *mais favorável* à realização dos direitos fundamentais em *países de modernidade tardia* como o Brasil. [...]

Os direitos que compõem o mínimo existencial são tão importantes que a sua outorga não pode ficar sujeita à vontade (discricionariade) da maioria parlamentar ou da Administração Pública. Desse modo, a ausência de previsão de despesa, nas leis orçamentárias, bem como a inexistência de políticas públicas não impede a efetivação judicial do mínimo existencial. [...] Opções orçamentárias podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário para permitir a concretização dos direitos fundamentais sociais ou, ao menos, do mínimo existencial. Deve o Judiciário sopesar os distintos atos materiais que podem ser praticados pelo Executivo, quando, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas inerentes ao caso concreto, restar demonstrado que a opção do administrador é manifestamente inconstitucional. Há de ficar comprovado que foi preterido o valor da dignidade humana para se implementar outras alternativas incapazes de promover a tutela do mínimo existencial.

Neste ângulo, sedimenta-se o entendimento de que a articulação dos gastos públicos não está reservada integralmente à deliberação política, visto que considerável espectro das escolhas públicas já está marcado por opções constitucionalmente definidas, razão porque a prática orçamentária merece ser discernida justamente como “o momento no qual a realização

dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer” (BARCELLOS, 2005, p. 101).

Por isso, diante de demanda pela implementação de dado direito, é clarividente a necessidade de se distinguir, adequadamente, entre a hipótese de uma efetiva inexistência de recursos (aptos ao custeio das políticas públicas que viabilizam a implementação do direito tutelado) ou a de sua indevida alocação¹⁵, instalando-se aí a investigação mais próxima do exercício concreto da função orçamentária do Estado e o exame de sua consonância com as prioridades alinhadas na Lei Fundamental.

Esta análise a respeito da afinação constitucional do desenvolvimento da atividade orçamentária, propõe a seguinte percepção:

[...] existe a necessidade de diferenciar o que não é possível, porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento de normas constitucionais que determinam alocação de recursos, e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades.

Ocorre que a própria Constituição oferece parâmetros a serem respeitados [...]. Qualquer escolha alocativa de recursos deve respeitar os padrões mínimos fixados pela Constituição, assim como o rol de prioridades por ela estabelecido. E a obediência aos parâmetros fixados pela Constituição, não se trata da ocorrência da subsunção do político ao jurídico, mas do condicionamento das decisões políticas aos valores estabelecidos pela própria Constituição. (BREUS, 2007. p. 240)

Delimita-se aqui, portanto, o sentido em que se avalia o mérito da avaliação e ajuste de políticas públicas pelo Poder Judiciário: na possibilidade de realinhamento da atividade orçamentária – implementada e levada a efeito pelos demais poderes do Estado – às diretrizes, prioridades e objetivos pelos quais a Constituição vincula – e o faz com o grau indissociável de sua força normativa e máxima efetividade - a integralidade da ação estatal.

Esta perspectiva implica discernir o impacto orçamentário das decisões judiciais que ordenem a satisfação de direitos fundamentais sociais. Isto porque, diante destes provimentos, cumprirá aos agentes públicos promover - no exercício das funções administrativa e legislativa - o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira. E este efeito é de rigor, pois o efeito natural do trânsito em julgado destas sentenças é o de gerar a vinculação do orçamento à exigência de satisfação dos bens da vida tutelados pela atividade jurisdicional, o que exigirá investimento do Estado. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 106)

¹⁵ Nesta noção de assimetria prejudicial à prestação de serviços públicos, denota-se que “o dilema do nível baixo de qualidade dos mesmos parece estar concentrado na não-alocação de recursos suficientes nos orçamentos públicos, seja da União, dos Estados ou dos municípios” (KRELL, 2002. p. 99).

Com o condão de trabalhar – dentro da tipicidade de sua função institucional - para a salvaguarda e concretização destas normas fundamentais que plasam os fins constitucionais prioritários e valores democráticos, a Jurisdição, em última instância, reconhecendo a proteção ao mínimo existencial – ainda que inexistente previsão específica no orçamento -, atua determinando aos demais Poderes a prática de atos orçamentários cabíveis e afinados à diretriz constitucional, incluindo a receita necessária ao cumprimento da obrigação¹⁶.

3 O ÂMBITO DE COGNIÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO: o objeto de cognição e sua análise diferenciada nas fases processuais de conhecimento e cumprimento de sentença

Para avançar ao tratamento nuclear proposto, após lançada a perspectiva temática pela qual este estudo aprecia o processo coletivo de tutela de direitos fundamentais sociais, torna-se indispensável elucidar a inadmissão de que o aqui avalizado exame e controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário seja realizado de maneira indiscriminada e desonerada de critérios.

Na persecução por solidez metodológica no desenvolvimento desta atividade jurisdicional é que se coloca, naturalmente, a imperiosa a cautela de se delimitar qual o objeto e espaço de cognição das políticas públicas neste trato coletivo, esforço que manifesta uma demarcação vital para se evitar ilegítima e injustificada ingerência nas atribuições institucionais das demais formas de expressão do poder estatal, sob pena de corromper – por vício insuperável de inconstitucionalidade (CF, artigo 2º) - o processo que cuide da matéria, além de se insuflar potencial crise institucional.

Entendimento fundamental a orientar esta investigação é, primeiramente, o de que as políticas públicas - projetadas e implementadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sobre as quais recaia alegação de que lesionam ou vulneram direitos fundamentais sociais - é que representam o verdadeiro objeto de cognição do processo coletivo, e não o seu controle. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 131)

É que, tratando-se de função precípua do Executivo e Legislativo levar a efeito as ações públicas necessárias à espontânea satisfação destes bens da vida, não é permitido ao Judiciário intervir indistamente nesta atividade típica desenvolvida por estes Poderes, havendo

¹⁶ Sinalizando, neste viés, a prioridade absoluta de proteção à dignidade da pessoa humana em relação às diversas dotações contempladas no orçamento.

aí uma atribuição constitucional apenas residual deste Poder em matéria de políticas públicas e cujo exercício se justifica exclusivamente na hipótese de omissão ou contrariedade na atuação executiva e legislativa frente aos vetores constitucionais de irradiação daqueles direitos.

Nesta perspectiva, em caso de lesão aos direitos fundamentais – ofensa a ser observada no manejo (ou sua ausência) de políticas públicas omissas ou insatisfatórias à sua concreção – estarão os seus titulares habilitados a provocar o funcionamento da Jurisdição para exame e tutela desta pretensão a um bem da vida (não satisfeito espontaneamente) que, segundo lição emblemática de Cândido Rangel Dinamarco (2001. p. 180), é que constitui o objeto do processo.

Eis aí definido o objeto do processo coletivo em estudo: a pretensão à satisfação coercitiva dos bens da vida inscritos no artigo 6º da Constituição Federal. Por conseguinte, desta mesma inferência normativa é que se extrai o fundamento jurídico do pedido, pedido este que – devido às especificidades dos direitos fundamentais sociais em sua dimensão e alcance – se recomenda seja formulado sob o pálio coletivo, de modo a permitir a emissão de provimento com eficácia social pelo órgão jurisdicional (de forma residual e corretiva), “de tal sorte que o veículo para a obtenção do bem da vida esteja concretamente à disposição de todos os componentes da sociedade” (CANELA JUNIOR, 2011. pp. 151; 152; 153;155).

Neste ambiente é que desponta como mais razoável uma prospecção que confira amplitude à interpretação judicial do pedido, conforme sustentam Paulo Henrique dos Santos Lucon, Daniela Monteiro Gabbay, Rafael Francisco Alves e Tathiana Chaves de Andrade (2006. p. 189):

“Se o bem coletivo é marcado, como ressaltado, pela indisponibilidade, que é, por sua vez, controlada pelo juiz, não faz qualquer sentido restringir a interpretação que este pode fazer do pedido. Seria o mesmo que dizer que o juiz deve anuir com a disposição indevida feita pelo autor. Equivaleria, em última instância, a ratificar um ato contrário à própria lei. Restringir a interpretação do pedido significa, neste sentido, restringir a própria proteção do bem jurídico coletivo a ser tutelado”.

Delineado, então, o objeto sobre o qual há de recair a cognição do Juízo – qual seja, as políticas públicas desenvolvidas (ou não) pelas demais formas de manifestação do poder estatal - e a ideia de amplitude na interpretação do pedido, permite-se agora divisar a

perspectiva de que neste gênero de demanda coletiva¹⁷ o Poder Judiciário é chamado a desenvolver duas espécies de análise sobre as políticas públicas, definidas - de acordo com a peculiaridade do momento processual -, em duas fases distintas: a fase declaratória do direito fundamental social lesionado e a fase de cumprimento de sentença.¹⁸

É de se elucidar, para isso, que tal distinção se afigura adequada para o desafio de se estruturar uma perspectiva metodológica sensível à realidade das condições e limitações econômicas do Estado e às implicações práticas do enfrentamento deste contigencial dentro do processo coletivo, como adiante será ponderado.

Inicialmente, neste primeiro momento processual declaratório, o axioma da indeclinabilidade da Jurisdição (ALVIM, 2001. p. 183) - ou, também chamado “proteção judiciária” (WATANABE, 1887. p. 21) – há de ser invocado em toda a sua vivacidade, no sentido de conduzir à exigência de que a ofensa ao direito fundamental social tutelado seja examinada e efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional, ainda que protraída no tempo a sua exequibilidade.

Tal proposição se sustenta na já apresentada tese de Osvaldo Canela Junior, ao assim coligir:

Há limitações à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, que, todavia, não afastam o reconhecimento judicial da violação. Tais limitações restringem a atividade jurisdicional na fase de cumprimento de sentença ou nas hipóteses de tutelas de urgência, porque condicionam a efetivação dos direitos fundamentais no tempo.

Trata-se, pois, de limitações à efetivação dos direitos fundamentais, mas não ao seu reconhecimento judicial. [...]

A distinção é de absoluta relevância, porquanto na fase de declaração do direito fundamental violado as políticas públicas serão analisadas exclusivamente sob o ângulo da adequação aos fins constitucionais colimados. [...] As políticas públicas serão estudadas pelo Poder Judiciário, portanto, a partir da adequação aos meios e fins. Inadequadas, ou omissas, as políticas públicas deverão ser realinhadas e corrigidas por meio do provimento jurisdicional.

Desta distinção resulta a conclusão de que o Poder Judiciário não poderá paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob o fundamento de que esbarra em limitações à efetivação do provimento jurisdicional. O direito fundamental violado será declarado, mas na efetivação do provimento jurisdicional observar-se-ão as limitações à atividade coercitiva do Estado-juiz.

¹⁷ Aqui se realça - à falta de outra estrutura processual mais específica - o ajuste do procedimento encetado na Lei 7.347/85.

¹⁸ Este modelo processual dúplice de cognição é trabalhado de forma criativa e operosa por Osvaldo Canela Junior em obra resultante de tese de doutoramento (*Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2001), desenvolvida sob orientação do professor Kazuo Watanabe no programa de pós-graduação da Universidade de São Paulo—USP.

Da diferenciação em nota resulta, assim, o afastamento de qualquer raciocínio que admita impedimento à declaração de violação de direitos fundamentais sociais (idoneamente invocados no exercício do direito de ação) pelo Poder Judiciário, ideário em que não se reconhece a possibilidade de paralisação da atividade jurisdicional motivada na impossibilidade/dificuldade de atendimento imediato ao julgado, justificando-se tão somente o diferimento de sua exequibilidade no tempo, o que se expressa na vinculação do orçamento à decisão, para a necessária compatibilização com o provimento alcançado, segundo critérios programáticos.

Aqui se está diante da perspectiva de que após o trânsito em julgado da sentença novos parâmetros sejam atentados por seu órgão emissor - agora embasados no comando judicial - iniciando-se, com a fase de cumprimento do julgado, a prática dos atos de realinhamento coercitivo das políticas públicas que constituíram objeto da demanda coletiva, prevalecendo a análise temporal para a consecução do provimento jurisdicional.

A projeção assim é equacionada pelo autor acima destacado (CANELA JUNIOR, 2011. p. 150; 106):

“Admite-se, de outro vértice, que aqueles direitos fundamentais sistematicamente violados pelo Estado sejam finalmente inseridos na sua agenda programática, erigindo o processo em instrumento de realização da democracia social.

A vinculação do orçamento, nesta linha de raciocínio, ajusta-se ao plano de cumprimento de sentença e será matizada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de que a integralidade dos direitos fundamentais seja paulatinamente irradiada e efetivada. Ajusta, por fim, a transição do Estado liberal para o Estado social no âmbito do processo, facilitando a compreensão da natureza do orçamento programático”.

Trata-se de modelo autenticamente consentâneo com o desafio de empreendimento harmonioso da indeclinável atividade da Jurisdição na salvaguarda da Constituição - suas normas, vetores e objetivos - em face da atividade (típica) das demais formas de expressão do poder do Estado, já que esta avaliação e controle serão executados não em usurpação de outras funções estatais, mas sob a premissa vinculante do reconhecimento de lesão a direitos fundamentais e a reflexa exigência de realinhamento da ação pública aos critérios constitucionais.

Nesta proposta reside grande especificidade na apreciação acerca do tempo exigível para a efetivação do veículo de concreção do direito tutelado no provimento (política pública).

É que, embora as políticas públicas sejam ordinariamente já lastreadas em normas de conteúdo programático – de execução protraída -, o tempo não configura elemento impeditivo para a outorga de provimento que tutele direitos fundamentais sociais – dotados de eficácia plena e imediata -, e sim, ao contrário, deflagra sua inequívoca violação e inobservância.

Daí a asserção de que, na conjuntura em que a própria sentença do processo coletivo articule conteúdo semelhantemente programático (no sentido de se projetar um interlúdio específico para a disponibilização do vetor material de satisfação do bem da vida),

“[...] é razoável que o magistrado, após analisar as cadeias de ramificação das políticas públicas, a partir dos núcleos constitucionais de irradiação, acomode o provimento jurisdicional, estabelecendo prazo para que se concretize a efetiva disponibilização do serviço. O magistrado, ao mesmo tempo em que julga procedente o pedido, fixa termo para a disponibilização do serviço público, consoante a proporcionalidade exigida no caso concreto, constituindo este o provimento jurisdicional que posteriormente vinculará a conduta do Estado.

Os eventos programáticos, portanto, embora não exerçam qualquer influência sobre a configuração da lesão aos direitos fundamentais sociais, encontra-se dentro do campo de cognição do magistrado, a fim de que se possa produzir o provimento jurisdicional mais adequado para redução ou supressão de desigualdade. As vicissitudes do caso concreto é que vão orientar o ajuste do tempo na prestação jurisdicional, sempre sob o crivo do critério da proporcionalidade”. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 158)

O préstimo mais facilmente identificado nesta perspectiva diz respeito à possibilidade de se falar em cognição plena e exauriente das políticas públicas - no plano vertical (WATANABE, 1987. p. 83-84) - no bojo do processo coletivo, na medida em que se confere ao julgador a completa e cabal exploração e confronto de toda a estrutura lógica entre meios e fins empregados pelo ente estatal demandado no exercício de sua função pública diante do múnus já orientado e previamente determinado por escolhas e prioridades alinhadas na Constituição.

A sustentada amplitude na cognição das políticas públicas funciona, nesta estrutura, a serviço da necessidade de se investigar a simetria constitucional e o atendimento, pelas formas de expressão do poder do Estado contra as quais se oponham as pretensões coletivas a direitos fundamentais sociais, aos paradigmas de razoabilidade e proporcionalidade exigíveis no desempenho da função pública que lhes são tipicamente atribuída.

4 CARACTERÍSTICAS DIFERENCIADAS DO PROVIMENTO JURISDICIONAL PARA A EFETIVIDADE DE SUA CONSECUÇÃO: o princípio da proporcionalidade como critério de limitação e harmonização da intervenção judicial em políticas públicas

Avançando neste propósito de se examinar projeção que melhor se habilite para adequar a atuação jurisdicional (e sua cognição) e harmonizar (institucional e constitucionalmente) o seu exercício, como, também, aparelhar o processo coletivo que recepcione a índole de pretensão jurídica abordada neste estudo, manifesta-se oportuna a abordagem de características especiais - propostas na doutrina utilizada no ensaio - que qualifiquem o provimento judicial alcançado, no sentido de otimizar a sua consecução.

O apontamento introdutório que aí se coloca é expresso nas perspectivas de plasticidade e fungibilidade do provimento produzido, divisando-se, então, como palco desta análise, o momento processual do cumprimento de sentença.

A partir disso, da complexidade própria da matéria desponta a incitação à ideia de plasticidade ou possibilidade de adaptação do provimento jurisdicional, discernimento que se sustenta na necessidade de que o exercício da atividade jurisdicional possa - diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo - determinar a solução ótima para a sua efetivação, com o programa que melhor atenda à exigência de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, pela disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

A esse respeito é o desenvolvimento argumentativo de Osvaldo Canela Junior, que adjudica à esta noção estirpe constitucional (2011. p. 159. *nota de rodapé 391*):

“A idéia é a de adequação do provimento jurisdicional para que promova o máximo alcance social. Considerando-se que o Poder Judiciário executa políticas públicas por intermédio dos atos judiciais, não há dúvida de que o provimento jurisdicional haverá de atender ao disposto no art. 3º da Constituição Federal da forma mais efetiva possível. Como a correlação entre meios e fins pressupõe a existência de grande plexo de soluções possíveis, a adaptabilidade do provimento jurisdicional às circunstâncias do caso concreto é requisito inarredável para que se atinja a prestação jurisdicional justa. Do exposto decorre que a plasticidade do provimento jurisdicional, mais do um instrumento processual, é um princípio implícito de magnitude constitucional, decorrente da norma inserta no art. 3º da Constituição Federal”.

Isto porque, agindo o Judiciário, essencialmente, de modo a colmatar a conduta omissiva/ofensiva dos entes públicos perante os direitos fundamentais – em cumprimento ao disposto nos artigos 3º e 6º da Constituição Federal -, impende que esta atividade se promova

balizada no postulado da máxima eficiência, visto refletir a própria vontade criativa do Estado. Nesta essência, esse provimento jurisdicional deve servir, por assim dizer, como elo entre o bem da vida constitucionalmente tutelado e o seu correspondente oferecimento a todos os componentes que o titularizam. (CANELA JUNIOR, 2001, p. 159-160)

É salutar, portanto, que a composição desta categoria de litígios seja articulada por meio de um provimento jurisdicional dotado desta necessária plasticidade, já que aí o Judiciário é invocado a realizar uma atividade criativa para se exigir dos entes do Estado – aos quais competia típica e espontaneamente a implementação dos direitos fundamentais sociais invocados na demanda - o realinhamento de suas posturas na criação e gestão de políticas públicas¹⁹ que tenham confirmadas (dentro do processo coletivo) a sua contradição e incongruência com o penhor constitucional ou a sua insuficiência ao atendimento dos objetivos e fins republicanos firmados na Carta Fundamental.

A fim de que o exercício criativo destacado possa resultar na mais adequada solução para o problema, é apropriado que se admita a fungibilidade do veículo para a satisfação dos bens da vida propugnados no pedido inicial, conforme sugere Osvaldo Canela Junior (2011. p. 153): “Há que se permitir a adaptação do veículo proposto, mesmo porque a complexidade dos fatos a serem absorvidos no curso do processo poderá exigir solução diversa da inicialmente indicada”.

Ao se permitir esta abertura sistêmica à intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e a sua ampla cognição - a partir da admissão do direito de ação diante de ofensa aos direitos fundamentais sociais –, igualmente emerge a imperiosidade de se reconhecer e assentar um elemento norteador à prevenção do emprego de soluções desarrazoadas e desproporcionais neste mecanismo, e que funcione, em última análise, como um critério limitador desta atuação.

Este esforço se justifica porque, ao atuar no tratamento de políticas públicas por intermédio de suas decisões, a Jurisdição desenvolve o indissociável encargo de alinhar este exercício de sua atividade típica frente aos vetores constitucionais de justiça, de proporcionalidade e de razoabilidade.

É nesta linha de raciocínio, portanto, que o princípio da proporcionalidade se sintetiza como instrumento hábil e ajustado para a correta composição do litígio coletivo ao propiciar a busca do justo equilíbrio entre os meios encadeados e os fins a serem atingidos (GRINOVER, 2008. p. 16). São identificados, para isso, os fins a serem perseguidos, como

¹⁹ Reajuste para o qual deve ser assimilada a consequente exigência de reformulação da prática orçamentária.

sendo aqueles traçados no artigo 3º da Constituição Federal, e, como os meios a serem aplicados, as próprias políticas públicas, que passarão a incluir e se conformar ao provimento jurisdicional produzido no processo coletivo.

Aqui é tomado em seu conceito mais amplo o axioma da proporcionalidade, albergando os princípios da razoabilidade e da justiça e, via reflexa, os conteúdos imanentes às ideias de equidade, igualdade, equivalência, congruência, proporção e adequação.²⁰

Nesta tônica, é ressaltado o princípio da razoabilidade - habitualmente utilizado como parâmetro à avaliação de atos do Poder Público - como valioso fundamento à realização da justiça no caso concreto, para o propósito de se aferir a compatibilidade da atividade pública frente ao valor supremo de qualquer ordem jurídica, a justiça. (BARROSO, 2002, p. 153)

O Judiciário é desafiado, nesta digressão principiológica, a verificar, num primeiro momento, se a atuação dos demais poderes foi (ou não) realizada dentro do razoável, considerando ilegais atos que afrontem às exigências da proporcionalidade “por não encontrarem respaldo fático no caso concreto, por se fundarem em motivos impróprios em face da Constituição e das leis, por procederem a uma exegese abusiva dos textos normativos ou, ainda, por lhes atribuírem uma extensão desproporcional” (CAMBI, 2009, p. 241). Em segunda via, o valor da proporcionalidade se elevará, ainda, como vetor axiológico norteador da projeção do plano de cumprimento de sentença, de modo a potencializar a efetividade de sua consecução.

Resulta daí a incursão do princípio da proporcionalidade, no processo de caráter coletivo, como legítimo método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento jurisdicional.

Salutar aqui incluir a prudente advertência sobre a tomada deste postulado como procedimento de exame dos reflexos no orçamento:

É imprescindível, ainda, que o Poder Judiciário tenha especial cautela na utilização do princípio da proporcionalidade, porquanto a intervenção generalizada no orçamento, sem o esgotamento necessário da cognição e a análise consistente de programação no tempo, poderá engessar outras políticas públicas igualmente importantes para a satisfação, em conjunto, dos direitos fundamentais. O pressuposto, portanto, é o de se garantir, na medida das possibilidades, uma harmonia do Estado na satisfação conjunta dos direitos fundamentais [...]. Daí por que, salvo em casos de indiscutível

²⁰ Segundo Humberto Ávila (2008, p. 173) o exame da proporcionalidade pressupõe a incursão sobre a adequação e a necessidade entre meios e fins.

urgência, é recomendável que se postergue a efetivação do direito fundamental para a fase de cumprimento de sentença, a sua via natural. (CANELA JUNIOR, 2011. p 167).

Por tratar-se, então, de princípio impingido a todos os ramos do Direito – inclusive o Direito Processual –, a ciência processual – reestruturada e reorientada pelo Direito Constitucional - sedimenta o princípio da proporcionalidade como parâmetro a este exame judicial, diretriz que

instrumentaliza a intervenção do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas, sempre que os direitos fundamentais – e, por consequência, os objetivos do Estado – forem alvo de violação pelas demais formas de expressão do poder estatal. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade é o catalisador das soluções possíveis a serem aplicadas pelo Poder Judiciário ao caso concreto, viabilizando a efetivação dos direitos fundamentais.

Sem este instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal. [...] O princípio da proporcionalidade, ao corrigir a crise metodológica instaurada entre o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais e a ciência processual contemporânea, pontifica o princípio da inafastabilidade como garantia constitucional de ordem substancial. Referido princípio dá coesão ao subsistema do processo coletivo, surpimindo a crise aparente entre as formas de expressão do poder estatal. (CANELA JUNIOR, 2011. p. 165; 167-168)

Em linha conclusiva, o assentamento do princípio da proporcionalidade para o desiderato impulsionado na pesquisa reside, especialmente, em sua habilidade de instrumentalizar e otimizar a ampliação do âmbito de cognição judicial das políticas públicas no processo coletivo, sublimação que não só lhe atribui caráter de genuíno mecanismo processual ético para a efetivação de direitos fundamentais sociais, como conjuga à Jurisdição - ao limitar racionalmente a sua intervenção no controle de políticas públicas – o papel constitucional de integração e equilíbrio geral do sistema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo é projetado sobre a importância do papel da Jurisdição - identificada como instância última na salvaguarda da Constituição, suas normas, diretrizes e fins - e sustentação, deste exercício típico da atividade jurisdicional na análise e eventual correção de discrepâncias da atividade do Estado em face dos vetores e prioridades constitucionais, como condição indispensável ao próprio funcionamento do processo de deliberação democrática.

É que, consagrados os direitos sociais como de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, da Carta Fundamental) e, estando todas as funções estatais vinculadas à concreção de tais normas – cujo veículo de efetivação são as políticas públicas – e incondicionalmente submetidas à Constituição Federal, é de rigor reconhecer o caráter imperativo das diretrizes constitucionais na definição e destinação do orçamento público, já que nesta deliberação é que deve se operar a realização dos fins do Estado.

Diante da ofensa ou vulneração aos direitos fundamentais sociais pela atividade (comissiva ou omissiva) do Poder Público, o processo coletivo desponta como mecanismo tecnicamente mais adequado a tutelar a pretensão jurídica de efetivação deste calibre de direitos (entendidos como direitos difusos), sede em que é destacada a ação civil pública - do atual quadro de instrumentos processuais de que dispõe o âmbito do processo coletivo – como via notavelmente hábil a recepcionar este debate.

Inexoravelmente, esta abertura dialética está aportada na outorga do direito de ação - admitindo-se a cognição sobre a alegação de ofensa a direito fundamental social e o posterior reajuste eficaz das políticas públicas que o veiculem -, contexto em que a tutela jurisdicional coletiva - ao possibilitar a emissão de provimentos com alcance social – funciona como plataforma natural para o empreendimento desta atuação do Judiciário.

É neste sentido que a pesquisa, delimitando como verdadeiro objeto de cognição no processo coletivo as políticas públicas que lesionem ou fragilizem os direitos fundamentais sociais – e não o seu controle - implementadas (ou não) pelos Poderes Executivo e Legislativo, buscou examinar a proposta do desenvolvimento de duas espécies distintas de análise das políticas públicas pelo Poder Judiciário, diferenciadas segundo o momento processual: a fase declaratória do direito fundamental social lesionado – onde a indeclinabilidade da Jurisdição conduzirá à exigência de que a lesão ao direito fundamental social tutelado seja avaliada e efetivamente declarada por meio do provimento jurisdicional (ainda que protraída no tempo a sua exequibilidade) - e a fase de cumprimento de sentença.

Desta distinção resulta o discernimento de que não se pode paralisar a atividade declaratória do direito fundamental violado sob a justificativa de que o provimento jurisdicional poderá esbarrar em limitações à sua efetivação. Isto sedimentado, posicionada a atividade jurisdicional diante do objeto desta categoria de demanda – a pretensão à satisfação coercitiva dos bens da vida expressos no artigo 6º da Constituição Federal - e, percorridas as perspectivas de amplitude na interpretação do pedido do processo coletivo e de plasticidade e fungibilidade do provimento nele produzido, é possível avaliar ao Judiciário uma atividade criativa no sentido de se exigir, dos entes do Poder a quem competia típica e espontaneamente a

implementação dos direitos fundamentais sociais, o realinhamento de suas posturas na criação e gestão de políticas públicas envolvendo o direito fundamental tutelado.

Decorre, por fim, da complexidade da matéria e para melhor exploração deste instrumento democrático investigado, a incitação à possibilidade de adaptação do provimento jurisdicional – consubstanciada na tratada noção de plasticidade e fungibilidade –, abertura que se justifica na necessidade de que este exercício da Jurisdição possa determinar a solução ótima diante do conflito dirimido na fase cognitiva do processo coletivo, fixando o programa que melhor atenda à ordem de supressão ou redução da ofensa ao direito tutelado, a partir da disponibilização dos serviços e recursos destinados à sua outorga.

É neste modelo que a efetivação do provimento jurisdicional se opera, portanto, na vinculação do orçamento ao necessário ajuste ao plano de cumprimento de sentença - cabendo aos agentes públicos (no exercício de suas funções administrativa e legislativa) realizar o necessário rearranjo contábil para a respectiva harmonização financeira -, matizado pelo princípio da proporcionalidade, aí alçado como mecanismo catalisador à sua efetividade e como método para o estabelecimento temporal de implementação do direito fundamental lesionado e para a composição do programa de implicações orçamentárias do provimento.

REFERÊNCIAS

ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 206-229.

ALVIM, Arruda, *Manual de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, n. 240, p. 83-103, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: RT, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In: *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação de Juizes para a Democracia, 2001.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 3. ed. rev., atual. e com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos Poderes do Estado. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1885 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 713-752.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; ANDRADE, Tathyana Chaves de. Interpretação do pedido e da causa de pedir nas demandas coletivas (conexão, continência e litispendência). In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos

(Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2002. p. 753-798.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro) e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.